



**Université Paris-Saclay**  
Université de Versailles – Saint-Quentin-en-Yvelines  
Laboratoire DANTE

Thèse présentée pour obtenir le grade de docteur en droit

Soutenue publiquement par  
Aurélie ZAGORI

Le jeudi 22 octobre 2015  
En salle des conseils

**LA VOLONTÉ DANS LA GESTION DES CONFLITS**  
**TOME I**

**Jury :**

Hugo BARBIER	Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, rapporteur
Loïc CADIET	Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris I), suffragant
Thomas CLAY	Professeur à l'Université Paris-Saclay (Versailles – Saint-Quentin-en-Yvelines), directeur de thèse
Emmanuel JOLIVET	Professeur associé à l'Université Paris-Saclay (Versailles – Saint-Quentin-en-Yvelines), suffragant
Lucie MAYER	Professeur à l'Université de Reims, rapporteure

« Le droit est un royaume  
d'où la volonté humaine  
ne s'était jamais laissé bannir  
sans protester. »<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> J. Carbonnier : *Sociologie juridique*. Quadrige, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2012, p. 19.

# SOMMAIRE

<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>III</b>
<b>TABLE DES ABBREVIATIONS</b> .....	<b>IV</b>
<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE</b> .....	<b>1</b>
<b>PREMIERE PARTIE La force de la volonté dans le précontentieux</b> .....	<b>16</b>
TITRE 1 <sup>er</sup> - La dissuasion du contentieux .....	19
Chapitre 1 <sup>er</sup> - La dissuasion par la prévention des litiges.....	20
Chapitre 2 - La dissuasion par la prévention et le traitement des conflits .....	82
TITRE 2 - L'organisation du contentieux .....	182
Chapitre 1 <sup>er</sup> - La restriction de l'action en justice .....	183
Chapitre 2 - L'aménagement de l'action et de ses conséquences .....	209
<b>DEUXIÈME PARTIE La force de la volonté dans le contentieux</b> .....	<b>279</b>
Titre 1 <sup>er</sup> - La force de la volonté commune dans le contentieux.....	279
Chapitre 1 <sup>er</sup> - L'aménagement du contentieux par la volonté commune .....	280
Chapitre 2 - La volonté commune et le juge .....	372
Titre 2 - La force de la volonté individuelle dans le contentieux .....	430
Chapitre 1 <sup>er</sup> - La volonté d'une partie au litige .....	430
Chapitre 2 - La volonté des tiers au litige .....	468
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....	<b>496</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE</b> .....	<b>502</b>
<b>INDEX</b> .....	<b>543</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES</b> .....	<b>550</b>

## TABLE DES ABBREVIATIONS

<i>Act.</i>	Actualités
<i>AJ Pénal</i>	Actualité juridique - Pénal
<i>AJCA</i>	Actualité juridique - Contrats d'affaire - concurrence - distribution
<i>AJDA</i>	Actualité juridique - Droit Administratif
<i>AJDI</i>	Actualité juridique - Droit immobilier
<i>Al.</i>	Alinéa(s)
<i>Ann. loyers</i>	Annales des loyers
<i>Art.</i>	Article(s)
<i>BRDA</i>	Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre
<i>Bull.</i>	Bulletin
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation Chambres civiles
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin Joly
<i>C.</i>	Code
<i>Cah. Arb.</i>	Cahiers de l'arbitrage - Paris Journal of International Arbitration
<i>Cah. dr. entrep</i>	Cahiers de droit de l'entreprise
<i>Cah. Soc. B.</i>	Cahiers sociaux du Barreau de Paris
<i>Cass. (ass. plé ; 1e civ. ; 2e civ. ; 3e civ. ; com. ; crim. ; soc. ; )</i>	Cour de cassation (assemblée plénière; première chambre civile; deuxième chambre civile; troisième chambre civile; chambre commercial; chambre criminelle; chambre sociale)
<i>CCC</i>	Contrats, concurrence, consommation
<i>CCI</i>	Chambre de commerce internationale
<i>CEDH</i>	Cour européenne des droits de l'Homme
<i>CJCE</i>	Cour de justice des Communautés européenne
<i>Coll.</i>	Collection
<i>Coll. Bibl. dr. privé</i>	Collection bibliothèque de droit privé
<i>Comm.</i>	Commentaire
<i>Comm. Commerce électronique</i>	Communication Commerce électronique
<i>Comp.</i>	Comparer
<i>Conv. EDH</i>	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
<i>CPC</i>	Code de procédure civile
<i>Crit.</i>	Critique(s)
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. Aff.</i>	Dalloz Affaires
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>Dir.</i>	Sous la direction de
<i>Doctr.</i>	Doctrine
<i>DP</i>	Dalloz Périodique
<i>Dr. et Patr.</i>	Revue Droit et Patrimoine
<i>Dr. et Proc.</i>	Revue Droit et procédures
<i>Droit et société</i>	Revue droit et société
<i>Droits</i>	Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique
<i>éd.</i>	édition

<i>ég.</i>	également
<i>fasc.</i>	fascicule
<i>GAJC</i>	Grands arrêts de la Jurisprudence civile
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du palais
<i>J. -Cl. civil code</i>	Juris-Classeur Code civil
<i>J.-Cl. Conc. Consum.</i>	Juris-Classeur Concurrence Consommation
<i>J.-Cl. Contrats Distribution</i>	Juris-Classeur Contrats Distribution
<i>J.O. Ass. Nat</i>	Journal officiel de l'Assemblée nationale
<i>JCP</i>	La semaine juridique édition générale
<i>JCP E</i>	La semaine juridique édition entreprise
<i>JCP N</i>	La semaine juridique édition notariale
<i>Journ. Not</i>	Journal des notaires et des avocats
<i>JTDE</i>	Journal trimestriel de droit européen
<i>LEDC</i>	L'essentiel droit des contrats
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i>
<i>Loyers et copropri.</i>	Revue Loyers et copropriété
<i>not.</i>	notamment
<i>op. cit.</i>	opus citatum
<i>PA</i>	Petites affiches
<i>préc.</i>	précité(e)
<i>Préf.</i>	Préface
<i>QPC</i>	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>RD bancaire et fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>RD transp.</i>	Revue de droit des transports
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier
<i>RDLC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>Rec. CJCE</i>	Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
<i>Rép. Proc. Civ.</i>	Répertoire de procédure civile Dalloz
<i>Resp. civ. et assur.</i>	Revue responsabilité civile et assurances
<i>Rev. arb.</i>	Revue de l'arbitrage
<i>Rev. banque</i>	Revue banque
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. Crit. Lég. et jur.</i>	Revue critique de législation et de jurisprudence
<i>Rev. Dr. intern. et Dr. comp.</i>	Revue de droit international et de droit comparé
<i>Rev. dr. trav.</i>	Revue de droit du travail
<i>Rev. dr.soc.</i>	Revue Droit social
<i>Rev. fr. de sc. pol</i>	Revue française de science politique
<i>Rev. gén. Des Proc.</i>	Revue générale des procédures
<i>Rev. loyers</i>	Revue des loyers
<i>Rev. société</i>	Revue des sociétés
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RGDA</i>	Revue générale de droit des assurances
<i>RGDP</i>	Revue générale des procédures
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RIDE</i>	Revue internationale de droit économique
<i>RJC</i>	Revue de jurisprudence commerciale

<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RJPF</i>	Revue juridique personnes & famille
<i>RLDA</i>	Revue Lamy de droit des Affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil Dalloz
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial Dalloz
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDF</i>	Revue Trimestrielle de droit financier
<i>s.</i>	suivant(e)(s)
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>sp.</i>	spécialement
<i>Thèse préc.</i>	Thèse précitée
<i>Trib. Civ.</i>	Tribunal civil
<i>v.</i>	voir

# INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. **Tension historique entre la liberté et la contrainte.** « Dans la vie sociale, une certaine contrainte est (...) toujours nécessaire ; le seul problème est de la rendre minimum en vue d'atteindre l'efficacité maximum »<sup>1</sup>. Cette tension fondamentale entre la liberté et la contrainte impose d'affiner continuellement le déplacement du curseur entre ces deux extrêmes. La liberté individuelle, dont il sera exclusivement question dans les développements à venir consacrés à la matière civile, est définie par le Doyen Cornu comme l'« exercice des volontés légitimes de chacun dans la limite des nécessités de l'ordre social »<sup>2</sup>. L'étendue de la liberté et la prédominance de la force de la volonté a varié selon les époques tant dans le contrat que dans le procès en matière civile. La volonté des sujets de droit et l'ordre imposé par les différentes sources de droit s'entrechoquent et établissent des frontières qu'il apparaît périodiquement nécessaire d'éprouver. S'intéresser à la liberté des parties dans la gestion de leurs conflits permet ainsi de tenter de situer notre société sur le fil entre liberté et contrainte et de déterminer la direction imprimée par la loi et la jurisprudence en la matière.

Dans l'évocation de la gestion des conflits, deux institutions se révèlent particulièrement pertinentes, le contrat et le procès. Le premier parce qu'il constitue tout d'abord le terreau de nombreux conflits mais également un fabuleux outil permettant de les prévenir, de les traiter, de les aménager, de les régler par la concorde. Le second parce qu'il représente l'arène dans laquelle se déploie l'affrontement non violent d'intérêts contraires consacré par notre société. Tous deux ont connu une évolution en partie similaire depuis la codification législative du droit français qu'il semble utile de retracer brièvement afin d'en mieux cerner la dynamique actuelle.

2. **Volonté et contrat.** S'agissant de l'évolution du contrat, la théorie de l'autonomie de la volonté, est généralement considérée comme une, si ce n'est la source d'inspiration majeure du Code civil de 1804 et, toujours, de notre droit positif des contrats. Cette théorie avancée comme fondement de la force obligatoire du contrat postule que « le contrat ne peut être que juste car, étant le fruit de négociations libres entre égaux, il est nécessairement le point d'équilibre de leurs intérêts antagonistes »<sup>3</sup> et qu'il doit en tant que tel être respecté tant par les parties que par le juge. « Qui dit contractuel dit juste » : la célèbre formule de Fouillé résume classiquement ce postulat de départ. Or ce respect absolu de la volonté des parties est cependant par la suite apparu néfaste dans la mesure où l'égalité entre contractants se révélant, en pratique, constituer une pure utopie, le « dogme » de l'autonomie de la volonté se mue dans certaines hypothèses en une source d'injustice, renvoyant l'image du « renard flânant dans le poulailler, en toute liberté contractuelle »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> M. Allais : « Quelques réflexions sur la Contrainte et la Liberté », *Rev. fr. de sc. pol.* 1952, n° 2, p. 356, *sp.* p. 363.

<sup>2</sup> V° Liberté in G. Cornu (dir.) : *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, Quadriga, PUF, 2000.

<sup>3</sup> J. Cédras : « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, disponible : [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2003\\_37/deuxieme\\_partie\\_tudes\\_documents\\_40/tudes\\_diverses\\_43/doctrine\\_devant\\_6260.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_diverses_43/doctrine_devant_6260.html)

<sup>4</sup> J. Cédras : « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, disponible :

Le caractère absolu de cette théorie a donc progressivement été remis en question avec notamment la remarque que la volonté n'est à la source de la force obligatoire du contrat que parce que la loi elle-même, en vertu de la hiérarchie des normes établie par Kelsen, lui accorde cette place. D'autre part, les réflexions menées au sujet du solidarisme contractuel à partir de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle ont également remis en cause la vision purement individualiste véhiculée par la théorie de l'autonomie de la volonté, en tendant à découvrir chez les contractants ou plutôt à leur imposer des intentions qu'ils ne possèdent probablement pas. La critique adressée à la théorie de l'autonomie de la volonté par ces théories alternatives semble en effet fondée : la seule volonté des parties, fut-elle conjointe, ne saurait avoir la force absolue que lui prête la théorie de l'autonomie.

Une autre remise en cause de la théorie de l'autonomie de la volonté comme seule source d'obligation contractuelle à l'égard des parties est advenue plus récemment à la suite d'une réflexion téléologique sur l'utilité du contrat et sur sa fonction au sein de la société. La théorie de l'utile et du juste développée par J. Ghestin à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle expliquant la force obligatoire du contrat affirme que « le contrat n'est obligatoire que parce qu'il est utile et à la condition d'être juste, c'est à dire conforme à la justice contractuelle. L'utile et le juste apparaissent ainsi comme les principes fondamentaux de la théorie générale du contrat »<sup>1</sup>. Cette assertion explique que l'homme se voie imposer une contrainte à sa volonté contractuelle afin de préserver l'utilité sociale du contrat qui ne peut se déployer que dans le respect de certaines règles promouvant la justesse *a minima* de celui-ci.

La prédominance disproportionnée de l'intérêt d'un contractant sur celui d'un autre reviendrait à renier sa « justesse » et ainsi à anéantir son utilité sociale. Sans plus s'attarder sur les différentes composantes justifiant la force obligatoire du contrat qui empruntent vraisemblablement aux théories successivement développées<sup>2</sup>, on peut remarquer que l'évolution de la jurisprudence et de la législation a consisté, depuis la promulgation du Code civil, à introduire plus de contrainte à la liberté des parties s'exprimant dans le contrat. « La bonne foi, l'obligation de loyauté, la prohibition des clauses abusives, l'annulation de certains contrats lésionnaires, l'émergence des obligations de sécurité et d'information, ou encore l'ordre public de protection destiné à protéger certains contractants particulièrement fragiles, introduisent le juste dans le contrat »<sup>3</sup>.

Cette évolution n'est pas achevée et semble au contraire d'une particulière actualité : l'ordonnance portant projet de réforme du droit des contrats n'ouvre-t-elle pas à cet égard une piste pour permettre au juge de sanctionner, de manière générale, toutes les clauses qui engendreraient un déséquilibre significatif<sup>4</sup> ou celles privant de substance l'obligation essentielle<sup>5</sup>. Il en ressort manifestement que la force de la volonté des parties dans le contrat a peu à peu été amoindrie par l'œuvre conjuguée de la jurisprudence et de la loi qui imposent toutes deux des contraintes nouvelles. La volonté des parties continue de subir les assauts de

---

[https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2003\\_37/deuxieme\\_partie\\_tudes\\_documents\\_40/tudes\\_diverses\\_43/doctrine\\_devant\\_6260.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_diverses_43/doctrine_devant_6260.html)

<sup>1</sup> J. Ghestin : « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron. p. 1, *sp.* p. 7.

<sup>2</sup> On peut en effet remarquer que le contrat est obligatoire parce que issu de la volonté conjointe des parties, dans le respect de la loi qui impose qu'il lui soit donné effet parce qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste.

<sup>3</sup> N. Dion : « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, p. 195.

<sup>4</sup> Article 1169 du projet d'ordonnance.

<sup>5</sup> Article 1168 du projet d'ordonnance.



toutes parts, du moins lorsqu'elle est confrontée au juge, au nom d'une aspiration à plus de justice et d'utilité non seulement pour les parties mais également sociale.

3. **Volonté et procès.** Le Code de procédure civile de 1806 était « moins un code judiciaire qu'un code des formalités du procès »<sup>1</sup>. En réaction à l'équité des parlements, la codification napoléonienne a en effet enfermé le juge dans un rôle minimal car « le juge suscite toujours la méfiance et on hésite à lui reconnaître une responsabilité accrue dans la direction comme dans la régulation du procès »<sup>2</sup>. Dès lors son rôle et ses pouvoirs y étaient limités, les parties étant maîtresses de la direction du procès.

La réforme ayant abouti au Nouveau code de procédure civile de 1975<sup>3</sup> ainsi que les réformes suivantes ont rompu avec cette méfiance excessive à l'égard du juge et lui ont confié un rôle plus actif en instaurant un dialogue entre le juge et les parties. Il a ainsi été constaté que « le Nouveau code de procédure civile n'a pas pleinement réalisé une articulation équilibrée entre parties et juge. Il a fait pencher la balance du côté du juge, restreignant en cela la liberté et la responsabilité des parties et de leurs représentants »<sup>4</sup>. De nouvelles contraintes ont ainsi vu le jour dans le but de tenter de remédier aux lenteurs et inefficacités engendrées par une trop grande liberté accordée originellement aux plaideurs. Aussi, dès la réforme de 1975, « l'idée centrale fut de renforcer les pouvoirs du juge civil dans la marche de l'instance et surtout dans la préparation de l'audience des plaidoiries »<sup>5</sup>. La contractualisation du procès était en marche et la volonté des parties est désormais souvent encadrée ou canalisée par les pouvoirs reconnus au juge dans un souci de célérité et d'efficacité. On constate dès lors que si le procès est « la chose des parties », il n'est ainsi pas à leur exclusive disposition, loin s'en faut.

Si l'utile et le juste constituent les fondements de la théorie générale du contrat, l'efficacité et le caractère équitable constituent indubitablement les objectifs vers lesquels tend de nos jours le procès civil<sup>6</sup>. Ils postulent en faveur d'une plus grande implication du juge en matière de procédure et d'application du droit. C'est la raison pour laquelle la procédure peut parfois sembler démesurément directive par rapport aux attentes des parties. L'efficacité prend ainsi parfois le pas sur la liberté, à l'instar de l'utilité en matière contractuelle. L'évolution ne semble pas totalement achevée en la matière et apparaît justifiée par les « ressources de plus en plus finies » au service d'un « besoin de justice quasi infini »<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> J.-L. Nadal : « Introduction » in L. Cadiet et G. Canivet (dir.) : *1806 - 1976 - 2006 ; De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*. LexisNexis, 2006, disponible : [https://www.courdecassation.fr/venements\\_23/colloques\\_ formations\\_4/2006\\_55/introduction\\_m\\_nadal\\_9576.htm I#N\\_6](https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_ formations_4/2006_55/introduction_m_nadal_9576.htm I#N_6)

<sup>2</sup> S. Dauchy : « La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806 », in L. Cadiet et G. Canivet (dir.) : *1806 - 1976 - 2006 ; De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*. LexisNexis, 2006, p. 79, disponible : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01135224/document>

<sup>3</sup> Devenu le Code de procédure civile en vertu de l'article 26 de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.

<sup>4</sup> R. Martin : V° Principes directeurs du procès in *Rep. Proc. Civ.*, sp. n°17.

<sup>5</sup> J.-L. Nadal : « Introduction » in L. Cadiet et G. Canivet (dir.) : *1806 - 1976 - 2006 ; De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*. LexisNexis, 2006, disponible : [https://www.courdecassation.fr/venements\\_23/colloques\\_ formations\\_4/2006\\_55/introduction\\_m\\_nadal\\_9576.htm I#N\\_6](https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_ formations_4/2006_55/introduction_m_nadal_9576.htm I#N_6)

<sup>6</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, sp. n° 93, p. 362.

<sup>7</sup> A. Garapon (dir.) : *La prudence et l'autorité ; l'office du juge au XXI<sup>ème</sup> siècle*. Rapport au garde des Sceaux, disponible : [http://www.ihej.org/wp-content/uploads/2013/07/rapport\\_office\\_du\\_juge\\_mai\\_2013.pdf](http://www.ihej.org/wp-content/uploads/2013/07/rapport_office_du_juge_mai_2013.pdf), sp. p. 27.

Il importe cependant de prendre garde, en imposant des contraintes à la volonté des plaideurs, à ne pas priver la justice civile d'une partie de son utilité pour les litigants ni d'amoindrir celle-ci en l'enfermant dans un carcan qui peut à certains égards apparaître trop rigide. Une évolution parallèle semble cependant se faire jour en la matière en lien avec l'évolution constatée, « le recentrage de la démocratie autour de la personne »<sup>1</sup>. Dans cette perspective élargie du droit, les parties se voient offrir de nouvelles opportunités procédurales par le biais d'outils ménageant une large place à leur volonté avec la faculté d'opérer une réelle diversion du procès sans pour autant nécessairement s'affranchir du droit. Le bilan de l'évolution de la force de la volonté dans le procès semble ainsi à ce jour moins tranché en matière processuelle qu'en matière contractuelle dans la mesure où des tendances contradictoires se font jour en matière de justice. D'une part le procès, et la procédure qui l'encadre, semblent s'orienter vers un certain dirigisme impulsé par une nécessité d'efficacité. D'autre part, le recours au procès lui-même est, d'une certaine manière, déconsidéré au profit d'une plus grande responsabilité amiable des parties en conflit. Ce phénomène pousse à s'interroger sur la conception actuelle de la justice dans notre société.

4. ***Une réflexion sur le rôle de la justice en tant qu'institution.*** Le rôle important confié au juge dans le procès civil au détriment de la volonté des parties, en particulier sur le déroulement de l'instance mais également relativement aux pouvoirs par défaut qui lui sont reconnus sur le droit applicable, incite à considérer le juge comme le garant d'une justice, au sens institutionnel du terme, en quête d'absolu et en charge de faire régner le droit entre les parties en litige. Cette vision de la justice doit être tempérée. Si le procès semble en effet conçu à l'origine pour permettre au droit de se réaliser non seulement entre les parties mais également au regard de la société dans son ensemble, il apparaît qu'une vision plus individualiste de l'œuvre de justice soit possible.

La tension entre la justice absolue, schéma par défaut, et la justice individuelle, au service des parties utilisatrices, se révèle assez clairement dans les dispositions du Code de procédure civile. Cela se manifeste aussi bien dans le déroulement pratique du procès que dans l'office du juge au sein du contentieux. La doctrine s'interroge ainsi : « Le juge peut-il quitter les rives du juste général pour emprunter les chemins de traverse du juste particulier, et s'affranchir d'une justice normative au profit d'une justice plus individuelle ? »<sup>2</sup>. De cette interrogation dépend en partie la réflexion relative à la place en quelque sorte laissée par le droit à la volonté des parties dans la gestion des différends. Un premier constat peut être réalisé, celui de l'actuelle multiplicité des offices du juge.

5. ***La diversification des missions confiées au juge.*** Les missions confiées au juge dans le procès civil ont grandement évolué depuis la codification napoléonienne et se sont diversifiées. Chargé à l'origine d'appliquer servilement la loi, il peut désormais intervenir de bien d'autres manières sur le conflit des parties. Qu'il s'agisse du rôle qui lui est attribué par l'article 21 du CPC de concilier les parties, de la possible modification de son rapport au droit par les parties en vertu des alinéas 3 et 4 de l'article 12 du CPC, ou encore de sa fonction homologatrice des accords des parties, la figure du juge a considérablement évolué. Les missions qui lui sont

---

<sup>1</sup> A. Garapon (dir.) : *La prudence et l'autorité ; l'office du juge au XXI<sup>ème</sup> siècle*. Rapport au garde des Sceaux, disponible : [http://www.ihej.org/wp-content/uploads/2013/07/rapport\\_office\\_du\\_juge\\_mai\\_2013.pdf](http://www.ihej.org/wp-content/uploads/2013/07/rapport_office_du_juge_mai_2013.pdf), *sp.* p. 27.

<sup>2</sup> N. Dion : « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, p. 195.

confiées peuvent varier dans leur objet, dans leur source ou dans leur intensité<sup>1</sup>. Or les « modes de consommation » actuels de la justice par ses utilisateurs ont également évolué de manière déterminante et mettent en exergue le fait que la justice civile est avant tout à la disposition des parties. Ces dernières ne sont en aucun cas forcées d'y recourir et restent seules maîtresses de ce qu'elles décident de soumettre au juge. Le principe dispositif contenu de manière emblématique dans le tout premier article du Code de procédure civile rappelle assez clairement ce principe. La volonté des parties est, dès lors, presque systématiquement à l'origine de la sollicitation de la justice. Elle se déploie cependant de plus en plus souvent en amont de l'institution pour gérer, de manière parfois plus efficace et moins pathologique, les conflits qui opposent les parties.

6. ***Le conflit, un élément perturbateur à éviter.*** Le conflit représente un élément potentiellement perturbateur de l'activité des opérateurs économiques, méritant à ce titre une attention particulière. Engendrant coûts économiques et sociaux, pertes de temps et d'énergie, il est un phénomène qu'il convient d'éviter tant que faire se peut. Dès le stade contractuel, la gestion de ce phénomène apparaît constituer une préoccupation nouvelle des rédacteurs d'actes qui espèrent ainsi limiter les perturbations engendrées par celui-ci. Plus généralement, hors de tout contexte contractuel, de « victimes » des conflits, s'en remettant aux juges pour prononcer une solution juridique à un litige, les justiciables se muent en véritables acteurs proactifs gérant de plus en plus les différends de manière rationnelle et théorisée.

Il semble désormais essentiel de tenter d'appréhender dans quelle mesure le conflit est susceptible d'être anticipé, prévenu, traité, aménagé, organisé ou influencé par la volonté des parties. L'incidence de la volonté des tiers ne saurait pour autant être négligée. En tant que source de perturbation des relations sociales, le conflit est en effet susceptible d'intéresser ou d'impacter les tiers qui, par leur volonté, sont également en mesure d'interférer dans la gestion du conflit. Aussi, s'il met aux prises au moins deux protagonistes principaux qui s'opposent, le conflit n'en concerne pas moins parfois assez directement les tiers. Avant d'envisager plus avant l'influence de la volonté des parties et des tiers sur la manière de gérer le conflit, il convient de définir plus précisément les contours du sujet.

7. ***Le litige, l'expression en termes juridiques d'un conflit.*** Il apparaît nécessaire, ne serait-ce que d'un point de vue terminologique, de distinguer le conflit du litige, même si la doctrine majoritaire n'opère aucune distinction entre le conflit et le litige en droit civil<sup>2</sup>. Considérés en langage courant comme synonymes, ces termes nous semblent cependant désigner des schémas différents. Le conflit, défini comme une « mésentente, situation critique de désaccord pouvant dégénérer en litige ou en procès ou en affrontement de fait »<sup>3</sup>, est dérivé du latin *confligere* signifiant heurter, frapper ensemble. Le terme litige, dont l'étymologie<sup>4</sup> trahit la parenté avec l'institution judiciaire, est employé par l'article 4 du Code de procédure civile qui définit l'objet du litige : il est déterminé par les prétentions respectives des parties et

---

<sup>1</sup> Le rapport de l'IEHJ, élaboré sous la direction d'Antoine Garapon : *La prudence et l'autorité ; l'office du juge au XXI<sup>ème</sup> siècle*. disponible : [http://www.iej.org/wp-content/uploads/2013/07/rapport\\_office\\_du\\_juge\\_mai\\_2013.pdf](http://www.iej.org/wp-content/uploads/2013/07/rapport_office_du_juge_mai_2013.pdf) dénombre à cet égard pas moins de 6 offices différents du juge en fonction de leur objet et distingue de manière particulièrement intéressante l'office virtuel, l'office d'autorisation et le plein office, v. *sp.* p. 31 et s.

<sup>2</sup> En droit du travail, les termes de conflit et de litige s'opposent par leur caractère respectivement collectif et individuel. Ce n'est pas la distinction qui nous occupe ici.

<sup>3</sup> G. Cornu (dir.) : *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, Quadrige, PUF, 2000.

<sup>4</sup> Sa racine latine est *litigium*, de *lis*, *litis* : procès et *agere* : conduire.

modifié par leurs demandes incidentes. La notion de litige apparaît dès lors intimement liée aux points juridiquement formulés, en état d'être portés devant un juge.

Le conflit semble ainsi se démarquer du litige. Il traduit un état d'opposition, innommé en droit, « un antagonisme, intégrant des éléments très divers parmi lesquels le droit n'est généralement pas absent, mais qui comporte des dimensions sociales, économiques, politiques, psychologiques, irréductibles à la seule dimension juridique »<sup>1</sup>. En contrepoint, le litige a pu être défini comme « une opposition de prétentions, comportant du fait et du droit, apte à être entendue par un juge et à être tranchée par référence à une norme »<sup>2</sup>, « juridiquement relevant »<sup>3</sup>. Le litige impliquerait donc que l'opération de qualification juridique des prétentions ait été menée et que la prétention ainsi formulée puisse donner lieu à une sanction juridictionnelle.

Peut ainsi être émise la proposition suivante : tout litige a pour origine un conflit<sup>4</sup>, mais la totalité du conflit peut ne pas se manifester dans la définition de leur litige élaborée par les parties. Le droit, cet instrument de justice et de paix sociale, nécessairement détaché du ressenti n'a pas pour but d'appréhender des relations humaines complexes et conflictuelles dans leur dimension psychologique. L'appréciation objective nécessaire à la qualification juridique d'une situation laisse ainsi généralement intacte la dimension subjective du conflit ressenti par les antagonistes. Ainsi, « trancher le litige n'est pas forcément résoudre le conflit »<sup>5</sup>, alors que résoudre le conflit semble de nature à mettre fin au litige en tarissant le désaccord à sa source.

Le terme « litige » est employé à de nombreuses reprises dans le Code de procédure civile, aux côtés d'autres synonymes tels que « contestation », « désaccord » ou « différend »<sup>6</sup>. Les deux seules occurrences du mot conflit se rencontrent en revanche de manière significative dans le titre VI bis concernant la médiation judiciaire<sup>7</sup>. Cette utilisation isolée du terme conflit, à propos d'une méthode qui ne prétend pas trancher le litige en droit mais l'évacuer par la voie de la concorde, ne semble pas fortuite. Au-delà des indices incitant à reconnaître qu'une distinction du conflit et du litige est possible, il importe de déterminer qu'elle peut se révéler utile.

8. ***De l'intérêt de la distinction.*** Nous proposons de prendre comme postulat que les termes litiges et conflit sont distincts, le conflit étant l'opposition telle qu'elle est directement vécue par les antagonistes, parfois en partie composé d'éléments que le droit se trouve

---

<sup>1</sup> M.-Cl. Rivier : v° Conflit / Litige, in L. Cadiet, *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 198.

<sup>2</sup> M.-Cl. Rivier : v° Conflit / Litige, in L. Cadiet, *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 198.

<sup>3</sup> G. Cornu et J. Foyer : *Procédure civile*, PUF, 3<sup>e</sup> éd. 1996, p. 42 ; v. ég. p. 37 : « Parmi les sujets de querelle qui divisent les hommes, seuls nous retiendront et seuls, à la vérité, méritent le nom de litige, ceux qui peuvent être qualifiés de phénomènes juridiques ».

<sup>4</sup> À l'exception des litiges simulés résultant en des jugements d'expédients, comme cela a été relevé par le professeur Marie-Claire Rivier (v° Conflit / Litige, in *Dictionnaire de la justice*, L. Cadiet, PUF, 2004, p. 199).

<sup>5</sup> B. Gorchs : « La médiation dans le procès civil : sens et contresens, essai de mise en perspective du conflit et du litige », *RTD civ.* 2003, p. 409 ; nous n'adhérons pas à la seconde proposition selon laquelle « trancher le litige peut impliquer de résoudre le conflit. » Le terme « trancher » nous semble inopportun, puisque « dire le droit » ne nous semble pas subordonné à la résolution du conflit.

<sup>6</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, n° 70, p. 291.

<sup>7</sup> Article 131-1 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 » (nous surlignons) ; Le texte lui-même semble donc distinguer le litige porté devant le juge et le conflit, qui pourrait se résoudre par la confrontation de « points de vue » ; article 131-11 CPC.

impuissant à saisir, alors que le litige serait « le déplacement, et (...) la réduction »<sup>1</sup> du conflit qualifié en droit, en l'état d'être présenté au tranchant d'un juge. Le droit en tant qu'institution « en viendrait ainsi à créer un monde de représentations qui lui est propre, distinct de la réalité sur laquelle porte son action »<sup>2</sup>. L'opération de qualification, nécessaire à cette « traduction » en termes juridiques de l'opposition, implique des parties une certaine objectivation de leur différend, propre à imposer leur distanciation du litige.

Cette objectivation emporte la qualification de litige, indépendamment de la saisine ou non d'une juridiction<sup>3</sup>. À l'appui, l'article 57-1 du Code de procédure civile dispose, au sujet de la demande en justice et plus particulièrement de la requête conjointe : « Lorsque cette faculté leur est ouverte par l'article 12, les parties peuvent, *si elles ne l'ont déjà fait depuis la naissance du litige*, conférer au juge dans la requête conjointe mission de statuer comme amiable compositeur ou le lier par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat »<sup>4</sup>. Or, la requête conjointe est un mode d'introduction de l'instance et donc d'initiation du processus juridictionnel, ce qui semble indiquer que le litige est bien né avant même la saisine d'une juridiction. Il en va de même pour le compromis<sup>5</sup> qui peut être conclu avant la saisine de toute juridiction, alors qu'une de ses conditions de validité est que le litige soit né. La qualification de litige ne dépend donc pas de la saisine d'une juridiction mais découlerait donc bien de la formulation, en termes juridiques, du conflit.

Une dimension chronologique, pourtant critiquée<sup>6</sup>, semble ressortir de cette présentation. Le conflit est une opposition floue, vouée à perdurer dans le temps parfois indépendamment de la durée de vie du litige. Ce dernier trouve son épilogue soit comme conséquence de la résorption du conflit, soit dans la décision, tel que le fait ressortir la théorie de la superposition des conflits<sup>7</sup>. L'apparition du conflit est ainsi nécessairement antérieure au litige, et peut survivre à sa disparition. À l'inverse, le litige est dépendant du conflit. En l'absence de conflit, le litige n'est que simulé.

9. **Les trois intérêts de la distinction terminologique.** D'un point de vue psychologique, elle permet de rendre compte du passage d'un certain seuil de gravité dans le conflit, au-delà duquel celui-ci se mue en litige, au moins une des parties aiguisant ses armes en vue de l'affrontement que caractérise le procès, pour mettre fin de manière autoritaire à un conflit que les parties n'ont pas réussi à épuiser sans passer par le droit<sup>8</sup>. Ensuite, la distinction peut se

---

<sup>1</sup> A. Jeammaud : « Conflit, différend, litige », *Droits*, 34, 2002 (« Mots de la justice »), p. 15, *sp.* p. 20.

<sup>2</sup> P. Noreau : « La superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution », *Droit et société*, 1998, p. 585.

<sup>3</sup> En ce sens : L. Cadet, J. Normand et S. Amrani-Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, p. 290 : « S'il peut y avoir litige sans procès, dès qu'il se règle sans recours à une procédure juridictionnelle, il n'y a pas de procès sans litige ». *v. ég.* R. Guillien et J. Vincent : V° Litige in *Lexique des termes juridiques*. Dalloz, 16<sup>ème</sup> éd., 2007 : « on parle de litige lorsqu'une personne ne peut obtenir amiablement la reconnaissance d'une prérogative qu'elle croit avoir et envisage de saisir un tribunal pour lui soumettre une prétention ».

<sup>4</sup> Nous soulignons.

<sup>5</sup> Art. 1442, al. 3 CPC : « Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage ».

<sup>6</sup> Le professeur Marie-Claire Rivier réfute cette linéarité : « Cette présentation linéaire, en fonction du "durcissement" du désaccord et de sa formulation en termes de prétention juridiques, n'est pas satisfaisante car elle ne permet pas de situer le conflit et ne rend guère compte de la terminologie utilisée par les dispositifs juridiques » (V° Conflit / Litige, in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*. PUF, 2004, p. 198).

<sup>7</sup> P. Noreau : *art. préc.*, p. 585.

<sup>8</sup> Ce qui n'implique pas forcément que tout accord se révèle par la suite impossible une fois le litige né. Il convient d'ailleurs de mettre de côté dans ce schéma le phénomène d'intimidation qui « instrumentalise » la

révéler utile pour déterminer la naissance du litige. La détermination du point de départ à compter duquel un litige sera considéré comme né emporte des conséquences non négligeables. En effet, la condition d'un litige né se retrouve dans plusieurs dispositions ayant trait à la procédure juridictionnelle, à propos de la détermination de l'office du juge<sup>1</sup>, des dérogations à la compétence matérielle d'une juridiction<sup>2</sup>, de la renonciation à l'appel devant les juridictions étatiques<sup>3</sup> ou encore au sujet du compromis d'arbitrage<sup>4</sup>. L'utilisation de l'expression « litige né » n'est ainsi pas insignifiante. Enfin, distinguer le conflit du litige permet d'envisager la gestion du premier sans que ne soit nécessairement fait appel ni à un juge, ni d'ailleurs au droit.

10. **La notion englobante de gestion.** Le phénomène d'appropriation de la Justice incite à prendre en considération, pour être performant, non pas le seul litige mais, à son origine, le conflit qui oppose les deux adversaires. Le conflit est désormais appréhendé par les parties comme un risque nécessitant une approche d'ensemble, non strictement juridique, et incitant à gérer ses différentes composantes. Or gérer efficacement un conflit n'est ainsi pas seulement y mettre fin. C'est également intervenir dès avant sa naissance, tenter de l'éviter, de l'anticiper ou de le traiter par des moyens adéquats qui ne peuvent pas nécessairement se résumer à l'adoption d'une position en droit. Il s'agit également de maîtriser les différentes répercussions de celui-ci, en termes de temps, de coûts mais également ses éventuelles incidences relationnelles.

11. **Rationalisation du conflit.** La notion de gestion invite également une dimension économique traduisant la rationalité qui s'attache à la résolution des conflits chez les professionnels. L'analyse économique du droit, qui provoque une réflexion d'ensemble sur la justice et en particulier sur l'efficacité du procès, propose également, du point de vue des parties, d'appréhender le conflit sous un angle technique, détaché des passions humaines. Si entre particuliers les conflits sont parfois chargés de composantes personnelles, irréductibles à la rationalité, la vision des entreprises apparaît bien plus pragmatique. Le conflit est abordé selon une perspective différente, en considération d'intérêts pécuniaires, de temps ou notamment de réputation. Cette approche économique, particulièrement développée aux États-Unis, se traduit par l'emploi d'équations permettant d'évaluer, de manière plus ou moins fiable, la manière la plus rationnelle de gérer un conflit déterminé. Cette rationalité économique incite d'ailleurs parfois les opérateurs à adopter des comportements étrangers à la morale inspirant le droit. La question se pose alors de savoir si l'optimisation de la gestion du conflit peut être réalisée au détriment de certains principes véhiculés par notre système juridique ou si elle doit au contraire s'y plier.

12. **La gestion du risque de conflit dans le contrat.** Directement inspirée des techniques de *risk management* qui se sont développées dans un premier temps aux États-Unis, la gestion du risque de conflit s'est ainsi peu à peu insinuée dans le contrat. L'aspiration des entreprises à la gestion contractuelle du risque de conflit, qui pourrait être traduit par l'expression *conflict risk management* pour reprendre le terme originellement employé, est manifeste. L'approche des contractants relativement au conflit a évolué. Se dessine un élan nouveau en faveur de l'anticipation, encore plus en amont, des relations conflictuelles, concentré non plus sur la

---

demande en justice comme un moyen de pression pour parvenir à un accord plus favorable.

<sup>1</sup> Article 12, al. 4, du CPC.

<sup>2</sup> Article 41 du CPC.

<sup>3</sup> Article 557 du CPC.

<sup>4</sup> Article 1442 du CPC.

résolution des conflits éventuels, mais sur leur gestion plus intime par les parties<sup>1</sup>. Le terme « *dispute management* » semble être aujourd'hui employé aussi fréquemment que le terme de « *dispute resolution* ». La dérive sémantique n'est pas anodine. « Qu'elles aient pour objet d'éviter la solution judiciaire du litige ou, simplement, de l'adapter, les clauses de différend sont devenues des éléments familiers de la technique contractuelle, si ce n'est un enjeu de la stratégie contractuelle qui, à ce stade, relève déjà de la stratégie processuelle »<sup>2</sup>.

13. **La mise à l'écart de la justice étatique.** Le juge, par définition tiers au litige, a traditionnellement pour mission de dire le droit et de départager les adversaires qui entrechoquent leur volonté. Cette mission ne s'épanouit qu'une fois le conflit cristallisé en litige par la volonté d'un des adversaires qui initie ainsi le traitement de la pathologie juridique. Ce traitement autoritaire par le juge présente de nombreux inconvénients que les parties semblent désormais aspirer à éviter. Les lenteurs, la relative complexité, les coûts, l'inadéquation relative de la justice « commune » à certaines situations, désormais souvent perçue comme binaire, inadaptée, chronophage et finalement socialement peu efficace, ont peu à peu détourné certains plaideurs de la justice telle que dispensée par les institutions et rendent plus séduisante une justice façonnée sur mesure, adoptant une approche plus globale du conflit. On constate à cet égard un changement de paradigme intéressant de la part des contractants. De la justice autoritaire, impliquant le recours au juge pour trancher un litige, les parties se sont, particulièrement à partir du XX<sup>e</sup> siècle, orientées vers une justice plus consensuelle, par l'élaboration de méthodes de traitement non juridictionnelles de leur éventuel désaccord. L'essor et la diversification des modes alternatifs de règlement des litiges en est une conséquence directe. Cette désaffection du judiciaire a atteint une telle ampleur qu'elle a incité à s'interroger : « Où sont passés les contentieux ? »<sup>3</sup>.

De nombreux acteurs économiques se plaisent dorénavant à rêver d'une justice et d'une procédure plus souple, consensuelle et adaptée à leurs besoins, lesquels sont par ailleurs variables. C'est précisément la variabilité des besoins et des attentes des utilisateurs de la justice qui rend toute conception unitaire de celle-ci nécessairement inadéquate et qui porte à exclure le recours à la logique judiciaire. Un plaideur occasionnel pourra fort bien s'accommoder de règles déterminées dans l'absolu et applicables, par défaut, au traitement du litige qui perturbe l'ordonnement de ses droits. Les plaideurs plus habitués au traitement des différends manifestent quant à eux des attentes plus particulières relativement à la résolution des situations conflictuelles auxquelles ils sont confrontés de manière usuelle.

Ces attentes ont incité les praticiens du droit à penser une autre justice, répondant mieux à leurs préoccupations et susceptible de se déployer en amont, au stade non plus du litige mais du conflit. Cette résolution non juridictionnelle peut par ailleurs choisir de faire, ou non, appel au droit. Poursuivant une certaine logique, la désaffection du mode de traitement juridictionnel des conflits, du moins comme traitement de première intention, est de manière croissante prise en considération par le législateur. La démarche amiable est en effet encouragée par l'État lui-

---

<sup>1</sup> V. en ce sens M. Hunter : « *International Commercial Dispute Resolution : The Challenge of the Twenty-first Century* », *Arbitration International*, 2000, vol. 16, n°4, p. 378, *sp.* p. 379.

<sup>2</sup> L. Cadet : « Le procès est aussi une technique d'organisation...sur quelques relations du droit des affaires et du droit judiciaire privé », in *Aspects organisationnels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*. Dalloz, 2003, p. 77, *sp.* p. 88.

<sup>3</sup> M. Armand-Prévost : « Où sont passés les contentieux ? » Le règlement des différends entre sociétés commerciales : évolution ou révolution ? », *Gaz. Pal.* 27-28 juin 2007; n° spéc.

même qui « organise sa propre mise à distance »<sup>1</sup> au travers d'une « déjudiciarisation consentie »<sup>2</sup>. Les nombreuses incitations à l'amiable en matière de procédure civile<sup>3</sup> mais également concernant les éventuels conflits pouvant survenir en cours de contrat<sup>4</sup> en constituent la preuve. Cette désaffection traduit également une propension des parties à se détacher de l'application rigoureuse du droit pour prendre en considération d'autres vecteurs d'une Justice plus personnelle.

14. **La mise à l'écart du droit comme référentiel.** L'application du droit « pur » peut en effet se révéler source d'insatisfaction pour les parties puisque par hypothèse celui-ci n'a vocation à régler que la dimension juridique du conflit, le litige, mais se révèle souvent incapable d'apaiser le conflit sous-jacent. C'est la raison pour laquelle le référentiel choisi par les parties, lorsque leur en est offert le loisir, se révèle parfois s'éloigner du droit commun. Qu'elles édictent elles-mêmes, par contrat, les solutions devant présider à la résolution de leur conflit, qu'elles en réfèrent à leur volonté future afin de le résoudre amiablement ou qu'elles démontrent une confiance particulière en l'appréciation correctrice du droit d'une situation par le juge, les parties marquent un certain attrait pour la résolution non strictement juridique de leurs conflits.

Ce phénomène ne traduit pas nécessairement l'inadéquation des règles juridiques en tant que telles mais plutôt l'aspiration des litigants à changer de logique. Dans certaines hypothèses cependant, le droit français semble encore manquer de solutions adéquates permettant de résoudre certains conflits ou de traiter certaines situations de blocage dans l'exécution d'un contrat. La loi des parties prend alors son relai pour combler ces lacunes et définir des processus adéquats afin que les parties puissent sortir de l'impasse. De manière similaire, les processus de négociations assistées par un tiers codifiés par le droit français ne permettent pas aux parties de régler de manière pertinente les conflits prenant leur source dans une évaluation objective qui leur fait défaut. Le contrat se révèle alors le moyen d'élaborer des processus, visant à leur information, de nature à améliorer leur compréhension des éléments du différend et à résorber le conflit qui en est issu.

15. **Une Justice plurielle.** On assiste à une sorte de dédoublement des sources de justice. L'archétype de celle-ci pouvait être schématiquement caractérisée par le couple droit et juge, résultant en une décision. Au côté de cette justice traditionnelle, il semble qu'il faille désormais également prendre en considération, comme une véritable source de justice dont la promotion est assurée par le législateur et le juge eux-mêmes, le couple contrat et volonté des parties, résultant en un accord hors de toute œuvre juridictionnelle.

Cette pluralité de « Justices » reflète le fait que celle-ci semble désormais finalement contingente : l'application du droit par le juge, si elle a pour finalité de départager les parties qui y font appel, remplit également une fonction de régulation sociale et d'application de l'état

---

<sup>1</sup> L. Cadiet : « Faire lien, propos introductifs », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.) : *La contractualisation de la production normative*. Dalloz, 2008, p. 169, *sp.* p. 179.

<sup>2</sup> Ph. Tuffreau : « Le temps révolu de l'avocat gladiateur », *Gaz. Pal.* 17 févr. 2009, n° 48, p. 2.

<sup>3</sup> Avec notamment la procédure participative et la mention de la tentative de négociation dans l'assignation prévue par l'article 18 du 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.

<sup>4</sup> On pense en particulier à l'incitation des parties à renégocier le contrat en cas de changement de circonstances prévu dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats diffusé par la chancellerie le 15 février 2015.



de droit, une certaine fonction normalisatrice des relations entre les citoyens. La Justice absolue a ainsi vocation à rassembler, à unifier et à faire prévaloir une vision commune de ce qu'un état considère juste. La justice relative façonnée par le contrat ou l'accord de volonté des parties n'aspire pas à cette universalité. S'appuyant sur les particularités propres à la situation en question, aux parties et à leur conception de l'équité, celle-ci apparaît fortement contingente, bien plus à l'écoute mais également à la disposition des parties, seules juges de ce qu'elles considéreront comme juste, ou à défaut, comme constituant une alternative préférable à la justice absolue ou à sa laborieuse quête. Cette justice contingente des parties aboutit parfois à une solution amiable hors du juge mais également hors du droit.

16. ***L'affranchissement volontaire de l'application du droit.*** Un nombre inquantifiable de différends se résout, hors du droit, par un accord de volonté ou par la capitulation ajuridique d'une partie. Dès lors que l'objectif de résolution du conflit est atteint, il est fort probable que ces accords, seraient-ils illégaux ou nuls, seront exécutés sans qu'aucun appel au droit ne soit nécessaire, le litige s'étant évanoui avec la disparition du conflit. Il est ainsi tout à fait concevable que les parties en différend s'accordent sur une solution qui serait le cas échéant contrariée par l'application du droit.

Les accords conclus concernant des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, tels que la transaction conclue entre un employeur et son salarié avant la rupture du contrat de travail, en constituent un bon exemple. Dès lors que cette transaction ne fait pas l'objet d'une contestation ou d'une demande en nullité, elle pourra régler le litige entre les parties et être exécutée spontanément et sans heurt. L'application du droit est alors évincée au bonheur des deux parties qui lui substituent volontiers leur accord de volonté. Ce n'est que lorsque la solution amiable, trouvée par les parties hors du droit, n'est pas parfaitement satisfaisante pour l'une d'entre elles que le droit est sollicité. Il en sera ainsi en cas de difficulté d'exécution de l'accord trouvé par les parties ou en cas de contestation de celui-ci par l'une d'elles. Cette prise de distance à l'égard de l'application du droit milite également en faveur d'une prise de distance à l'égard du juge qui en est le gardien. Les parties ont ainsi tendance à infléchir l'application rigoureuse du droit, la conception du juge providence et de la justice absolue<sup>1</sup> dans un élan d'appropriation de celle-ci qui apparaît désormais indéniable.

17. ***L'aspiration à l'appropriation de la Justice.*** Mise à l'écart de la justice étatique, mise à l'écart du droit, la tentation pour les parties de s'approprier, par leur volonté, l'œuvre de justice pour la tailler sur mesure apparaît irrésistible. D'une justice absolue dispensée par le juge « bouche qui prononce les paroles de la loi »<sup>2</sup>, les parties à un contrat ou à un conflit s'orientent de manière croissante vers une justice particulière, leur justice dont les contours, les voies de réalisation et parfois le contenu même, sont définis par leur volonté. La volonté des parties constitue en effet l'outil idéal pour réaliser cet objectif d'appropriation de la justice et le contrat, le support idoine. La liberté contractuelle permet ainsi aux parties de gérer efficacement la menace, la survenance, le traitement ou l'organisation d'un éventuel conflit au sein même du contrat détaillant leurs relations. En ce sens, le contrat, fabuleux instrument de gestion des risques<sup>3</sup>, sort de sa seule fonction d'organisation des échanges et étend son périmètre d'action : ce n'est plus uniquement l'opération considérée qui est réglée par le

---

<sup>1</sup> R. Martin : « Un autre procès est-il possible ou est-il interdit de rêver ? », *RTD civ.* 1994, p. 557.

<sup>2</sup> Montesquieu : *De l'esprit des lois*. Flammarion, 2008, L. XI chap. VI, p. 252.

<sup>3</sup> J.-M. Mousseron : « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 481.

contrat, c'est de manière plus générale la relation des parties qui a vocation à être aménagée par celui-ci, gérée par lui.

Le conflit constitue ainsi désormais un véritable sujet de préoccupation à part entière dans la plupart des contrats. À titre d'exemple, on peut citer la qualification d'une nouvelle catégorie de clauses, découverte depuis longtemps par la doctrine mais dont la reconnaissance a récemment été affirmée par la proposition de définir un trait marquant de leur régime, leur survie en cas d'anéantissement rétroactif du contrat qui les contient. L'article 1230 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations<sup>1</sup> désigne en effet, pour la première fois dans un code, les clauses relatives au règlement des différends, pour énoncer que ces stipulations ne sont pas affectées par la résolution du contrat. Il avait déjà été remarqué au sujet de ces clauses que « la curiosité qu'elles suscitent traduit (...) une approche plus "clausaliste" du droit contemporain des contrats, soit l'existence au sein d'un contrat de sous-contrats, ou de contrats accessoires, au sort dans une certaine mesure autonome, ou séparable, de celui du contrat auquel elles s'agrègent formellement »<sup>2</sup>.

Le même mouvement incite également à distinguer certaines clauses, plus ou moins liées à l'opération principale envisagée par la convention, couramment utilisées par les parties afin d'anticiper ou de prévenir les risques liés à un conflit potentiel<sup>3</sup>. Le lien, médiat ou immédiat, entre ces clauses et l'opération principale, « l'obligation essentielle » du contrat telle que mentionnée dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats<sup>4</sup>, incite à réfléchir au possible affinement de la catégorisation de ces clauses afin de leur appliquer un régime de validité sinon unifié, du moins cohérent, ce que le projet d'ordonnance semble également encourager<sup>5</sup>. Les processus de prévention des conflits, spécifiques et structurés, élaborés par la pratique, constituent autant d'exemples édifiants de la volonté des parties de s'approprier véritablement le conflit, de le gérer afin qu'il ne dégénère pas en litige, lequel est désormais considéré comme un risque qui peut être évité plus que comme une fatalité.

Ainsi, de nombreuses stipulations des contrats, qu'elles soient ancillaires à son objet ou qu'elles touchent directement au cœur des obligations mises à la charge des parties en vertu de l'échange réalisé, ont désormais pour but de minimiser les risques de conflits. Ceux-ci ne pouvant cependant être complètement exclus en dépit de tout le soin apporté à leur prévention, d'autres clauses ont pour objet l'aménagement de leur traitement juridictionnel, amiable ou par le contrat lui-même. La volonté des parties s'exprime alors dans le contrat initial des parties, *ex ante*, afin de gérer les risques que représentent non seulement le conflit éventuel lui-même mais également son traitement juridictionnel.

Dans la phase précontentieuse, les parties peuvent utilement opérer une dissuasion d'agir en justice en étouffant le conflit, par des stipulations à coloration contractuelle ou processuelle, ou en traitant celui-ci de manière adéquate par l'élaboration de processus ou par l'organisation sur

---

<sup>1</sup> Diffusé par la chancellerie le 25 février 2015 et disponible

[http://www.justice.gouv.fr/publication/j21\\_projet\\_ord\\_reforme\\_contrats\\_2015.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf)

<sup>2</sup> Ch. Boillot : « Le régime des clauses relatives au litige », *RTD com.* 2013, p. 1.

<sup>3</sup> M. Mekki : « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », 2<sup>nd</sup>e partie, *RDC* 2007, p. 239.

<sup>4</sup> Diffusée par la chancellerie le 25 février 2015 et disponible

[http://www.justice.gouv.fr/publication/j21\\_projet\\_ord\\_reforme\\_contrats\\_2015.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf)

<sup>5</sup> L'article 1168 du projet d'ordonnance propose ainsi de réputer non écrite « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ». La référence à « toute clause » incite en effet à considérer plus largement les clauses pouvant avoir pour effet de priver le contrat de son utilité pour une des parties.

mesure du contentieux alors seulement envisagé dans le contrat initial. Les clauses élaborées par les parties peuvent avoir plusieurs objectifs, touchant au « fond » du contrat, déterminant la consistance même des obligations des parties, telles les clauses « limitant les risques d'une action en responsabilité »<sup>1</sup> ou avoir au contraire pour ambition de prévoir des méthodes originales d'appréhension du différend éventuel.

La volonté des parties apparaît dans cette phase précontentieuse d'une particulière vigueur mais non dépourvue de limites, tenant tour à tour du contrat, du procès ou des deux dépendant de la coloration contractuelle ou processuelle des stipulations. Dans la définition de leur justice sur mesure au stade précontentieux, les parties peuvent ainsi faire usage de leur volonté, non seulement pour écarter radicalement la justice autoritaire d'un tiers mais également pour limiter son emprise ou la conditionner dans le temps, dans l'espace ou dans sa vigueur. La volonté des parties s'attache alors à modeler l'action en justice avec un succès sinon absolu, du moins certain. Nombre de ces clauses, d'inspirations communes et d'effets en partie similaires, sont pour l'instant encore traitées par le juge de manière différenciée alors que leur unité fonctionnelle imposerait la définition de limites communes à l'efficacité de ces stipulations<sup>2</sup>.

Dans la phase contentieuse, le litige peut faire l'objet d'une gestion particulière par la force de la volonté des parties. A ainsi été mis en lumière « le singulier paradoxe du procès : il impose sans s'imposer lui-même. (...) tout ou presque peut faire l'objet d'un accord des parties pour s'écarter du chemin proposé, et non pas imposé, par les règles processuelles »<sup>3</sup>. Le phénomène de « contractualisation du procès »<sup>4</sup> traduit le fait que « le déclin de la loi abandonne à la volonté des sujets de nouvelles plages de liberté, y compris celle d'assurer par eux-mêmes la solution des litiges qui les opposent »<sup>5</sup>. Le pouvoir des parties en litige d'influer sur la procédure mais plus fondamentalement encore semble-t-il sur l'office du juge lui-même démontre la force avec laquelle la volonté conjointe est susceptible de dicter sa propre justice. Le rapport transmis à la ministre de la justice en 2013 par Antoine Garapon souligne à cet égard que « ce que révèlent les évolutions des fonctions du juge, c'est un déplacement du centre de gravité de toute l'institution. Alors que celle-ci était organisée autour du procès et son rituel dans une salle d'audience, dans lequel les justiciables devaient se couler ou se mouler, c'est dorénavant dans l'individu, le sujet de droit, le titulaire de droits fondamentaux, que se trouve l'entrée dans l'institution. Celle-ci est devenue une institution plus ouverte, qui doit réinventer les manières d'augmenter les capacités des citoyens (*empowerment*) »<sup>6</sup>.

Si, de manière compréhensible, l'accord de volonté occupe une place de premier choix dans cette étude, la force de la volonté individuelle ne doit pas pour autant être négligée car elle est susceptible de jouer un rôle déterminant dans la gestion des conflits. La volonté d'une partie, en premier lieu peut influencer sur le déroulement temporel et le dénouement d'un litige. La volonté des tiers, d'autre part, doit également être prise en considération. Le résultat de la justice, en

---

<sup>1</sup> M. Mekki : « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », *RDC* 2006, p. 1051.

<sup>2</sup> En ce sens, M. Mekki : « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », *RDC* 2006, p. 1051.

<sup>3</sup> Th. Clay : « Fusion et confusion des sources », *RDC* 2007, p. 1449, *sp.* n° 15.

<sup>4</sup> L. Cadiet : « Les jeux du contrat et du procès, esquisse », in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de G. Farjat*. éd. Frison Roche, 1999, p. 23, *sp.* n° 4.

<sup>5</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, n° 50, p. 197.

<sup>6</sup> A. Garapon (dir.) : *La prudence et l'autorité ; l'office du juge au XXI<sup>ème</sup> siècle*. Rapport au garde des Sceaux, disponible : [http://www.ihej.org/wp-content/uploads/2013/07/rapport\\_office\\_du\\_juge\\_mai\\_2013.pdf](http://www.ihej.org/wp-content/uploads/2013/07/rapport_office_du_juge_mai_2013.pdf), *sp.* p. 30.

effet, ne saurait être contingent s'agissant de régir de manière cohérente les droits des parties mais également des tiers.

18. ***Une liberté encadrée.*** Que ce soit pour prévenir, régler ou organiser le conflit, la volonté conjointe des parties jouit d'une grande liberté avant même que celui-ci, à ce stade seulement envisagé, ne prenne corps. Cette liberté semble cependant s'amenuiser au fur et à mesure qu'elle s'approche du litige et des prétentions juridiques portées devant un tiers<sup>1</sup>. À proximité du contentieux, la force de la volonté des parties, si elle reste déterminante, semble en effet plus limitée. L'absolutisme véhiculé par la fonction juridictionnelle qu'elle va solliciter et les divers obstacles que cette proximité engendre sont à l'origine de ces restrictions. L'ordre public se fait plus pressant, les contraintes plus nombreuses, les interdictions plus absolues.

S'il est en effet classiquement énoncé que « le procès est la chose des parties », la maxime ne doit pas être comprise de manière démesurément extensive car celui-ci leur échappe dans une certaine mesure. Les pouvoirs du juge, qu'il soit judiciaire ou arbitral ainsi que sa fonction de garant d'une bonne justice s'opposent en effet à ce que la volonté des parties, même concordante, puisse se comporter en seule maîtresse de l'instance ou en seule architecte de la procédure. D'autres limites surgissent alors en matière contentieuse qu'il n'appartient pas à la volonté des parties de dépasser.

L'organisation du service public de la justice commande une telle rigidité qui, peut-être, mériterait d'être reconsidérée afin d'adapter « l'offre » de justice aux besoins et attentes réelles et renouvelées des justiciables. L'ouverture de la justice judiciaire à la volonté des parties va croissante. Elle pourrait cependant encore être accentuée afin d'accroître la souplesse nécessaire au règlement de contentieux toujours plus nombreux, complexes et diversifiés. L'arbitrage semble en la matière susceptible de constituer sinon un exemple, du moins une source d'inspiration et de susciter des questions relatives à la légitimité et à l'opportunité de certaines limites imposées à la volonté en matière judiciaire.

19. ***L'apesanteur arbitrale.*** Justice d'origine contractuelle, l'arbitrage permet en effet à la liberté des parties de se déployer avec une plus grande envergure. La perspective dessinée par la comparaison entre la justice étatique et la justice arbitrale en matière de pouvoir des parties prend la forme d'un entonnoir. L'œuvre de justice au sein des institutions étatiques est conditionnée par les principes propres à l'organisation judiciaire. Cet encadrement constitue un écran qui empêche la volonté des parties d'exercer son pouvoir relativement à certaines composantes du procès devant les juridictions étatiques. À l'inverse, débarrassée de toute contrainte, la justice arbitrale permet aux parties de se confronter aux principes réellement fondamentaux de l'œuvre juridictionnelle. « L'arbitrage est allergique à des règles de procédure détaillées. Il faut pourtant que la procédure arbitrale soit sérieuse et ne viole pas les droits des parties. En l'absence de règles ponctuelles les principes directeurs du procès ont ainsi, devant l'arbitre, une portée sans doute plus décisive encore que devant le juge étatique »<sup>2</sup>.

Ces limitations à la vigueur de la volonté des parties en matière d'aménagement et d'organisation du contentieux, particulièrement en matière judiciaire, contrastent par ailleurs singulièrement avec l'incroyable faculté dont disposent les parties pour influencer, de manière

---

<sup>1</sup> L. Weiller : *La liberté procédurale du contractant*. Préf. J. Mestre, PUAM, 2004.

<sup>2</sup> G. Bolard : « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. arb.* 2004, p. 511, *sp.* p. 517.

déterminante, sur l'office du juge, voir d'instrumentaliser, par leur volonté, certaines composantes de son pouvoir. La loi organise en effet de manière assez singulière la faculté des parties de s'abstraire de l'application du droit pur. Le juge pourra également être sollicité, dans une optique de gestion des contentieux, afin d'octroyer une certaine force à l'accord des parties ou de lui permettre d'accéder à la vie juridique. La place du juge dans la gestion du conflit par la volonté des parties est donc importante et sa mission devient elle-même, dans certaines hypothèses, l'objet d'accords de volonté des parties dans la promotion de leur justice contingente.

20. ***Volonté unilatérale et conflit.*** Outre les manifestations de volonté bilatérales, supposant l'entente des parties en conflit, le litige ne peut-il pas aussi être le terreau d'expression de l'individualisme ? Dans la gestion du litige né, les manifestations unilatérales de volonté sont de nature à impacter le déroulement du procès, qu'elles émanent d'une des parties ou de tiers intéressés au litige. Le litige opposant deux adversaires ne pourrait en effet être considéré comme définitivement réglé si la solution qui lui est apportée ne s'intègre pas de manière cohérente dans l'ordonnement général des droits et obligations de tous. En ce sens, la gestion d'un litige semble également impliquer la prise en considération des intérêts éventuels des tiers, qui peuvent par leurs manifestations de volonté influencer sur le litige des parties ou sur la situation juridique résultant de son règlement.

21. ***La force de la volonté dans le conflit.*** On le pressent, la volonté, conjointe ou unilatérale, des parties comme des tiers, est susceptible d'influer grandement sur la gestion d'un conflit et de prendre pour objet un très grand nombre de paramètres de celui-ci. Son pouvoir n'est cependant pas absolu, et divers obstacles, dont l'importance croît avec la proximité des institutions et des contraintes liées à la mission du juge, sont susceptibles de confronter la liberté des acteurs de la gestion d'un conflit. Cette contrainte grandissante permet une approche chronologique de la volonté dans la gestion des conflits. La force avec laquelle la volonté s'exprime dans la gestion d'un conflit incite en effet à distinguer deux périodes : celle précédant le contentieux, essentiellement envisagée sous l'angle du contrat initial des parties et celle suivant la déclaration de celui-ci, au cours de laquelle se manifestent des volontés plus diverses. Le contrat y tient encore une place importante. La gestion du conflit passe cependant au cours de cette phase contentieuse par une diversification des volontés impliquées : conjointes ou unilatérales, des parties en litige ou bien des tiers.

Cheminant chronologiquement et logiquement avec l'évolution du conflit lui-même, l'examen de la force de la volonté dans le précontentieux (Partie 1) précèdera l'examen de celle-ci dans le contentieux (Partie 2).

## PREMIERE PARTIE

### La force de la volonté dans le précontentieux

22. **Le contrat, instrument d'anticipation des risques.** Le contrat, « acte de prévision »<sup>1</sup> est un vecteur de projection dans le futur, « la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits »<sup>2</sup>. Dans la pratique contractuelle, il n'est pas rare qu'à celles concernant directement l'opération envisagée par le contrat, la prestation essentielle et causale, soient adjointes diverses clauses ayant vocation à devancer les difficultés que pourraient rencontrer les parties lors de son exécution, représentant ainsi un « véritable exercice de sagesse contractuelle »<sup>3</sup>. Le contrat, réceptacle de la volonté des parties, constitue ainsi leur instrument privilégié pour tenter d'anticiper les risques de désaccords. « Affleure à la négociation le temps des déceptions ; les désillusions pointent le nez à l'horizon des pourparlers. Nos contractants songent aux dérapages de leurs projets, aux écarts que la vie va imposer à leurs prévisions premières »<sup>4</sup>. Ils déploient ainsi leur volonté soit pour prévenir la survenance des conflits, soit pour en aménager leur traitement, amiable ou contentieux.

La gestion du conflit implique une intervention à toutes les étapes de sa vie, dès avant sa naissance jusqu'à sa mort. Désormais, en sus de traiter les différends pouvant survenir au cours de la vie d'un contrat, les parties tentent de plus en plus fréquemment, par des clauses sur mesure, d'empêcher leur naissance même. La palette des stipulations utilisées par les parties pour appréhender leurs conflits s'en est élargie d'autant. Trois aspirations distinctes semblent désormais s'entremêler dans les différents outils, classiques ou récemment élaborés par la pratique, destinés à gérer les conflits.

23. **Une appréhension globale du conflit.** Se distingue en premier lieu la volonté de prévenir la survenance même des conflits, soit par la menace, soit par l'appel à la rationalisation des éléments qui pourraient le cas échéant les composer. Les stipulations à vocation « préventive », dont l'objet est d'éviter l'émergence du conflit, se manifestent dans l'élaboration de méthodes propres à résorber des divergences d'interprétation ou d'évaluation de manière amiable. Plusieurs clauses qui seront examinées dans le cadre de notre étude font appel à cette volonté des parties d'éviter la survenance de situations conflictuelles. En second lieu, se démarque la volonté d'éviter le traitement juridictionnel du litige, par des stipulations qui ont pour conséquences de dissuader ou d'empêcher les parties d'aller devant le juge. Enfin, les clauses d'aménagement du conflit ou du litige, prévues dès la conclusion du contrat, ont pour ambition de permettre aux parties une anticipation et une gestion des composantes du procès éventuel. Ces trois aspirations ne sont pas exclusives les unes des autres. Les instruments élaborés par les parties mettent en place des mécanismes à plusieurs niveaux, permettant aussi bien la prévention des conflits, la dissuasion des litiges et leur aménagement.

---

<sup>1</sup> L'expression est du professeur Maurice Hauriou : *Principes de droit public*. Dalloz, 2010, p. 206 ; v. H. Lécuyer : « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-Juris-classeur, 1999, p. 2629.

<sup>2</sup> M. Hauriou : *loc. cit.*

<sup>3</sup> L. Cadiet : V° « Clauses relatives aux litiges », in *J.-Cl. Contr-Distrib.* fasc. 190, n°3, p. 4.

<sup>4</sup> J.-M. Mousseron : « Rapport de synthèse », in *Les principales clauses des contrats conclus entre les professionnels*. Préf. J. Mestre, Colloque de l'institut des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, 1990, p. 225.

Avec les clauses de différend<sup>1</sup>, les parties élaborent, dès le stade du contrat, des procédures de règlements amiables de ces conflits, dont la médiation ou la conciliation sont les archétypes de négociation faisant intervenir un tiers. Ces modèles sont parfois déclinés et adaptés librement par les parties pour épouser les spécificités du contentieux. L'inventivité dont les praticiens font preuve dans l'élaboration de ces clauses témoigne de l'importance grandissante attachée à l'évitement du conflit et à la recherche d'une solution négociée devant parer à la dégénérescence contentieuse de leur différend. L'approche économique du droit, qui tend à considérer que le procès constitue, le plus souvent, une gestion inefficace du conflit, et en particulier les réflexions menées sur les coûts des différents modes de gestion des litiges, trop longtemps négligés, apparaissent aujourd'hui déterminantes pour expliquer la tentation irénique et le rejet du procès en tant que modèle<sup>2</sup> que laisse transparaître la volonté des parties en la matière. Cette approche incite par ailleurs, s'agissant du procès lui-même, à réfléchir aux adaptations procédurales envisageables, aux sacrifices acceptables touchant à l'intégrité de certains principes du procès civil sur l'autel de l'efficacité. Plus encore, l'orientation vers une gestion anticipée du risque de conflit que cette approche économique encourage entraîne un déplacement temporel de la prise en compte des conflits dès le contrat.

24. **Le coût de la justice.** En cherchant à réduire le coût de la résolution de leurs conflits en évitant le traitement juridictionnel du litige, les parties allouent des ressources à ce sujet dès l'élaboration de leur accord, avant la survenance du conflit, pour prévenir ou traiter ce dernier le cas échéant. On constate ainsi un glissement des sommes investies dans la gestion des conflits en amont de toute procédure juridictionnelle. Les soins que vont apporter les parties à la rédaction de stipulations spécifiques dans leur convention, destinées à prévenir ou traiter les conflits, ainsi que les négociations parfois âpres qui s'ensuivent, nécessitent du temps dès avant la conclusion du contrat. Les processus mis en place par ces clauses entraînent eux-mêmes également parfois des coûts non négligeables. Bien qu'elles puissent être estimées comme marginales par rapport à ceux engendrés par un traitement juridictionnel, ces sommes sont engagées en considération d'un simple risque. Si aucun conflit ne survient, ces ressources resteront définitivement engagées, ce qui incite à chercher ailleurs les raisons de l'engouement pour la prévision des litiges dès le stade précontentieux. Les coûts impliqués par les procédures juridictionnelles ne constituent en effet pas les seuls désagréments dont cherchent à s'extraire les contractants.

25. **Lenteur et aléas de la justice.** La lenteur de la justice ainsi que les aléas comportés par toute décision juridictionnelle représentent également une cause de désaffection des parties qui préféreront parfois prévoir elles-mêmes par avance, dans leur contrat, l'issue de l'épisode conflictuel. Elles disposent à cet effet d'un éventail de clauses, que nous qualifierons de « dissuasives au fond », permettant une meilleure appréciation du rapport bénéfice-risque inhérent à l'éventuelle action en justice. Les parties entendent ainsi poser avec certitude au moins une donnée de l'équation, le montant de la réparation qui pourrait le cas échéant être réclamée à l'issue d'une procédure contentieuse. En l'absence de prévision, cette donnée dépendante de l'appréciation du juge se révèle susceptible d'une grande variabilité. Ces stipulations jouent ainsi un rôle important d'évitement du contentieux juridictionnel et manifestent l'emprise que peut avoir la volonté initiale des parties sur l'encadrement d'une potentielle relation conflictuelle.

---

<sup>1</sup> Également dénommées « clauses relatives aux litiges », « clauses relatives au règlement des différends ».

<sup>2</sup> Th. Clay : « Le modèle pour éviter le procès », in Th. Revet (dir.) : *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*. LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2005, p. 51, sp. p. 53.

Si la maîtrise du fond du droit, de la solution apportée au conflit éventuel semble constituer l'objectif de nombre de prévisions des parties destinées à gérer leurs conflits, elle n'est cependant pas la seule variable sur laquelle les parties sont susceptibles d'influer par leurs accords de volonté. La procédure qui sera applicable à l'éventuel litige qui viendrait à les opposer est également, dans une certaine mesure, à la portée de leur volonté. Latitudo leur est ainsi laissée pour aménager l'action en justice elle-même par le contrat, en stipulant des clauses restreignant leurs possibilités d'action, ou en déterminant certains éléments de la procédure applicable au litige éventuel. Mais on pressent d'ores et déjà que le domaine dans lequel s'exerce alors la libre volonté des parties n'est pas extensivement réceptif aux aménagements privés, bridés par la finalité des principes directeurs et intangibles du procès.

L'étendue, la force et l'efficacité de la volonté des parties dans la gestion de leurs conflits éventuels par le contrat diffère en fonction de l'objectif poursuivi, selon qu'elles entendent éviter (Titre 1<sup>er</sup>) ou aménager le traitement juridictionnel de leurs conflits (Titre 2).



## TITRE 1<sup>er</sup> - La dissuasion du contentieux

26. **L'évitement du litige par le contrat.** « C'est un singulier paradoxe que d'estimer que la meilleure manière pour que la justice soit rendue consiste précisément à éviter le Palais de justice »<sup>1</sup>. Les clauses écartant l'action en justice sont celles qui manifestent la plus grande défiance à l'égard de l'institution judiciaire. Les critiques adressées aux instances juridictionnelles, désormais classiques, expliquent la raison d'être de bien des clauses écartant l'action en justice. Des deux approches envisageables lorsqu'il s'agit d'écarter, définitivement ou temporairement, l'action en justice, une constante ressort : les parties entendent régler elles-mêmes leur différend, sans nécessairement passer devant un juge. La liberté contractuelle qui les a liées par le contrat doit également pouvoir les délier ou déterminer les sanctions du non-respect par l'une d'elles de ses obligations.

Anticipant sur la naissance d'un conflit, les parties souhaiteront parfois, dès l'origine de leur relation, fixer des éléments propres à évacuer l'incertitude<sup>2</sup> qui est très souvent à l'origine de nombreux litiges. Supprimant le doute quant au résultat qui peut être attendu d'une décision juridictionnelle, les clauses dissuasives des litiges tendent à dissuader de porter une action en justice devant un juge. À force de certitudes, ces clauses aspirent à « fermer » une partie du contentieux et soustraient en conséquence au traitement juridictionnel certaines réclamations qu'une partie aurait pu formuler.

Ces stipulations tendent parfois à fixer des éléments factuels, telles les clauses de constatation, interdisant subséquemment toute contestation des faits qui y sont prétendument établis. Ces stipulations « peuvent être considérées comme une forme déguisée de clauses de renonciation à une contestation particulière, la “clause de constatation” cachant ainsi une “clause de non-contestation” »<sup>3</sup>. Nombre de ces clauses étudiées par Mme Lamoureux sous l'angle de l'*imperium* des parties, capables dans une certaine mesure d'imposer leur référentiel au juge qui est leur destinataire direct, peuvent également être analysées comme autant de freins à une action en justice. En effet, de telles clauses ont, entre les parties, mais surtout à l'égard de celle qui n'a pas rédigé le contrat, un effet dissuasif non négligeable, et ce, que la clause soit ou non valable. « En effet, dans la perspective du rédacteur de contrats, la simple éventualité qu'une clause puisse être jugée valable, voire la seule idée que le cocontractant la pense valable et obligatoire suffit à justifier qu'il la stipule »<sup>4</sup>. Ces clauses ne sont parfois en réalité que des bouteilles jetées à la mer, car dans certains cas, et contrairement à ce qu'elles entendent laisser penser, elles sont simplement illégales ou ne résistent pas à l'équité envahissante du juge.

---

<sup>1</sup> Th. Clay : « Le modèle pour éviter le procès », in Th. Revet (dir.) : *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*. LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2005, p. 51.

<sup>2</sup> Plus que le désaccord de volontés relativement à un objet donné, l'incertitude juridique est à l'origine du litige pour les professeurs Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland (*Droit judiciaire privé*. 7<sup>e</sup> éd., Litec, 2011, n°6, p. 3) : « Ce qui compte, en somme, c'est donc moins l'existence d'un désaccord que l'existence d'une situation d'incertitude juridique, née le plus souvent d'un conflit potentiel d'intérêts, pouvant donner lieu à une décision juridictionnelle dont l'objet est de lever l'incertitude sur la situation juridique en cause ».

<sup>3</sup> M. Lamoureux : *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*. Préf. J. Mestre, PUAM, 2006, p. 212.

<sup>4</sup> M. Lamoureux : *thèse. préc.* note 82, p. 34.

Ces stipulations, dont l'effet processuel n'est parfois qu'incident, tendent tout d'abord à aménager les droits subjectifs dont vont disposer les parties au contrat. Les stipulations prévoyant l'application d'une peine privée, en octroyant à une partie le droit de résoudre le contrat ou d'appliquer une pénalité en cas d'inexécution d'une obligation par le cocontractant, renforcent le lien contractuel en l'imprégnant d'une vigueur accrue, d'abord au stade de l'exécution du contrat, mais également en cas d'inexécution. Généreusement utilisées par les rédacteurs de contrats, les clauses pénales et résolutoires de plein droit modifient profondément le rôle traditionnel du juge relativement à l'appréciation des sanctions de l'inexécution. D'autres stipulations sont plus indirectement mais aussi parfois plus insidieusement dissuasives de porter en justice un litige qui surviendrait entre les parties. Les limitations conventionnelles de responsabilité, fixant le montant maximum pouvant être réclamé par une des parties en cas de mauvaise exécution des obligations de son cocontractant, ainsi que les clauses abusives, appartiennent à cette catégorie.

27. **Les sources du conflit.** Pour écarter l'action en justice, les parties peuvent décider de s'attaquer directement au cœur du mal, au conflit qui les oppose. Elles peuvent ainsi aménager, dès le stade du contrat, des procédures non contentieuses, visant à résorber le conflit, spécialement adaptées à sa nature. La juste appréhension de la dimension du conflit opposant les parties est en effet un élément à ne pas négliger lorsque la question de son traitement survient. Un conflit relationnel sera envisagé plus utilement par la médiation ou par des négociations directes entre les parties, alors qu'un conflit d'évaluation sera traité plus adéquatement par l'intervention d'un tiers expert par exemple. En supprimant l'incertitude juridique ou factuelle sur un élément objet du conflit, né au cours de l'exécution du contrat, les parties évacuent généralement une partie du contentieux. Cela n'empêchera pas nécessairement la survenance du litige, mais aura dans certains cas pour effet de décourager l'une des parties de formuler toute contestation, amiable ou judiciaire, ou de permettre un accord qui n'aurait pu naître sans ces éclaircissements. Mais à la recherche du consensus, les parties se trouvent parfois confrontées à la faiblesse consubstantielle de ces modes de résolution amiable, leur réussite étant conditionnée à leur propre volonté. En cas de désaccord persistant nécessitant une coupe franche, les parties se tourneront alors vers un tiers, parfois le juge initialement écarté, pour obtenir une solution autoritaire à leur conflit.

Les clauses écartant l'action en justice ont pour dénominateur commun l'incertitude. Certaines clauses dissuadent d'agir en justice en évinçant, dès la conclusion du contrat, l'incertitude qui pourrait nécessiter une appréciation juridictionnelle par le recours à des clauses prévoyant le conflit et son issue (Chapitre 1<sup>er</sup>). D'autres clauses tentent au contraire d'organiser la dissipation non contentieuse de l'incertitude qui pourrait apparaître lors de l'exécution du contrat par la prévention et le traitement amiable des conflits (Chapitre 2).

## Chapitre 1<sup>er</sup> - La dissuasion par la prévention des litiges

28. **Les clauses dissuasives des litiges.** Les clauses dissuasives des litiges ont pu être définies comme « toutes les clauses dont la finalité est de faire pression sur le débiteur pour le forcer à exécuter son obligation »<sup>1</sup>. L'accent mis sur leur rôle comminatoire incite à les considérer comme un sous ensemble de la catégorie, à notre sens plus large, des clauses

---

<sup>1</sup> E. Loquin et F. Leborgne : V° Clauses dissuasives des litiges, in *J. Cl. Contrats Distribution*, fasc. 135, 2006.

dissuasives des litiges. Ces clauses mériteraient selon nous d'être clairement circonscrites et dénommées « clauses incitant à l'exécution », ou « clauses dissuasives de l'inexécution ». La catégorie des clauses dissuasives des litiges apparaît plus étendue que la définition précitée. Elle pourrait être circonscrite comme comprenant toutes les clauses qui écartent le plaideur du litige, en empêchant la survenance d'un conflit par leur effet incitatif ou en amoindrissant l'intérêt que pourrait avoir un contractant à agir en justice. Cette catégorie intégrerait ainsi les clauses à effet comminatoire dont le but est de prévenir l'inexécution mais également les clauses amoindrissant les avantages escomptés d'une procédure juridictionnelle ou aménageant conventionnellement des conditions plus strictes pour agir en justice<sup>1</sup>.

La fréquence d'insertion de ces stipulations dans les contrats entre professionnels semble révéler une aspiration forte des acteurs économiques à la certitude convenue par préférence à l'aléa judiciaire. Par les clauses pénales, les clauses résolutoires expresses et les clauses limitatives de responsabilité, les parties cherchent à anticiper les conséquences de l'inexécution contractuelle. La substance même, le fond du conflit naissant de cette inexécution est appréhendé par les parties lorsqu'elles insèrent ces stipulations dans leur convention. À la différence d'autres clauses qui ont pour objet de prévoir les processus à mettre en place ou les aménagements processuels ayant pour objet de gérer le conflit, qui seront étudiées plus loin, ces clauses ont vocation à toucher aux conséquences de l'inexécution elle-même, en prévoyant dès la conclusion du contrat les remèdes ou sanctions possibles. C'est la raison pour laquelle ces clauses pénales, résolutoires ou limitatives de responsabilité peuvent être qualifiées, en raison de leur objet et de leurs effets, de clauses dissuasives « au fond », car elles touchent au contenu même du contrat, aux droits et obligations qui en composent sa substance et qui justifient son existence. Cet objet spécifique implique leur perméabilité particulière aux principes fondamentaux du droit des obligations, et notamment leur sensibilité à l'égard de la validité même des conventions.

29. ***Des clauses incidemment dissuasives par la forme.*** Il apparaît tentant de considérer, en miroir, l'existence de clauses dissuasives par la forme qui auraient pour effet de dissuader d'agir en justice en raison des formes procédurales contraignantes qu'elles imposent. Pourraient par exemple rentrer dans cette catégorie les clauses attributives de compétence ou encore les clauses relatives à la prescription de l'action. Ces clauses dissuasives par la forme affectent le droit d'action destiné à permettre la réalisation des droits subjectifs des parties. Elles constituent ainsi un autre type de clauses dissuasives des litiges tenant non au fond du droit mais aux conditions nécessaires à sa consécration juridictionnelle. Ces clauses n'ont pas nécessairement pour objectif de dissuader d'agir en justice et prévoient souvent des modalités d'actions qui présentent un intérêt tout autre : la prévisibilité de la compétence, le délai ou les formes dans lesquels il est nécessaire d'agir en justice. Leur effet dissuasif potentiel est dès lors incident et accessoire.

Les clauses dissuasives des litiges peuvent être distinguées en fonction de leurs buts et de leurs effets. Les clauses limitatives de réparation et les clauses pénales présentent par exemple l'effet de fixer une peine ou un maximum de réparation. Par ailleurs très différentes par d'autres

---

<sup>1</sup> À notre sens les stipulations telles que les clauses de non recours ou les clauses abrégant la prescription, enserrant les conditions de l'action en justice dans un carcan taillé sur mesure par les parties, constituent de véritables clauses dissuasives des litiges. Les clauses relatives à la compétence peuvent également se révéler dissuasives des litiges lorsqu'elles sont stipulées dans des contrats entre parties aux forces déséquilibrées. En raison de leurs effets essentiellement procéduraux, l'ensemble des clauses relatives à l'action en justice seront étudiées plus en détail *infra*.

aspects, elles ont toutes deux pour conséquence de décourager l'action en justice d'une partie : les bénéfices que cette dernière peut raisonnablement escompter d'une telle action sont parfois insuffisants à justifier l'initiative d'une procédure contentieuse. Par ces stipulations, les parties s'affranchissent ainsi du principe de la réparation intégrale du préjudice<sup>1</sup>.

30. **La volonté contractuelle et le juge.** En permettant une plus grande prévisibilité du bénéfice escompté de l'action en justice, ces clauses posent une donnée de l'équation qui se révèle, en leur absence, souvent très variable. Les parties tentent ainsi de circonscrire elles-mêmes, par avance et avec certitude, les conséquences d'un conflit qui pourrait naître de l'inexécution du contrat qui les lie. Pour autant, le contrôle judiciaire de ces fixations conventionnelles des sanctions de l'inexécution n'est pas réduit à néant. Qu'il s'agisse des peines privées autorisant le créancier à faire œuvre de justice privée ou des clauses limitant la réparation, le juge exerce un contrôle vigilant. Plusieurs instruments sont à la disposition de celui-ci pour contrôler leur mise en œuvre, la proportionnalité de la sanction ou la conformité de la stipulation avec l'essence du contrat. Le déclin du principe de l'autonomie de la volonté, amorcé dès le XIX<sup>e</sup> siècle et justifiant classiquement la force obligatoire du contrat en considérant que la loi que se sont données les parties est nécessairement juste et économiquement efficiente<sup>2</sup>, se manifeste en la matière de manière patente. Le juge, parfois autorisé par le législateur, parfois autoproclamé, s'est peu à peu imposé censeur de la volonté contractuelle des parties, au nom de l'équité, à tel point qu'« on peut se demander si le principe de l'intangibilité des contrats ne fait pas désormais partie d'une mythologie contractuelle »<sup>3</sup>. Prenant parfois une liberté certaine avec la volonté des parties, le juge vient ainsi contrôler la validité et l'application faite de ces stipulations, jetant ainsi parfois un voile d'imprévisibilité sur des clauses qui ont précisément pour ambition de dissiper.

Le juge, si prompt à remettre en cause les prévisions librement négociées de cocontractants ne bénéficiant pas de protection spécifique, apparaît en comparaison parfois bien timoré lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre une protection effective des droits des consommateurs. L'insuffisante sanction des pratiques courantes consistant en l'insertion de clauses abusives dans les contrats proposés à ces contractants entraîne la permanence de la dissuasion illégitime opérée sur les consommateurs en position structurelle de faiblesse. La volonté d'un seul, le rédacteur du contrat, se révèle ainsi capable d'écarter du prétoire de nombreux conflits, et ce alors même que cette dissuasion, par asymétrie d'information, se révèle non seulement illégitime mais également illicite. La dissuasion d'agir, inoculée par la simple insertion de la clause abusive, opère pleinement sur le consommateur et décime ainsi une grande partie du contentieux. La liberté du professionnel de gérer le conflit et de prévenir l'éclosion des litiges apparaît ainsi devoir être encadrée lorsque l'effet de certaines stipulations est d'opérer une telle dissuasion illégitime d'agir en justice. La liberté contractuelle doit alors se voir imposer certaines limites en raison des abus qu'elle peut générer en présence de parties aux forces inégales.

---

<sup>1</sup> Principe qui, fondamental en droit de la responsabilité, n'est pourtant pas d'ordre public (v. Ch. Coutant-Lapalus : *Le principe de réparation intégrale en droit privé*. Préf. F. Pollaud-Dulian, PUAM, 2002, p. 114 et s.) et souffre déjà de plusieurs atteintes conventionnelles et législatives.

<sup>2</sup> L'analyse économique du droit vient appuyer la force théorique de la volonté des parties, en considérant que celle-ci fait écho « à l'hypothèse fondamentale du raisonnement économique selon laquelle un individu maximise toujours son utilité » (A. Ogus et M. Faure : *Économie du droit : le cas français*. Avant propos L. Vogel, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 113).

<sup>3</sup> D. Mazeaud : « Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique », *Deffrénois*, 1998, n°19, p. 1137.

En raison de la double dissuasion directe qu'elles opèrent, au stade de l'exécution puis de l'inexécution, les clauses réglant par anticipation de manière autoritaire le contentieux de l'inexécution sont des instruments de gestion contractuelle des conflits particulièrement intéressants et efficaces (Section 1<sup>ère</sup>). D'influences plus médiates, les clauses tendant à amoindrir l'effet escompté d'une procédure juridictionnelle opèrent une dissuasion indirecte d'agir en justice (Section 2).

### Section 1<sup>ère</sup> La double dissuasion directe des peines privées contractuelles

31. **La menace et la sanction.** Certaines « stipulations intimidatrices »<sup>1</sup> ont pour but principal d'éviter les litiges, par la combinaison d'un aspect comminatoire et d'un aspect sanctionnateur *a posteriori*. Dans un premier temps, par la menace qu'elles font planer sur lui, « elles sont de nature à dissuader le débiteur de ne pas exécuter ou de mal exécuter son obligation »<sup>2</sup>. Cette « contrainte par dissuasion » est particulièrement utile pour les obligations de faire ou de ne pas faire<sup>3</sup>. Ces stipulations recèlent en ce sens une vocation préventive des conflits. Dans un second temps, lorsque l'inexécution a eu lieu, se manifeste le caractère punitif constitutif de la menace. Les clauses pénales et les clauses résolutoires, organisant une « sanction unilatérale conventionnelle »<sup>4</sup> de l'inexécution, interviennent ainsi en amont et en aval du conflit, prévenant (§1<sup>er</sup>) puis sanctionnant (§2) l'inexécution illicite, empiétant alors sur le rôle traditionnel du juge. Aussi nous intéresserons-nous aux clauses pénales et aux clauses résolutoires expresses, considérées comme des « moyens de pression privés »<sup>5</sup> réunissant ces caractéristiques de prévention et de sanction privée de l'inexécution.

§1<sup>er</sup> La dissuasion de l'inexécution : la composante comminatoire préventive du conflit

32. **L'incitation à l'exécution propre aux peines privées.** Dérivé de *comminari*, l'adjectif comminatoire, synonyme d'intimidant, désigne « un acte juridique (...) qui, indépendamment de l'effet immédiat qu'il produit, contient la menace d'une sanction (...) en cas d'inexécution d'une obligation »<sup>6</sup>. Les stipulations revêtant ce caractère impriment au contrat une dimension particulière, le rapprochant du « contrat idéal (qui) doit être auto-exécutoire ("self-enforcing") », contenant les clauses qui induiront les agents à respecter leurs engagements »<sup>7</sup>.

La dimension comminatoire de ces clauses provient en réalité de la menace d'une sanction automatique et prévisible. Ces stipulations mettent en place un mécanisme déclenché par la seule inexécution illicite de l'obligation visée, quelles qu'en soient les conséquences, qui conduira inéluctablement à une sanction déterminée par les parties sans que le juge ait la possibilité d'en apprécier l'opportunité ou le caractère proportionné. L'impact psychologique

<sup>1</sup> Expression employée par Philippe Gerbay : *Moyens de pression privés et exécution du contrat*. Thèse, Dijon, 1976, *sp.* n°51, p. 43.

<sup>2</sup> L. Cadet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*. Litec, 7<sup>e</sup> éd., 2011, *sp.* n°402, p. 286.

<sup>3</sup> R. Perrot : « La contrainte par dissuasion », in *La procédure dans tous ses états. Mélanges en l'honneur de J. Buffet*. éd. Petites affiches, 2004, p. 393.

<sup>4</sup> Ch. Jamin : « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.) : *L'unilatéralisme et le droit des obligations*. Economica, 1999, p. 71.

<sup>5</sup> Ph. Gerbay, *thèse préc. sp.* n°39, p.30.

<sup>6</sup> G. Cornu (dir.) : *Vocabulaire Juridique*. Association H. Capitant, 9<sup>e</sup> éd., Quadriga, PUF, 2011, V<sup>o</sup> Comminatoire.

<sup>7</sup> C. Ménard : « Le contrat entre l'entreprise et ses clients : que signifie "s'engager" ? », in Ch. Jamin (dir.) : *Droit et économie des contrats*. LGDJ, 2008, p. 245.

sur le débiteur de l'obligation est amplifié par le caractère automatique de la peine qui apparaît alors inévitable en cas d'inexécution. La menace ainsi volontairement constituée, incitant à l'exécution, tend à prévenir l'émergence du conflit par la parfaite exécution du contrat et trouve son origine dans la peine privée elle-même.

En raison de la particulière rigueur des conséquences de l'inexécution, l'acceptation par le débiteur d'une clause pénale dans un contrat tend également à appuyer sa confiance en la bonne exécution du contrat. Conçue comme un « substitut au manque de réputation »<sup>1</sup>, la stipulation d'une clause pénale dans un contrat, lorsque celui-ci est librement négocié, tend à jouer le rôle d'une garantie de la bonne exécution des ses obligations par le débiteur : ce dernier rassure le créancier en s'engageant à accepter des conséquences particulièrement rigoureuses en cas d'inexécution. Ces clauses présentent ainsi un « effet incitatif et signalétique »<sup>2</sup> affectant l'opération économique dans son ensemble. En augmentant la confiance du créancier, la clause pénale, en accroissant la probabilité d'exécution de l'obligation, accroît en quelque sorte également la valeur de celle-ci, car « la confiance qu'une obligation sera exécutée représente en réalité une valeur positive : elle facilite la coordination des affaires et réduit le coût des transactions »<sup>3</sup>.

33. ***L'importance attachée conventionnellement à l'exécution.*** L'analyse semble également applicable à la clause résolutoire expresse. Certes, une telle clause ne touchera pas au porte monnaie le débiteur défaillant, mais ce dernier perdra le bénéfice d'un contrat qu'on peut présumer utile et pourra, en cas de préjudice, être redevable de dommages-intérêts. Ces deux clauses reflètent, pour les parties, « la valeur subjective qu'elles accordent à la réalisation du contrat »<sup>4</sup>. Elles touchent ainsi au contenu même du contrat, à la consistance des obligations dont elles sanctionnent l'inexécution. Qu'elles soient de l'essence même de l'opération envisagée ou qu'elles apparaissent à l'opposé très accessoires à celle-ci, les obligations visées par la clause revêtent en vertu de la convention une importance particulière. Ainsi des obligations dont la violation pourrait être considérée anodine par un juge se voient érigées par la volonté des parties en véritables obligations de résultat. Leur inexécution par le débiteur fera naître pour le créancier un droit de sanction indépendant de leur gravité. En acceptant ce type de clauses, le débiteur s'engage à respecter scrupuleusement les obligations concernées, et prend ainsi l'exacte mesure de l'intérêt que le créancier porte à cet engagement.

34. ***Le double visage de la clause pénale.*** Confondue avec le forfait conventionnel d'indemnisation<sup>5</sup>, la clause pénale est classiquement présentée comme arborant un double visage, comminatoire et indemnitaire<sup>6</sup>. Chacune de ces facettes est susceptible d'être

---

<sup>1</sup> S. Souam : « Clause pénale et dommage et intérêts incitatifs : une analyse économique », in Ch. Jamin (dir.) : *Droit et économie des contrats*. LGDJ, 2008, p. 138, repris par Y.-M. Laithier : « Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs » in Ch. Jamin (dir.) : *Droit et économie des contrats*. LGDJ, 2008, p. 144.

<sup>2</sup> E. Mackaay et S. Rousseau : *Analyse économique du droit*. 2<sup>e</sup> éd., Dalloz- Les éditions Thémis, 2008, sp. n°1568, p. 429.

<sup>3</sup> A. Ogus et M. Faure : *Économie du droit : le cas français*. Avant propos L. Vogel, éd. Panthéon Assas, 2002, sp. p. 96.

<sup>4</sup> S. Souam : « Clause pénale et dommage et intérêts incitatifs : une analyse économique », in Ch. Jamin (dir.) : *Droit et économie des contrats*. LGDJ, 2008, sp. p. 137.

<sup>5</sup> Confusion dénoncée par le professeur Jacques Mestre : « De la notion de la clause pénale et de ses limites », *RTD civ.* 1985, p. 372.

<sup>6</sup> Pour le professeur Denis Mazeaud cependant, seul le caractère comminatoire semble refléter le but de la clause, le caractère indemnitaire n'étant qu'« accidentel », D. Mazeaud : *La notion de clause pénale*. Préf. F. Chabas LGDJ, coll. Bibl. droit privé, t. 223, 1992, sp. p. 72.

considérée comme amenuisant les potentialités de survenance d'un litige. Le profil comminatoire de la clause prévient, en amont, la survenance du conflit lui-même. Son profil indemnitaire, quant à lui, peut être considéré comme dissuasif des litiges<sup>1</sup>. La conjugaison de ces deux aspects manifeste que la clause pénale est « une clause tendant à éluder la solution judiciaire du différend au profit d'un règlement unilatéral organisé par convention »<sup>2</sup>, justifié pour certains auteurs par la défiance des acteurs économiques à l'égard de l'État<sup>3</sup>.

La composante comminatoire de la clause pénale transparait de la rédaction même de l'article 1226 du Code civil, qui dispose : « La clause pénale est celle par laquelle une personne, *pour assurer l'exécution d'une convention*<sup>4</sup>, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ». Certaines décisions semblent même dénier la qualification de clause pénale aux stipulations « n'ayant pas pour objet de faire assurer par l'une des parties l'exécution de son obligation »<sup>5</sup>. Lorsque la clause pénale a été fixée à un montant supérieur au préjudice éventuel du débiteur, elle est de nature à appuyer l'importance de l'exécution. Ainsi, pour un auteur, « la tolérance française envers les clauses pénales s'explique (...) par la place accordée à l'exécution en nature, à l'instar des autres systèmes de droit civil »<sup>6</sup>. La fixation d'une sanction prédéterminée d'une certaine importance en cas d'inexécution ou de retard<sup>7</sup> dans cette exécution est propre à inciter le créancier à remplir ses obligations sous peine d'être redevable d'une peine décorrélée de la valeur intrinsèque de l'exécution.

35. ***Un moyen de lutte contre les fautes lucratives.*** Cet effet incitatif tend à réduire l'attrait que peut parfois revêtir l'inexécution, notamment lorsqu'elle serait, en l'absence de la clause, économiquement plus avantageuse pour le débiteur que l'exécution. La clause pénale présente ainsi l'avantage de faire taire les sirènes des fautes lucratives<sup>8</sup> qui, en son absence, seraient susceptibles d'attirer à elles les débiteurs les moins scrupuleux. Elle revêt ainsi, « du seul fait de son existence »<sup>9</sup>, par la pression qu'elle maintient sur le débiteur et par le bâton qu'elle agite, un intérêt propre de dissuasion de l'inexécution.

---

<sup>1</sup> La dissuasion opérée par le caractère indemnitaire sera discutée *infra* n° 55.

<sup>2</sup> L. Cadiet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*. Litec, 7<sup>e</sup> éd., 2011, *sp.* n°401, p. 286.

<sup>3</sup> Ph. Malaurie : « Les problèmes actuels du droit des obligations », in *Les cours du droit*. 1971-1972, *sp.* p. 158.

<sup>4</sup> Nous soulignons.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 16 janv. 1985, n° 83-11029 et 83-16928 ; *Bull. civ.* I, n°24, p. 24 ; *RTD civ.* 1986, p. 103, obs. J. Mestre ; *JCP* 1986, II, 20661, note G. Paisant ; Cass. com., 19 avr. 1985, n° 83-15258 ; *Bull. civ.* IV, n°120, p. 103 ; *JCP* 1986, II, 20661, note G. Paisant ; *Rev. Banque* 1985, 856, obs. J.-L. Rives-Lange ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 22 févr. 1977, n° 75-13717 ; *Bull. civ.* I, n°99 p. 77 ; en ce sens not. D. Mazeaud : *thèse préc. sp.* n°123, p. 72 : « Il ne fait (...) guère de doute que le caractère comminatoire constitue un aspect essentiel et déterminant de la qualification de clause pénale ». Intégrant la composante comminatoire dans la définition de la clause pénale, v. not. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck : *Les obligations*. Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2013, *sp.* n°992.

<sup>6</sup> C. Popineau-Dehaillon : *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*. Préf. M. Goré, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 498, 2008, *sp.* n°105, p. 65.

<sup>7</sup> Bien que l'analyse développée ici soit parfois applicable également aux clauses prévoyant des pénalités en cas de retard dans l'exécution, le propos sera développé principalement en considération de la clause pénale ne revêtant pas de caractère moratoire mais s'attachant à l'inexécution d'une obligation.

<sup>8</sup> La faute lucrative est ici entendue comme celle permettant de réaliser un gain (qui recouvre tant le profit que l'économie), supérieur aux montants dus en cas d'engagement de la responsabilité du fautif. (v. en ce sens, D. Fasquelle : « L'existence de fautes lucratives en droit français », *PA* 20 nov. 2002, n°232, p. 27) ; en ce sens également, Cass. com., 27 nov. 1967, *Bull. civ.* IV, n°384.

<sup>9</sup> D. Mazeaud : *thèse préc.* p.7.

Il a cependant été relevé qu'un des inconvénients des clauses stipulant des montants en tout état de cause bien supérieurs au préjudice pouvant résulter de l'inexécution serait de faire entrapercevoir au créancier la possibilité d'obtenir un gain en cas de jeu de la clause, ce qui pourrait avoir pour effet pervers et opposé de générer des conflits. Ainsi serait-il envisageable que certaines peines privées « incitent la victime potentielle à induire une rupture de contrat. Ceci reste vrai pour toute règle surcompensatrice »<sup>1</sup>.

36. **Prévention mais aussi sanction.** Ces clauses dissuasives sont une manifestation particulièrement intéressante de la gestion des différends par la volonté des parties, de par leur influence en amont, puis en aval du conflit. Leur mécanisme pourrait être assimilé à une double détente. Par ces stipulations, les parties tentent de prévenir la survenance même du conflit en soulignant l'importance que revêt pour elles l'exécution des obligations flanquées de telles clauses. La première détente, à la signature du contrat, maintient une pression sur le débiteur, en l'incitant à s'exécuter. En ce sens ces clauses manifestent la volonté des parties de prévenir tout conflit. Dissuasives de l'inexécution, ces clauses alors intimidatrices se muent en clauses sanctionnatrices si elles n'ont pas atteint leur objectif premier, la parfaite exécution de l'obligation par le cocontractant. La seconde détente est l'application de la sanction prédéterminée, qui trahit la volonté des parties d'aménager les suites du conflit susceptible de les opposer.

La volonté des parties se révèle ainsi nécessairement efficace. Soit l'insertion d'une telle clause dans le contrat a eu l'effet escompté et la parfaite exécution de l'obligation a eu lieu. La fonction pédagogique de la clause ayant fonctionné, son application en cas de conflit devient inutile. La fonction sanctionnatrice, la seconde détente, n'a alors pas lieu d'être actionnée. Soit la fonction dissuasive antérieure à la naissance du conflit s'est révélée inefficace et un conflit est né du fait de l'inexécution de son obligation par le partenaire contractuel. La seconde détente peut alors être actionnée et la sanction édictée par la clause recevoir application.

À l'instar de la clause pénale, la « clause résolutoire expresse » ou « pacte comissoire exprès », a pour but de faire peser la menace de l'anéantissement rétroactif du contrat sur le débiteur défaillant. « Sanctionnant l'inexécution, la clause poursuit un but légitime en ce qu'elle assure l'exécution des obligations du contrat et contribue à en défendre la force obligatoire »<sup>2</sup>. Fréquemment stipulée dans une large palette de contrats<sup>3</sup>, à tel point qu'on a pu noter que, désormais clause de style et d'adhésion, elle « prive la résolution judiciaire de son statut de droit commun de la résolution pour inexécution »<sup>4</sup>, cette stipulation présente l'avantage de permettre au créancier d'une obligation non exécutée de se délier en raison de cette inexécution

---

<sup>1</sup> S. Souam : « Clause pénale et dommage et intérêts incitatifs : une analyse économique », in Ch. Jamin (dir.) : *Droit et économie des contrats*. LGDJ, 2008, *sp.* p. 137.

<sup>2</sup> Ch. Paulin : *La clause résolutoire*. Préf. J. Devèze, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 258, 1996, *sp.* n°138, p. 151.

<sup>3</sup> Elle n'a cependant pas droit de cité dans tous les contrats. Elle est ainsi écartée par l'édition de procédures de résiliation obligatoires (en matière d'assurance ou de baux à ferme), et son exercice est parfois aménagé de manière spécifique (prohibition de la résolution pour seul motif de l'ouverture d'une procédure de redressement par exemple).

<sup>4</sup> J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau : *Les effets du contrat*. LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2001, *sp.* n° 613, p. 655 ; v. ég. en ce sens, G. Cornu : « Clause résolutoire expresse et obligation de bonne foi », *RTD civ.* 1977, p. 341, n°2 ; Ch. Jamin : « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français », in M. Fontaine et G. Viney (dir.) : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*. Bruylant, LGDJ, 2001, p. 451.



et ainsi de se ménager, par avance, la sanction de la violation du contrat<sup>1</sup>. Elle évite ainsi le recours judiciaire qui est, encore aujourd'hui<sup>2</sup>, théoriquement nécessaire en l'absence de clause pour faire prononcer la résolution d'un contrat<sup>3</sup>.

37. **Cumul possible entre peines privées.** L'anéantissement rétroactif du contrat peut par ailleurs se cumuler avec l'application de la clause pénale. Il est admis sans ambiguïté par la jurisprudence que la clause pénale survit à la résolution lorsqu'elle est « destinée à réparer les conséquences dommageables de la résolution d'un contrat »<sup>4</sup>. Il apparaît ainsi que la clause pénale fait office, dans sa composante indemnitaire, de dommages et intérêts dont la combinaison avec la résolution est classique<sup>5</sup>. La mise en œuvre de ces deux peines privées distinctes<sup>6</sup> constitue alors un mécanisme d'une grande vigueur, de nature à garantir l'exécution de l'obligation en cause. Cette combinaison est d'autant plus utile qu'en cas de préjudice subi du fait de l'inexécution, la clause résolutoire seule n'est pas apte à écarter totalement le recours au juge. Pour obtenir réparation de son préjudice, le créancier devra en effet, en l'absence de clause pénale, solliciter du juge l'octroi de dommages-intérêts.

La possibilité de cumuler ces deux peines privées attire également l'attention sur la place particulière accordée à la clause pénale, qui n'est pas affectée par l'anéantissement rétroactif du contrat ni, tel que cela a été affirmé plus récemment par la Cour de cassation, par sa caducité<sup>7</sup>. La faculté de survie à la résolution ou à la caducité n'est pas une caractéristique courante de

---

<sup>1</sup> Notamment dans des domaines considérés comme ne pouvant faire l'objet d'une action en résolution judiciaire, telle la rente viagère dont la résolution judiciaire est exclue par l'article 1978 du Code civil.

<sup>2</sup> Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations diffusé par la chancellerie le 15 février 2015 prévoit en effet en son article 1226 une faculté de résolution aux risques et périls du créancier alors que l'article 1184 du Code civil actuel dispose clairement qu'en l'absence de clause résolutoire, « la résolution doit être demandée en justice ». La rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier victime de l'inexécution ne devrait ainsi, en vertu de ce texte, ne concerner que la résiliation et non la résolution du contrat.

<sup>3</sup> À moins que le contrat n'ait expressément écarté la condition résolutoire, cette faculté est toujours offerte au créancier victime de l'inexécution, puisqu'elle est considérée sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, en vertu de l'article 1184 du Code civil.

<sup>4</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 janv. 1993, n° 89-16011, non publiée. Il ressort par ailleurs de cet arrêt que la clause pénale semble constituer la réparation du préjudice puisque la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir estimé que la somme « constituait l'indemnité forfaitaire stipulée au contrat pour réparer les préjudices résultant pour le vendeur de la non-réalisation de la vente », ce qui semble clairement faire référence au caractère indemnitaire de la clause pénale ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 nov. 2003, n° 01-12646, non publiée ; *RTD civ.* 2004, p. 506, obs. J. Mestre et B. Fages ; v. ég. Ch. Hugon : « Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat », *JCP* 1994, I, 3790.

<sup>5</sup> Cette interprétation semble validée par une décision plus récente qui, visant en attendu de principe que « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts », énonce que « la résolution de la vente était sans effet sur le bénéfice de la clause pénale » (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 15 févr. 2005, n°04-11223).

<sup>6</sup> La clause résolutoire n'est pas une clause pénale susceptible d'être modérée par le jeu de l'article 1152 du Code civil : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 juill. 1989, n°88-13856 ; *Bull. civ.* III, n° 172 p. 93 ; *AJDI* 1990, p. 91 ; *RTD civ.* 1990, p. 74, note J. Mestre.

<sup>7</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 11 janv. 2011, n° 10-10038, non publiée ; *RLDC* 2011/80, n° 4157 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 9 juin 2010, n° 09-15361 ; *Bull. civ.* III, n° 114 ; *RLDC* 2010/74, n° 3920, note. C. Le Gallou ; plus récemment encore, la Chambre commerciale est venue clarifier cette position : « La caducité d'un acte n'affecte pas la clause pénale qui y est stipulée et qui doit précisément produire effet en cas de défaillance fautive de l'une des parties », Cass. com., 22 mars 2011, n° 09-16660 ; *Bull. civ.* IV, n° 49 ; *JCP E* 2011, n° 1410, note R. Mortier ; *JCP* 2011, 566, note P. Grosser ; *D.* 2011, p. 2179, note A. Hontebeyrie ; *RLDC* 2011, act. n° 4225, p. 13, note A. Paulin ; *RTD civ.* 2011, p. 345, note B. Fages.

clauses que l'on pourrait qualifier d' « accessoires au fond ». Les seules clauses jusqu'à présent identifiées comme telles étaient les clauses compromissaires et les clauses attributives de juridiction, dont l'autonomie très étendue par rapport au contrat qui les contient est désormais consacrée. Les raisons d'un tel particularisme, de cette « autonomie relative »<sup>1</sup> dans sa composante temporelle, doivent selon toute vraisemblance être recherchées dans la finalité commune partagée par ces clauses, la gestion du conflit. Cet objectif impose que ces clauses survivent au contrat qui les contient afin de déployer leurs effets envisagés précisément comme sanction de l'inexécution. Selon la même logique, les clauses pénales relatives, par exemple, à l'inexécution des restitutions prévues à la suite de la fin d'un contrat devraient survivre à l'expiration dudit contrat.

Certaines stipulations dont la survie au contrat est prévue par les parties doivent ainsi être respectées, nonobstant la fin de la relation contractuelle, et ce car les parties les ont conçues ainsi. Il en va ainsi fréquemment des clauses de confidentialité dont la survie est expressément organisée dans le contrat initial, mais plus généralement de toutes les stipulations ayant vocation à déployer leurs effets postérieurement à la mort du contrat. La volonté des parties se manifeste alors puissamment dans ces prévisions, permettant de prolonger artificiellement leur vie après la mort de leur hôte.

Il semble cependant que cette approche de la volonté contractuelle en quelque sorte rémanente à l'anéantissement du contrat soit contestée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Récemment, à deux reprises, la Chambre commerciale a en effet remis en cause la survie de clauses dont on aurait pu penser qu'elles seraient applicables en dépit de la résolution du contrat, une clause limitative de responsabilité<sup>2</sup> et une clause prévoyant une indemnisation du cocontractant en cas de résiliation anticipée du contrat<sup>3</sup>. Ces décisions « coup de théâtre »<sup>4</sup>, « qui font trembler »<sup>5</sup> portent à s'interroger sur la pérennité de ces solutions qui pourtant semblaient bien acquises et d'une grande cohérence. Si la position de la Chambre commerciale devait se confirmer, elle amoindrirait ainsi considérablement la faculté dont disposent les parties de gérer leur conflit et ses suites. Il suffirait ainsi à un créancier déçu d'actionner la clause résolutoire ou de demander en justice le prononcé de la résolution pour anéantir la limitation de responsabilité. À l'inverse, le créancier pourrait être dissuadé d'activer la clause ou de solliciter la résolution judiciaire du contrat pour ne pas perdre le bénéfice de la clause pénale, aboutissant à des « choix stratégiques totalement inédits »<sup>6</sup> et regrettables pour la prévisibilité et la sécurité juridique.

---

<sup>1</sup> Certes pas aussi complète que pour les clauses attributives de juridiction et les clauses compromissaires, puisque l'article 1227 du Code civil dispose clairement que la clause pénale est affectée par la nullité du contrat, à la différence de ces deux autres clauses absolument autonomes. La Cour de cassation a précisé qu'il n'était pas possible de conventionnellement déroger à cette disposition : Cass. com., 20 juill. 1983, n° 82-12145 ; *Bull. civ.* IV, n° 230 ; *Defrénois* 1984, art. 33326, p. 806, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1984, p. 710, obs. J. Mestre.

<sup>2</sup> Cass. com., 5 oct. 2010, n° 08-11630, non publiée : *RDC* 2011, p. 431, obs. Th. Genicon ; *JCP* 2011, 63, n° 13, obs. P. Grosser : « la résolution de la vente emportant anéantissement rétroactif du contrat et remise des choses en leur état antérieur, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer les clauses limitatives de responsabilité » ;

<sup>3</sup> Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-17779 ; *JCP* 2012, 901, note A. Hontebeyrie et 1145, obs. P. Grosser. ; *D.* 2012, p. 1719, note A. Etienney de Sainte-Marie ; *RTD civ.* 2012, p. 527, note B. Fages ; dans le même sens, décidant que la résolution « affectait toutes les clauses du « compromis », v. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 juin 2012, n° 11-16197, non publiée.

<sup>4</sup> Th. Genicon, obs. sous Cass. com. 5 oct. 2010, *RDC* 2011, *sp.* p. 431.

<sup>5</sup> A. Etienney de Sainte-Marie, note sous Cass. com., 3 mai 2012, *D.* 2012, *sp.* p. 1719.

<sup>6</sup> A. Etienney de Sainte-Marie, note sous Cass. com., 3 mai 2012, *D.* 2012, *sp.* p. 1719.

Afin d'éviter de tels dilemmes, il serait souhaitable que la particularité de certaines clauses, leur autonomie relative temporelle par rapport au contrat qui les contient soit clairement affirmée par la jurisprudence. La reconnaissance au travers d'un régime propre de la particularité de certaines stipulations devant survivre au contrat en raison de leur finalité apparaîtrait comme un gage de sécurité juridique et formaliserait la reconnaissance par la jurisprudence de la volonté des parties en matière de gestion contractuelle des éventuels contentieux.

La composante comminatoire des peines privées contractuelles intervient ainsi en amont du conflit, pour prévenir sa survenance par la parfaite exécution des obligations par le débiteur. En l'absence d'une telle exécution spontanée en dépit de la dissuasion de l'inexécution, la peine convenue, liant les parties en vertu de la force obligatoire du contrat, est de nature à éviter l'éclosion d'un litige nécessitant d'être tranché par un juge. Les peines privées contractuelles ont en effet pour ambition de résoudre le conflit, en tout ou partie, sans intervention du juge, dont le rôle est par ailleurs profondément affecté par la prévision des parties.

## §2 La dissuasion des litiges par la prédétermination d'une peine privée

38. ***L'attribution contractuelle d'un pouvoir unilatéral de sanction.*** La peine privée pourrait être définie comme une prérogative unilatérale dont dispose une partie à titre de sanction d'un manquement imputable à l'autre partie<sup>1</sup>. Les clauses organisant une peine privée contractuelle sont généralement considérées avec suspicion car elles écartent les garanties attachées à l'office juridictionnel<sup>2</sup>, et modifient le rôle traditionnel du juge dans le prononcé des sanctions de l'inexécution du contrat. Elles n'en sont pas moins très répandues et jugées utiles et justifiées « par des impératifs de rapidité et d'efficacité »<sup>3</sup>. La peine privée est effectivement considérée comme « réduisant les “coûts sociaux” en tant qu'elle rend inutiles la preuve et l'évaluation du préjudice, voire le recours au juge »<sup>4</sup>.

Les clauses pénales et résolutoires entrent indubitablement<sup>5</sup> dans la catégorie des peines privées contractuelles. Elles écartent dans un premier temps l'intervention judiciaire par la détermination de la sanction qui pourra être apportée à l'inexécution des obligations visées. En l'absence de contestation du débiteur défaillant, le conflit est donc réglé par l'application spontanée de la peine prévue par les parties en cas d'inexécution. Le conflit est alors éteint hors du prétoire, et l'anticipation dont ont fait preuve les parties dans la rédaction de leur convention est récompensée. Dès la conclusion du contrat, en stipulant de telles clauses, elles ont aménagé le dénouement du conflit raisonnablement prévisible portant sur des obligations d'une

---

<sup>1</sup> M. Alexis Jault l'a définie comme « une sanction civile punitive indépendante de toute idée réparatrice, infligée à l'auteur d'une faute qui lui est moralement imputable, au profit exclusif de la victime qui peut, seule, en demander l'application » (A. Jault : *La notion de peine privée*. Préf. F. Chabas, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 442, 2005, *sp.* n°415).

<sup>2</sup> J. Deprez : *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*. Travaux de l'association H. Capitant, t. XVII, 1964, *sp.* p. 54.

<sup>3</sup> C. Popineau-Dehaillon : *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*. Préf. M. Goré, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 498, 2008, *sp.* n°12, p. 7.

<sup>4</sup> La formule a été utilisée au sujet de la clause pénale, mais nous semble extensible à la clause résolutoire : Y.-M. Laithier : « Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs » in Ch. Jamin (dir.) : *Droit et économie des contrats*. LGDJ, 2008, *sp.* p. 144.

<sup>5</sup> Il convient toutefois de noter que certains auteurs dénie à la clause pénale la nature de peine privée, considérant qu'elle ne constitue qu'une mesure de réparation : v. *not.* M.-E. Roujou de Boubée : *Essai sur la notion de réparation*. Préf. P. Hébraud, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 135, 1975, *sp.* p. 71.

particulière importance et ont ainsi efficacement évité le recours au juge pour régler leur différend, économisé du temps, de l'argent et de probables discussions et incertitudes relatives à l'opportunité, l'étendue et au caractère adéquat de la sanction possible.

39. **La peine privée et le juge.** En cas de contestation de l'application de la peine ou à défaut d'exécution spontanée par le débiteur, le rôle du juge est profondément affecté par la nature de peine privée de ces clauses. Tenu au respect des stipulations contractuelles par l'article 1134, alinéa premier du Code civil, il ne peut théoriquement modifier la convention des parties. À son traditionnel contrôle d'opportunité se substitue un simple contrôle de légalité<sup>1</sup>. Cette mise à l'écart du pouvoir d'appréciation du juge constitue une des grandes forces de ces clauses. « Ce que souhaitent les contractants, ou le plus souvent le contractant qui impose sa volonté, c'est que le principe et la mesure de la sanction ne soient pas subordonnés aux aléas inhérents à toute intervention judiciaire »<sup>2</sup>.

La clause pénale, forte de ses composantes comminatoire et indemnitaire, a ainsi pu être considérée comme un procédé de justice privé qui « tend à empiéter sur la fonction judiciaire de l'état »<sup>3</sup>, « une convention très particulière qui a pour objet de retirer au juge la connaissance des conséquences de l'inexécution contractuelle »<sup>4</sup>. « Car, pour traditionnelle qu'elle soit, la clause pénale n'en demeure pas moins l'une des manifestations les plus éclatantes du pouvoir reconnu aux parties de s'approprier une partie de la mission juridictionnelle en matière contractuelle, et en particulier de définir elles-mêmes l'étendue de la sanction de l'inexécution »<sup>5</sup>. Cette privation des pouvoirs du juge par les parties trahit leur volonté de régler elles-mêmes, par avance, leurs éventuels différends, et ainsi de gérer les conflits qui pourraient survenir du fait de l'inexécution de certaines obligations déterminées. Ces clauses réunissent ainsi les trois aspirations des parties : la prévention du conflit par la dissuasion de l'inexécution, le traitement du conflit par la prévision de la peine applicable à la situation, et l'affaiblissement du pouvoir du juge qui entraîne, par ricochet, la dissuasion de porter le litige devant lui.

Ces observations peuvent être étendues à la catégorie des peines privées dans son ensemble, qui manifeste l'incroyable emprise que peut avoir la volonté des parties sur l'issue d'un différend déterminé dès la conclusion du contrat. Le principe de la sanction (A) mais aussi son étendue sont soustraits à l'appréciation du juge du fait de la mainmise des parties sur ces paramètres essentiels. La gestion du conflit par la mise à l'écart du juge n'est pas pour autant nécessairement efficace. Malgré la convention des parties, le juge dispose en effet, dans une certaine mesure, du pouvoir d'apprécier le caractère raisonnable du rapport entre la sanction et l'inexécution (B).

#### A. La négation du contrôle d'opportunité de la sanction

40. **La détermination contractuelle de l'applicabilité de la sanction.** Par ces clauses, les parties soustraient au juge l'appréciation de l'opportunité du principe même de la sanction. En

<sup>1</sup> Au sujet de la clause résolutoire : J. Borricand : « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *RTD. civ.* 1957, p.433, *sp.* n° 24, p. 454.

<sup>2</sup> D. Mazeaud : *thèse. préc. sp.* p. 66.

<sup>3</sup> J. Deprez : *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français*. Travaux de l'association H. Capitant, t. XVII, 1964, *sp.* p. 54.

<sup>4</sup> Ph. Malaurie, note sous Paris 4 mars 1971, *D.* 1972, p. 582.

<sup>5</sup> M. Lamoureux : *thèse. préc. sp.* n° 434, p. 466.

déterminant de manière conventionnelle que l'inexécution de telle obligation ouvrira au créancier le droit d'appliquer la sanction, les parties interdisent au juge de jauger la gravité du manquement en cause ou de prendre en compte des éléments étrangers à l'inexécution illicite elle-même. L'inexécution constitue dans un premier temps un fait objectif présentant l'avantage d'être aisément constatable par le créancier (1°). Pour autant, des conditions à l'exercice de la justice convenue sont imposées. En effet, la notion de peine privée milite en faveur de l'affinement des critères requis de l'inexécution pour que la stipulation puisse être invoquée. L'inexécution doit être imputable au débiteur, sous peine de perdre sa caractéristique de sanction (2°). Par ailleurs, la raison d'être de la peine, stipulée dans le seul intérêt du créancier, impose que la sanction soit à sa seule disposition, mais ne s'impose pas à lui (3°).

### 1° Un déclencheur objectif : l'inexécution

41. ***L'impact de la peine privée sur le rôle et les pouvoirs du juge.*** Le rôle traditionnel du juge en matière de résolution judiciaire est particulièrement affecté par la volonté contractuelle des parties en présence d'une clause résolutoire expresse. En son absence, il lui appartient d'apprécier la gravité du manquement et, le cas échéant, de prononcer la résolution ou toute autre sanction qui lui paraîtrait plus appropriée en faisant usage de son pouvoir souverain d'appréciation<sup>1</sup>, avec pour horizon bien souvent le sauvetage du contrat. Il lui est notamment loisible d'attribuer au débiteur des délais pour s'exécuter et de tenter ainsi de repêcher le contrat sur le point de sombrer.

Par dérogation à ces principes, lorsqu'une clause résolutoire est stipulée, son office se borne à contrôler que les conditions de la mise en œuvre par le créancier du droit né à l'occasion de l'inexécution sont remplies et à constater la résolution du contrat<sup>2</sup>. Il ne peut discuter des motifs ayant justifié la décision de résolution par le créancier, octroyer des délais au débiteur pour s'exécuter<sup>3</sup>, ou refuser de constater ladite résolution en invoquant la faible gravité de l'inexécution reprochée<sup>4</sup>. Le juge est véritablement lié par les stipulations des parties, et ne peut alors laisser s'exprimer ce qu'il considère juste ou équitable. Son office se borne à constater ou

<sup>1</sup> Pour une étude de la latitude laissée au juge en matière de résolution judiciaire, v. M. Lamoureux : *thèse préc.* n° 351 et s., p. 357.

<sup>2</sup> La décision du juge qui ne fait que constater la résolution est ainsi un jugement déclaratif, puisque le droit du créancier naît de l'inexécution, comprise comme une inexécution « définitive », à l'expiration du délai contenu dans la mise en demeure ou du seul fait de l'inexécution lorsque les parties ont convenu que ce droit pourrait s'exercer sans sommation. Par hypothèse, lorsque le juge constate la résolution, le droit est déjà né, du seul fait de l'inexécution de la convention ; v. sur le sujet J. Borricand : *op. cit. sp.* note 106, p. 452 ; Ch. Paulin : *thèse préc. sp.* n° 279, p. 277 ; v. *ég.* sur la distinction entre jugements déclaratifs et constitutifs : L. Mazeaud : « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit », *RTD civ.* 1929, p. 17, *sp.* p. 37 qui distingue d'ailleurs la résolution en vertu d'une condition résolutoire (jugement déclaratif) et la résolution judiciaire, dans lequel la latitude laissée au juge pour choisir la sanction la plus appropriée semble pencher vers la qualification de jugement constitutif.

<sup>3</sup> Cass 3<sup>e</sup> civ., 4 juin 1986, non publié ; *RTD civ.* 1987, p. 318, obs. J. Mestre ; Cass. civ., 2 juill. 1860, *DP.* 1860, 1, p. 284.

<sup>4</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 févr. 1992, n° 90-13153 ; *Bull. civ.* III, n°38, p. 24 ; *RTD civ.* 1992, p. 763, obs. J. Mestre ; *RJDA* 1992, n°317, p. 249 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 juill. 1989, n° 88-13856 ; *Bull. civ.* III, n°172, p. 93 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 févr. 1983, non publié ; *Gaz. Pal.* 1983, 1, pan. p. 159, obs. A. Piedelievre ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 févr. 1982, n° 80-13661 ; *Bull. civ.* III, n°48, p. 34 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 mai 1969, *Bull. civ.* III, n°435, p. 332 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 déc. 1968, *Bull. civ.* III, n° 544, p. 418 ; Cass. com., 16 déc. 1964, *Bull. civ.* III, n°559, p. 496 ; Cass. com., 19 févr. 1963, *Bull. civ.* III, n°111, p. 93 ; Cass. com., 20 nov. 1963, *Bull. civ.* III, n°489, p. 408 ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 14 févr. 1962, *Bull. civ.* I, n°104 ; Cass. soc., 24 oct. 1960, *Bull. civ.* IV, n°924 ; Cass. soc. 27 févr. 1959, *Bull. civ.* IV, n°314 ; Cass. soc. 27 févr. 1959, *Bull. civ.* IV, n°315 ; Cass. civ. 10 mars 1919 ; *S* 1920, 1, p. 105, note E. Naquet.

non l'inexécution dont découle ensuite nécessairement des conséquences sur lesquelles il ne possède aucun pouvoir. Cela aboutit à une simplification du recours aux voies d'exécution forcée par la voie du référé pour tirer les conséquences de la résolution du contrat<sup>1</sup>, sans pour autant que l'ordonnance constatant l'acquisition de la clause résolutoire ne s'impose au juge du fond<sup>2</sup>.

42. **Clause résolutoire et résolution unilatérale.** La résolution du contrat en vertu d'une clause résolutoire de plein droit se distingue par ailleurs de la résolution unilatérale pour inexécution<sup>3</sup>. La résolution unilatérale pour inexécution est pourtant, dans une certaine mesure, une manière pour le créancier de l'obligation inexécutée de prendre en main la gestion du conflit. Mais cette résolution est bien plus incertaine car sujette au pouvoir d'appréciation du juge, qui pourra en définitive estimer que la résolution n'était pas suffisamment fondée. Ainsi, si l'idée de sanction de l'inexécution n'est pas étrangère à ce mode de résiliation unilatérale, la source de cette prérogative ainsi que ses conditions d'exercice sont en définitive assez éloignées de celles de la clause résolutoire. La résolution en vertu d'une clause résolutoire a en effet pour source première la volonté commune des parties d'octroyer la faculté au créancier de l'obligation inexécutée de résoudre le contrat, alors que la résolution unilatérale est une prérogative que s'octroie lui-même le créancier, « à ses risques et périls », en raison de la gravité du manquement constaté. L'inexécution qui fondera la décision du créancier de prononcer la résolution du contrat n'est pas prédéterminée. Les motifs invoqués pour justifier la résolution en cas de contestation seront soumis à l'examen du juge, qui dispose alors de son plein pouvoir d'appréciation. Pourront alors être pris en compte la gravité du manquement, le préjudice du créancier, les solutions de rechange qui auraient le cas échéant pu être trouvées pour éviter l'anéantissement du contrat, ainsi que la bonne foi du débiteur pour critiquer la décision du créancier.

43. **Mise à l'écart de la problématique probatoire.** En matière de clause pénale, le renversement de la charge de la preuve opéré par la stipulation évacue la problématique probatoire du fait générateur de la responsabilité, et constitue un avantage non négligeable dans le contentieux de la responsabilité contractuelle<sup>4</sup>. La condition de l'existence et de la preuve du préjudice distingue bien mieux encore la clause pénale du mécanisme de la responsabilité contractuelle. Il est en effet généralement admis que l'existence d'un préjudice n'est pas requise

---

<sup>1</sup> J. Seignolle : « De l'évolution de la juridiction des référés », *JCP* 1954, I, 1200, n°25 ; CA Paris, 9 déc. 1886 ; *DP* 1889, II, 234 ; Cass. Req., 26 oct. 1932, *S.* 1933, I, 212.

<sup>2</sup> « L'ordonnance de référé constatant l'acquisition de la clause résolutoire n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée et ne s'impose pas au juge du fond saisi aux mêmes fins » (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 9 janv. 1991, n° 89-13790 ; *Bull. civ.* III, n° 15, p. 9 ; *JCP* 1991, II, 21729, note L. Lévy ; *Rev. loyers* 1991, p. 250, note R. Vaissette ; *RDI* 1991, p. 394, obs. G. Brière de l'Isle et J. Derruppé ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 mars 1996, n° 93-21122 ; *Bull. civ.* III, n°62 p. 42 ; *D.* 1996, IR, 102 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 oct. 1987, n° 85-11407 ; *Bull. civ.* III, n° 170 p. 99 ; G. Fau et A. Debaurain : « La clause résolutoire en référé », *Ann. Loyers* 1988, p. 552.

<sup>3</sup> La Cour de cassation admet que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls » (Cass. 1<sup>e</sup> civ., 13 oct. 1998, n° 96-21485 ; *Bull. civ.* III, n° 300 p. 207 ; *D.* 1999, p. 197, note Ch. Jamin et som. p. 115, obs. Ph. Delebecque ; *Defrénois* 1999, p. 374, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1999, p. 394, obs. J. Mestre ; dans le même sens, Cass. 1<sup>e</sup> civ., 28 avr. 1987, n° 85-13674 ; *Bull. civ.* I, n° 134, p. 103 ; *D.* 1988, AJ, p. 1, note Ph. Delebecque). Le choix du créancier de prononcer une résolution unilatérale pour inexécution en présence même d'une clause résolutoire expresse a même été validé par la Chambre commerciale de la Cour de cassation en considération de « l'urgence d'y mettre fin, faisant ressortir l'impossibilité de poursuivre le contrat, exclusive d'un manquement à la bonne foi » : Cass. com., 4 févr. 2004, n°99-21480, non publiée ; *JCP* 2004, I, 149, note J. Rochefeld.

<sup>4</sup> L'importance de la charge de la preuve se retrouve également à propos des clauses limitatives de responsabilité ; v. *infra* n° 71.

pour pouvoir exiger l'application de la clause<sup>1</sup>, ce qui fait appel à son caractère punitif et non à sa logique indemnitaire. Le fait que l'existence d'un préjudice soit indifférente à l'application de la peine tend à renforcer son automaticité et à mettre en relief son caractère de sanction. C'est en effet cette idée qui irrigue la notion de peine, la satisfaction du créancier apparaissant presque accessoire. « Pour prospérer une clause pénale suppose une inexécution illicite imputable à son auteur. Sous cet angle, elle constitue une sorte de vestige des anciens systèmes de responsabilité où l'essentiel était de réprimer, de sanctionner, de moraliser les conduites, de prévenir les dommages plutôt que d'indemniser à tout prix »<sup>2</sup>.

Ce focus sur le caractère répressif de la clause pénale doit être étendu à la catégorie des peines privées toute entière, qui poursuit un même but : « punition de l'auteur de l'inexécution illicite plutôt qu'indemnisation de la victime du dommage »<sup>3</sup>. Ce caractère est moins flagrant dans la clause pénale dont la composante indemnitaire tend à brouiller les pistes. Il se manifeste avec plus d'éclat dans la clause résolutoire : l'anéantissement rétroactif du contrat n'indemnise pas le préjudice éventuellement subi par le créancier. Sa satisfaction consiste en sa liberté retrouvée, lui permettant une rapide réallocation des ressources, mais également dans la punition du débiteur défaillant. Le dommage éventuellement subi devra être réparé par l'attribution de dommages-intérêts<sup>4</sup>, ou le jeu de la clause pénale stipulée le cas échéant. Ainsi, « le fait que la clause résolutoire ait au moins autant pour objet de mettre fin à un contrat qui n'a plus d'utilité que de faire peser sur le débiteur le poids d'une possible sanction s'il ne respecte pas son engagement de manière scrupuleuse, caractérise son statut de peine »<sup>5</sup>.

Cette appréciation strictement objective du manquement transparait également de l'indifférence théorique de la bonne foi du débiteur<sup>6</sup>, inapte à faire obstacle à la résolution. Certains auteurs se sont inquiétés, à l'analyse de certaines décisions<sup>7</sup>, que sous couvert de la sanction de la

---

<sup>1</sup> Cette solution est réaffirmée de manière constante par la jurisprudence depuis longtemps, v. *not.* Cass. civ. 16 juill. 1946; *D.* 1947, p. 473; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 2 oct. 1974, n° 73-10951; *Bull. civ.* III, n° 323 p. 247; *RTD civ.* 1975, p. 130, obs. G. Cornu; *D.* 1975, p.1, note G. Deltel; *Defrénois* 1975, art. 30954, n°17, p. 912, obs. J.-L. Aubert; Cass. com., 10 janv. 1977, n° 75-13654; *Bull. civ.* IV, n° 7, p. 6; *Defrénois* 1977, art. 31522, obs. J.-L. Aubert; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 janv. 1994, n° 91-19540; *Bull. civ.* III, n° 5, p. 3; *RTD civ.* 1994, p. 605, obs. J. Mestre; *Defrénois* 1994, n°65, obs. D. Mazeaud; *JCP* 1994, I, 3809, n°18, obs. G. Viney; *JCP E* 1995, I, 439, n°8, obs. Ch. Hugon; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 déc. 2006, n° 05-20065; *Bull. civ.* III, n° 256 p. 218; *RDC* 2007, n°3, p. 749, note S. Carval; *JCP* 2007, II, 10024, comm. D. Bakouche.

<sup>2</sup> D. Mazeaud : *thèse préc. sp.* n°492, p. 284.

<sup>3</sup> D. Mazeaud : *thèse préc. sp.* n° 559, p. 321.

<sup>4</sup> Sur le cumul entre dommages-intérêts et résolution, v. Ph. Rémy : « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages intérêts en cas d'inexécution du contrat », in *La sanction du droit, Mélanges offerts à P. Couvrat*. PUF-PU Poitiers, 2001, p. 121.

<sup>5</sup> Ch. Jamin : « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.) : *L'unilatéralisme et le droit des obligations*. Economica, 1999, p.71, *sp.* p. 80.

<sup>6</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 déc. 2006, n°05-20.403, non publiée; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 24 sept. 2003, n° 02-12474; *Bull. civ.* III, n° 161, p. 143; *JCP E* 2004, p. 976, note M. Keita; *Defrénois* 2004, p. 139, note crit. Y. Dagonne-Labbe et p. 382, obs. J.-L. Aubert; *CCC* 2003, comm. 174, L. Leveneur; *RTD civ.* 2003, p. 707, obs. J. Mestre et B. Fages; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 mars 1993, n° 91-12031, non publiée; *D.* 1993, Jur. p. 357, note Ph. Bihl; *RTD civ.* 1994, p. 100, obs. J. Mestre; *CCC* 1993, n°149, obs. L. Leveneur; *JCP* 1993, II, 3725, obs. Ch. Jamin; *Defrénois* 1994, art. 35746, p. 347, obs. D. Mazeaud; L. Aynès : « Clause résolutoire de plein droit : le juge n'a pas de pouvoir modérateur », *Dr. et patr.* juill.-août 2004, p. 41.

<sup>7</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 avr. 1988, n° 87-10516; *Bull. civ.* III, n° 68, p. 39; *D.* 1989, jur. p. 334, note crit. J.-L. Aubert; dans le même sens, Cass. 1<sup>e</sup> civ., 22 juill. 1986, n° 85-17784; *Bull. civ.* I, n°223, p. 212; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 avr. 1987, n°85-17596; *Bull. civ.* III, n°88, p. 53; *RTD civ.* 1988, p. 120, obs. J. Mestre.

mauvaise foi du créancier dans la mise en œuvre de la clause<sup>1</sup>, s'opérerait un glissement de la « loyauté exigée » du créancier à la « loyauté récompensée » du débiteur<sup>2</sup>, dont la bonne foi ne serait plus « indifférente dans l'esprit des magistrats »<sup>3</sup>. L'appréciation par le juge de la mise en œuvre de la clause résolutoire se rapprocherait ainsi du pouvoir dont ils disposent en matière de résolution judiciaire, qui « est pour eux le moyen de porter un jugement moral sur la conduite respective des contractants »<sup>4</sup>. On peut se réjouir que ces craintes se soient révélées infondées et qu'il soit donné plein effet à la convention des parties, conforme à la sécurité juridique dont le droit des affaires est gourmand. En effet, la Cour de cassation affirme désormais clairement, par une formule devenue classique qu' « en cas d'inexécution de son engagement par le débiteur, sa bonne foi est sans incidence sur l'acquisition de la clause résolutoire »<sup>5</sup>.

2° L'imputabilité, une caractéristique essentielle de la peine privée

44. **La faute et la peine.** La qualification de peine privée doit être écartée pour des clauses dont l'objet n'est pas de sanctionner une défaillance imputable au débiteur. En présence d'une clause précisant que la résolution pourra être prononcée par le créancier, quelle que soit l'origine de l'inexécution, y compris les cas de force majeure ou de fait d'un tiers, la qualification de clause résolutoire doit être exclue, la notion de peine privée ne supportant pas l'absence d'imputabilité<sup>6</sup>. En effet, la notion d'imputabilité est consubstantielle à la notion de peine privée<sup>7</sup>, dont la parenté avec la morale qui sous-tend le concept même de faute<sup>8</sup> justifie l'aspect sanctionnateur. Cela impose de distinguer entre la faute et les cas fortuits qui entraînent une inexécution qui ne saurait être reprochée au débiteur. En l'absence de faute, la clause se déleste de sa caractéristique de peine privée pour revêtir la cape de l'assurance et permettre au créancier de l'obligation de ne pas faire les frais du cas de force majeure. Certains auteurs ont en conséquence proposé de rétrograder alors la clause pénale en « clause de garantie »<sup>9</sup>, ou de distinguer condition résolutoire et clause résolutoire<sup>10</sup>, permettant de préserver l'intégrité de la notion de peine privée de cette dernière. Les juges ont par ailleurs logiquement refusé le jeu de la clause résolutoire lorsque l'inexécution avait pour cause un cas de force majeure<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> Voire d'un abus de droit : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 7 fév. 2006, n°03-15394, non publiée ; sur laquelle : A. Penneau : « L'article 1134 du code civil et l'abus du droit d'user d'une clause résolutoire », *D.* 2006, p. 1796. Pour des exemples du refus de constater la résolution du contrat lorsque le créancier a failli à son obligation de bonne foi, v. *not.* Cass. 3<sup>e</sup> civ., 29 juin 1976, *Bull. civ.* III, n°465 ; *RTD civ.* 1977, p. 340, obs. G. Cornu.

<sup>2</sup> Y. Picod : « La clause résolutoire et la règle morale », *JCP* 1990, I, 3447, n°9.

<sup>3</sup> J. Mestre : « De quelques limites au jeu des clauses résolutoires », *RTD civ.* 1988, p. 120.

<sup>4</sup> J. Carbonnier : *Les obligations*. PUF, 22<sup>e</sup> éd., 2000, n° 190, p. 346.

<sup>5</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 déc. 2006, *préc.* ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 24 sept. 2003 *préc.*

<sup>6</sup> En ce sens J. Mestre, « La clause résolutoire de plein droit est une sorte de pénalité privée dont l'aspect fortement sanctionnateur ne saurait s'accorder qu'avec un comportement répréhensible du débiteur » (*RTD civ.* 1987, p. 317).

<sup>7</sup> En ce sens, M.-E. Roujou de Boubée : *Essai sur la notion de réparation*. Préf. P. Hébraud, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 135, 1975, p. 59 ; D. Mazeaud : *thèse préc. sp.* n°457, p. 261 : « Outre qu'elle serait injuste, la punition d'un débiteur à qui l'inexécution ne serait pas imputable anéantirait le principe même de la peine, en annihilant son fondement » ; Ch. Paulin : *thèse préc. sp.* n° 136, p. 149, qui démontre la différence entre la condition et la clause résolutoire, cette dernière se distinguant par une inexécution illicite et imputable au débiteur.

<sup>8</sup> J. Carbonnier : *Flexible droit- pour une sociologie du droit sans rigueur*. LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2001, *sp.* p. 97 : la morale se « cache un peu, tout en étant très active » dans la notion de faute.

<sup>9</sup> D. Mazeaud : *thèse préc. sp.* n° 470, p. 269.

<sup>10</sup> Sur la distinction entre la clause résolutoire et la condition résolutoire v. *not.* Ch. Paulin : *thèse préc. sp.* p. 132 et s.

<sup>11</sup> Pour la clause résolutoire : Cass. com., 11 janv. 1966, *Bull. civ.* III, n°17 (l'arrêt ne fait que mentionner l'absence de force majeure pour constater l'acquisition de la clause résolutoire) ; Cass. com., 19 juill. 1966, *Bull.*



En matière de résolution judiciaire, le juge peut décider de prononcer ou non la résolution en présence d'un cas de force majeure<sup>1</sup>. Cette différence se justifie par l'approche distincte adoptée par ces modes de résolution : la résolution judiciaire « tend à faire cesser le contrat dont l'exécution ne paraît plus possible, notamment parce que l'inexécution l'a rendu dépourvue d'utilité pour le créancier »<sup>2</sup>. En ce sens, la résolution judiciaire semble axée sur l'objectivation de l'intérêt que présente le contrat pour le créancier sollicitant le prononcé de la résolution, même s'il n'est pas exclu que le comportement du débiteur défaillant soit sanctionné par la résolution judiciaire. La résolution judiciaire recouvre ainsi des « résiliations-sauvegarde », dans les cas où le contrat est par exemple insusceptible d'exécution utile, mais aussi des « résiliations-sanction »<sup>3</sup>. L'intérêt présenté par le contrat est alors apprécié dans sa généralité, alors que la clause résolutoire permet précisément la subjectivisation de l'intérêt présenté par l'obligation visée, et écarte ainsi toute appréciation objective du juge pour la résiliation-sanction. Au delà de ces différences d'angle d'approche et des mouvements inverses animant les résolutions judiciaires et conventionnelles<sup>4</sup>, les buts de la résolution judiciaire, de la condition résolutoire et de la clause résolutoire sont radicalement différents. Si l'idée de sanction ne peut être totalement écartée de la résolution judiciaire, ce n'est pourtant pas nécessairement elle qui va motiver la décision du juge. La condition résolutoire érige quant à elle un événement en véritable « détonateur » objectif, se rapprochant de la résiliation-sauvegarde. La composante de peine privée et de sanction motive la clause résolutoire, au delà de l'intérêt que représente, pour le créancier, la faculté de se libérer de ses liens avec le débiteur défaillant. La question se pose cependant de savoir si la peine privée est à la seule disposition du créancier ou, si une fois stipulée, elle est indépendante de sa volonté.

---

*civ.* III, n°367 ; *Rev. loyers* 1967, p. 94 ; *v. ég.* Cass. 3<sup>e</sup> civ., 24 juin 1971, n° 70-12017 ; *Bull. civ.* III, n°404, p.287 ; *D.* 1971, som. p. 138 ; *JCP* 1971, IV, 248 ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 29 juin 1971, n°69-14058 ; *Bull. civ.* I, n°217 (décidant qu'une décision étrangère suspendant les paiements constitue « une excuse valable ») ; pour la clause pénale : Cass. civ., 29 juin 1853 ; *DP* 1854, 1, p. 288 ; Cass. req., 3 déc. 1890 ; *DP* 1892, 1, p. 127 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 oct. 1971, n° 70-11004 ; *Bull. civ.* III, n°489, p. 349 ; *D.* 1972, som. p. 55.

<sup>1</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 mai 2009, n° 08-13824 ; *AJDI* 2009, p. 654 : « il résulte de l'article 1184 du code civil que la résolution d'un contrat synallagmatique peut être prononcée en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, quel que soit le motif qui a empêché cette partie de remplir ses engagements, alors même que cet empêchement résulterait de la force majeure. » ; La solution est acquise depuis longtemps : Cass. civ., 3 août 1875 ; *DP* 1875, 1, p. 409 ; Cass. civ. 14 avr. 1891 ; *DP* 1891, I, 329, note M. Planiol ; *S.* 1894. 1. 391 ; H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette : *Les grands arrêts de la jurisprudence civile.* t.2, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2008, n° 179, p. 261 ; Cass. 1<sup>e</sup> civ. 2 juin 1982, n° 81-10158 (qui exclut explicitement toute référence à la faute) ; *Bull. civ.* I, n° 205 ; *RTD civ.* 1983, p. 340, obs. crit. F. Chabas ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 12 mars 1985, n° 84-10169 ; *Bull. civ.* I, n°94, p. 87 ; *RTD civ.* 1986, p. 345, obs. J. Mestre.

<sup>2</sup> Ch. Paulin : *thèse préc. sp.* n°137, p. 150.

<sup>3</sup> Sur cette distinction, *v.* J.-M. Mousseron : *Technique contractuelle.* Éditions juridiques F. Lefebvre, 4<sup>e</sup> éd., 2010, *sp.* n° 1373, p. 547 ; L'auteur distingue au sein des clauses de résiliation unilatérales la résiliation-sanction (clause résolutoire et imputabilité) de la résiliation sauvegarde (force majeure ou cause affectant une des parties), qui vise à protéger les intérêts des parties lorsque l'opération ne peut plus être utilement réalisée.

<sup>4</sup> Le professeur Christophe Jamin a noté « un curieux paradoxe : alors que la résolution judiciaire "s'unilatéralise", ce qui tend à en faire la chose d'une partie, la résolution conventionnelle se "judiciarise" » (« Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français », *in* M. Fontaine et G. Viney (dir.) : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé.* Bruylant, LGDJ, 2001, p. 451, *sp.* p. 458.

### 3° La nature potestative du droit du créancier d'exiger la peine

45. **L'application de la peine : obligation ou simple faculté ?** Les parties ayant stipulé dans leur contrat une clause pénale ou une clause résolutoire expresse sont-elles tenues d'appliquer ces peines privées en toute hypothèse dès lors que les conditions en sont réunies, ou disposent-elles à cet égard d'une simple faculté ? En d'autres termes, les parties appréhendent-elles la manière de remédier à l'inexécution uniquement lors de la conclusion du contrat, la peine privée acquérant une vie propre, indépendante de la volonté des parties face à l'inexécution redoutée, dès sa stipulation ? Ou ces clauses constituent-elles en réalité une simple option supplémentaire à la discrétion du créancier, une faculté nécessitant une réitération de sa seule volonté pour lui permettre d'exercer une prérogative unilatérale qu'il tient du contrat ? La seconde option doit être privilégiée, permettant une gestion plus fine de la situation telle qu'elle se présentera au créancier lors de l'inexécution. Par ailleurs, l'absence de caractère automatique de la sanction de l'inexécution prévue par la clause permet de valider l'application de celle-ci non de manière absolue mais de manière circonstanciée, en fonction d'une norme comportementale exigée du créancier lors de sa mise en œuvre<sup>1</sup>.

La notion de peine privée justifie la nature potestative de ce droit. La peine privée est au service du créancier seul, qui doit pouvoir choisir de sanctionner ou non le débiteur défaillant, selon son intérêt. Il doit ainsi être seul juge de l'opportunité pour lui d'exercer ou de renoncer à ce droit<sup>2</sup>, ce qui est « un trait essentiel, un élément constitutif de l'institution. Cela résulte de la finalité poursuivie par la peine privée »<sup>3</sup>. Cette simple faculté lui est accordée en présence d'une clause résolutoire, l'option de la résolution judiciaire restant à sa disposition<sup>4</sup>, de même que la résolution unilatérale<sup>5</sup>, et ce même s'il a préalablement manifesté son intention de se prévaloir de la stipulation.

46. **Clause résolutoire de plein droit sans sommation : automatisme de la sanction ?** Le cas de la clause résolutoire de plein droit sans sommation est plus discuté. Certains auteurs<sup>6</sup> soutiennent en effet que lorsque les conditions d'application de ces clauses sont réunies, la résolution est alors effective au jour de l'inexécution sans qu'une quelconque manifestation de la volonté du créancier de faire valoir son droit ne soit nécessaire. Cette position se comprend en présence d'une condition résolutoire, au jeu de laquelle les parties peuvent toutes deux avoir intérêt. Elle se comprend moins en cas de clause résolutoire, dans la mesure où seul l'intérêt du créancier est alors maître du sort du contrat. « Si la clause résolutoire tend à la résolution, c'est afin de protéger son bénéficiaire. Par conséquent, elle ne doit pas conduire à lui faire subir une résolution dont il ne veut pas »<sup>7</sup>. Cela reviendrait par ailleurs à adopter une position contraire à la politique judiciaire qui est de favoriser la sauvegarde du contrat lorsqu'elle semble possible :

<sup>1</sup> M. Mekki : « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », *RDC* 2006, p. 1051.

<sup>2</sup> En ce sens, J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau : *Traité de droit civil- Les effets du contrat*. LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2001, *sp.* n°609 et *s.*, p. 652 : « Dès lors que la clause résolutoire est stipulée dans le seul intérêt du créancier, celui-ci peut renoncer au droit de s'en prévaloir pour se borner à solliciter du juge qu'il prononce la résolution du contrat ».

<sup>3</sup> A. Jault : *thèse préc. sp.* n° 313, p. 202.

<sup>4</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 déc. 2014, n° 13-27332 ; *AJCA*. 2015, p. 126, Y. Dagorne-Labbe ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 mai 1994, n° 92-11196 ; *Bull. civ.* III, n°84, p. 53 ; *JCP* 1995, II, 22 380, note crit. B. Boccara ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 29 avr. 1985, n° 83-14916 ; *Bull. civ.* III, n°70, p. 54.

<sup>5</sup> Cass. com., 4 févr. 2004, n° 99-21480, non publiée ; *JCP* 2004, I, 149, note J. Rochefeld.

<sup>6</sup> *not.* M. Storck : V<sup>o</sup> clause résolutoire in *J.-Cl Civil code*, art 1184, fasc. 20, n°11, p. 9.

<sup>7</sup> Ch. Paulin : *thèse préc. sp.* n° 161, p. 175.

si le créancier estime que le contrat peut survivre en dépit de l'inexécution, il serait alors contreproductif de déclarer l'anéantissement de celui-ci. Admettre la résolution automatique en cas d'inexécution seule, sans manifestation de volonté du créancier, permettrait au débiteur de se prévaloir de la résolution du contrat du fait de sa propre inexécution, ce qui irait à l'encontre de la finalité de la clause qui est d'offrir une faculté de se délier au seul créancier victime. Enfin, admettre la résolution automatique du contrat pourrait entraîner de regrettables incertitudes sur son statut. Il semble que la jurisprudence ait été sensible à ces arguments et se prononce en faveur de la nécessité d'une manifestation de volonté du créancier pour que la résolution du contrat soit acquise<sup>1</sup>.

Si l'on émet comme postulat de départ que l'inexécution illicite par le débiteur de l'obligation visée donne naissance au droit potestatif<sup>2</sup> du créancier d'appliquer la peine, la clause pénale devrait de même manière être à la seule disposition du créancier qui pourrait renoncer à son exercice pour lui préférer d'autres fondements d'action plus satisfaisants, tels une action en responsabilité pour obtenir des dommages-intérêts ou l'exécution en nature<sup>3</sup>. En ce sens, le professeur Ph. Delebecque estime que l'invocation de la clause pénale par le créancier victime d'un préjudice causé par l'inexécution visée par la clause n'est qu'une faculté, et que « rien ne l'oblige à faire jouer la clause. Le créancier peut toujours se prévaloir de la règle qui lui est la plus favorable »<sup>4</sup>. Cette conception s'accommode très bien de l'aspect de peine, dont le jeu doit pouvoir être décidé par le créancier victime de l'inexécution illicite. Elle permet également au créancier d'envisager une gestion sur mesure du conflit qui l'oppose au débiteur défaillant, pouvant choisir d'appliquer ou non la peine prévue en fonction de son propre intérêt. Il semble ainsi préférable, pour plusieurs raisons, de se déterminer en faveur de la nature potestative du droit pour le créancier d'obtenir l'application de la peine convenue. A défaut, si la peine est acquise sans manifestation de volonté du créancier, sa gestion du différend une fois celui-ci advenu apparaît alors illusoire puisque la sanction s'imposera à lui en dépit de sa volonté.

47. **Composante indemnitaire et potestativité.** À défaut de stipulation contraire<sup>5</sup>, la composante indemnitaire de la clause pénale qui en fait un forfait conventionnel d'indemnisation destiné à réparer le préjudice du créancier semble cependant s'opposer à la nature potestative du droit de solliciter l'application de la peine convenue. En effet, ce forfait n'est alors plus stipulé en la seule faveur du créancier. Si la clause pénale peut se révéler en sa seule faveur si le dommage est inférieur à la peine convenue, elle peut également bénéficier au débiteur lorsque le montant de la clause est inférieur au préjudice subi. Elle présente ainsi un caractère aléatoire<sup>6</sup>, le risque pouvant profiter aux deux parties. Lorsque le forfait convenu est inférieur au préjudice, les effets de la clause pénale se rapprochent alors de ceux de la clause limitative de responsabilité, d'autant plus que son montant est faible comparé au préjudice

---

<sup>1</sup> Cass. com., 3 juin 1997, n° 93-21322 ; *Bull. civ.* IV, n°168, p.149 ; *PA* 1<sup>er</sup> juill.1997, n°52 ; Cass. com., 21 avr. 1977, n° 75-14171 ; *Bull. civ.* IV, n° 101, p. 86 ; *D.* 1977, IR, 487 ; Cass. com., 27 oct. 1953, *Bull. Civ.* III, n°328, p. 229 ; Cass. Req., 8 mai 1901 ; *DP* 1903, 1, 409.

<sup>2</sup> Ce droit potestatif n'est cependant pas purement potestatif, puisque l'élément déclencheur de sa naissance, l'inexécution du débiteur, n'est pas, en principe, le résultat de la volonté du créancier.

<sup>3</sup> Cass. Req., 21 juill. 1885 ; *DP* 1886, 1, 326.

<sup>4</sup> *J.-Cl. Civ.* art 1146 à 1155, fasc. 22, 1998, n°69.

<sup>5</sup> Sur le caractère supplétif de la règle du non cumul : Cass. soc., 10 févr. 1998, n° 95-44747 ; *Bull. civ.* V, n°76, p. 55 ; *D.* 1999, p. 102, obs. Y. Auguet ; Cass. soc., 22 juill. 1986, n° 83-46134 ; *Bull. civ.* V, n°460, p. 438.

<sup>6</sup> En ce sens, Ph. Malinvaud : *loc. cit.* ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck : *Les obligations*. Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2013, *sp.* n° 989 : « Comme tout forfait, la clause pénale comporte un élément aléatoire : on ne sait par avance quel sera exactement le préjudice éprouvé par le créancier ; les parties acceptent le risque d'une surévaluation ».

effectivement subi<sup>1</sup>. « Sous l'appellation (légale et jurisprudentielle) erronée de "clause pénale manifestement dérisoire" se niche en réalité la clause limitative de réparation. Cette clause, qui détermine par avance le plafond d'indemnisation auquel le créancier victime d'une inexécution contractuelle pourra prétendre, est stipulée dans l'intérêt du débiteur, dont elle atténue les conséquences de la responsabilité »<sup>2</sup>. En effet, lorsque le préjudice se révèle supérieur au montant stipulé dans la clause pénale, celle-ci aura précisément le même effet qu'une clause limitative de responsabilité sur les montants de la réparation.

Il convient cependant de tempérer cette assimilation entre les deux clauses. « La différence entre un forfait (clause pénale) et un plafond (clause limitative) n'est pas purement formelle, même lorsque le forfait prévu s'avère nettement inférieur au préjudice réel : c'est tout l'équilibre contractuel qui est modifié selon que l'un ou l'autre est prévu en cas d'inexécution »<sup>3</sup>. Par ailleurs, le plafond stipulé dans la clause limitative de responsabilité ne profite jamais qu'au seul débiteur, et tend précisément à évacuer le risque relatif à l'étendue du préjudice. La dualité des buts poursuivis par cette clause apparaît alors à nouveau comme la source des incertitudes relatives à son régime, et nous fait dériver sur la définition de l'étendue de la sanction.

#### B. La problématique de la proportion entre le manquement et la sanction

48. **Étendue de la sanction.** Une fois le principe de la sanction de l'inexécution établi, surgit la question de son étendue. Si la sanction convenue par les parties est insusceptible d'être remodelée par le juge, la gestion du différend n'en sera que plus rigoureuse, certaine et efficace. Si au contraire cette sanction est sujette au pouvoir d'appréciation du juge, alors elle risque de ne plus être aussi spontanément exécutée par le débiteur et donc d'engendrer des litiges qu'elle était précisément destinée à éviter. Il importe donc de déterminer si la volonté des parties dans le choix de l'étendue de la sanction s'impose au juge, ou s'il peut décider de faire fi de leurs prévisions et ainsi s'insinuer dans le règlement du conflit dont les parties ont souhaité l'écartier.

Nous avons d'ores et déjà constaté que la jurisprudence impose au juge de ne pas contrôler la nature ou l'importance de l'inexécution en cause ouvrant le droit au créancier de mettre en jeu la peine privée stipulée. Concernant la définition de la consistance de la sanction, l'appréciation par le juge de la peine convenue par les parties semble à nouveau exclue, l'article 1134, alinéa premier, du Code civil lui imposant en principe le respect de la volonté des parties. Pour autant, ce principe ne s'applique pas avec la même rigueur aux deux exemples de peines privées qui retiennent notre attention. Si l'absence de contrôle de proportionnalité entre l'inexécution et la résolution est désormais acquise (1°), le contrôle du caractère excessif des montants stipulés dans la clause pénale a été consacré par la loi (2°), ce qui tend à amoindrir non seulement sa

---

<sup>1</sup> V. not. les obs. du professeur Denis Mazeaud sous Cass. Soc. 5 juin 1996, (*Defrénois* 1997, art 36591, n°74, p. 737), qui estime que les clauses prévoyant une indemnisation dérisoire ne sont pas des clauses pénales mais des clauses limitatives de responsabilité qu'en l'espèce les juges du fond ont augmenté sous couvert de l'article 1152, al. 2, du Code civil ; Sur cet artifice, v. Ph. Malinvaud : « De l'application de l'article 1152 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Juris-classeur, 1999, p. 689 ; L'auteur estime qu'« il existe une telle différence de nature entre une clause limitative de responsabilité et une clause pénale dérisoire que l'application de l'article 1152, alinéa 2, à une telle clause constitue un véritable forçage du contrat » (*op. cit. sp. p.* 698) et se prononce donc en défaveur d'une application de l'article 1152, al. 2, aux clauses limitatives de responsabilité.

<sup>2</sup> D. Mazeaud sous Cass. soc. 5 juin 1996, *Defrénois* 1997, art 36591, n°74, p. 737.

<sup>3</sup> Ph. Malinvaud : *op. cit.* p. 698.

caractéristique de peine privée, mais encore l'attrait que la stipulation d'une telle clause peut représenter dans la gestion des conflits.

1° L'absence de contrôle de proportionnalité entre l'inexécution et la sanction : la clause résolutoire

49. **Absence de gradation de la sanction.** Le cas de la clause résolutoire est relativement simple, et hormis quelques exceptions, la volonté des parties est, le plus souvent, respectée. En effet, malgré quelques rares propositions visant à assujettir la résolution à un contrôle de proportionnalité entre l'inexécution et la sanction, l'absence de contrôle du juge fait consensus, d'autant que « la force "prophylactique" de la clause résolutoire est inversement proportionnelle à l'étendue de l'interventionnisme du juge »<sup>1</sup>. Au-delà de la perte du bénéfice d'un contrat pour lui utile, le débiteur n'est en effet pas lésé par la seule résolution du contrat, dont les effets sont en théorie un retour au *status quo ante* ou, dans les contrats à exécution successive, une résiliation. L'absence de gradation de la sanction, hormis les hypothèses de résolution partielle ou d'octroi de délais, emporte une situation assez binaire : soit les conditions de la résolution sont remplies et alors le contrat est anéanti, soit ces conditions ne sont pas remplies et le contrat reste en vigueur.

50. **La finesse de la sanction.** Un des avantages de la clause résolutoire consiste également en la possible sélection, par les parties, des dispositions du contrat dont elles souhaitent obtenir la disparition. Il pourra ainsi être prévu que tel manquement entraînera pour conséquence l'anéantissement de telle obligation du créancier, une obligation d'exclusivité par exemple<sup>2</sup>. Le contrôle des conséquences du manquement traduit là encore la puissance de la volonté des contractants dans l'aménagement des suites de l'inexécution. Le possible façonnage des sanctions permet la sélection des plus adéquates à une situation donnée. La prévisibilité de la sanction apparaît plus sécurisante que le résultat de l'appréciation judiciaire de l'opportunité de la résolution.

51. **La peine privée, entre efficacité et abus.** L'automatisme du mécanisme n'en a pas moins suscité des abus en certains domaines, notamment celui du crédit-bail, le débiteur défaillant au titre d'une seule échéance devant restituer le bien dont il avait l'usage et souvent payer la totalité des sommes restant dues à titre de clause pénale. Le juge ne pouvait alors modérer la peine en raison de l'exécution partielle de la convention, celle-ci étant stipulée applicable au cas où le débiteur défailirait au paiement d'une seule échéance<sup>3</sup>. La vigueur de la clause la rend alors suspecte : c'est « l'efficacité même de la clause qui porte en elle le risque d'abus »<sup>4</sup>. Cette suspicion se manifeste dans la loi elle-même, le législateur n'ayant prévu que peu d'hypothèses légales dans lesquelles le juge est écarté du prononcé de la résolution<sup>5</sup>. Si la

---

<sup>1</sup> Y.-M. Laithier : *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*. Préf. H. Muir-Watt, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 419, 2004, *sp.* n°162, p. 135.

<sup>2</sup> M. Storck : V° clauses résolutoires *in J.-Cl. Civil Code*, art. 1184, fasc. 20, n° 36 ; J.-M. Mousseron : *Technique contractuelle*. Éditions juridiques F. Lefebvre, 4° éd., 2010, *sp.* n°1395, p. 556.

<sup>3</sup> v. sur le sujet G. Cornu : « De l'énormité des peines stipulées en cas d'inexécution partielle du contrat de crédit-bail », *RTD civ.* 1971, p. 167 ; v. ég. M. Cabrillac : « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *in Mél. Marty*. Univ. Sc. Soc. Toulouse, 1978, p. 233, *sp.* p. 241.

<sup>4</sup> F. Osman : « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Deffrénois* 1993, n°2, p. 65.

<sup>5</sup> On citera cependant le à titre d'exemple de ces interventions législatives l'article 1657 du Code civil concernant la résolution « de plein droit et sans sommation » de la vente de denrées et d'effets mobiliers en cas de

validité des clauses résolutoires expresses est reconnue depuis bien longtemps par la jurisprudence<sup>1</sup>, y compris lorsqu'elles dispensent expressément le créancier de toute mise en demeure<sup>2</sup>, la suspicion qu'elles provoquent a dicté une certaine sévérité dans l'appréciation de leur rédaction. La jurisprudence fait en effet traditionnellement preuve d'un certain rigorisme pour admettre le jeu de ces stipulations aux effets radicaux, tentant ainsi de compenser l'interdiction faite au juge de contrôler le fond de la clause<sup>3</sup>.

52. **Une interprétation particulièrement restrictive.** Cette relative méfiance à l'égard de la clause résolutoire se manifeste dans son interprétation, puisqu'elle est « d'application stricte »<sup>4</sup>. Sa rédaction doit clairement préciser l'intention des parties de recourir à une résolution de plein droit par le créancier. Lorsque la clause est obscure, elle est généralement interprétée comme rappelant la faculté de résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil<sup>5</sup>. La résolution de plein droit n'est par ailleurs admise restrictivement qu'en cas de « manquements aux obligations expressément visées »<sup>6</sup> dans le contrat. La justification de cette rigueur tient au fait qu'« une stipulation formelle est un facteur de sécurité, le débiteur ne pouvant contester l'existence d'une clause résolutoire formellement stipulée et, réciproquement, ne pouvant être sanctionné lorsque la volonté des parties n'est pas établie avec suffisamment de certitude »<sup>7</sup>. Les seuls outils à vocation générale dont disposent les juges pour faire échec à l'application de la clause sont la mauvaise foi<sup>8</sup> ou l'abus de droit<sup>9</sup> du créancier.

Le législateur a cependant parfois posé des exceptions au caractère automatique de la résolution, qui tend alors à se rapprocher du mécanisme de la résolution judiciaire, notamment

---

non retrait des marchandises, qui est transposé en droit de la consommation au bénéfice du consommateur dans l'article L. 114-1, al. 2.

<sup>1</sup> « Il n'est pas défendu aux parties, par une convention expresse, d'attacher à (l'inexécution du contrat) les effets d'une condition résolutoire, précise, absolue et opérant de plein droit ; qu'une pareille convention n'a rien d'illicite ; qu'elle tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite. Que les tribunaux ne peuvent pas la changer, et qu'ils doivent se borner à vérifier si, en fait, il y a eu réellement inexécution du contrat, dans le sens prévu et réglé à l'avance par les parties. » : Cass. civ., 2 juill. 1860 ; *DP* 1860, 1, p. 284.

<sup>2</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 29 juin 1977, n° 76-11024 ; *Bull. civ.* III, n°293, p. 223 ; Cass. req., 5 août 1908 ; *S* 1911, 1, p. 574 ; Cass. req., 26 oct. 1932 ; *Gaz. Pal.* 1932, 2, p. 838.

<sup>3</sup> Ch. Jamin : « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français », in M. Fontaine et G. Viney (dir.) : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*. Bruylant, LGDJ, 2001, p. 504.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 13 déc. 1966 ; *Bull. civ.* I, n°547, p. 415.

<sup>5</sup> *V. cependant* une décision (Cass. 1<sup>e</sup> civ., 17 mai 1993, n° 90-19959 ; *Bull. civ.* I, n°182, p. 124 ; *D.* 1994, p. 483, note crit. Ch. Paulin) dans laquelle la Cour de Cassation semble attribuer un pouvoir souverain d'interprétation de la clause en question, pour décider s'il s'agit d'une clause résolutoire de plein droit ou une clause rappelant le principe de la résolution judiciaire. Le commentateur de l'arrêt dénonce la brèche ouverte par cette incertitude, qui pourrait favoriser une augmentation du contentieux, « le bénéficiaire d'une clause ambiguë cherchant, à tout hasard, à faire constater la résolution du contrat ».

<sup>6</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 sept. 2010, n° 09-10339 ; *Bull. civ.* III, n° 157 ; *RDC* 2011, n° 1, p. 173, note J.-B. Seube.

<sup>7</sup> Ch. Paulin, note sous Cass. 1<sup>e</sup> civ., 17 mai 1993 *préc.* : « Interprétation souveraine des juges du fond de la clause résolutoire contenue dans un contrat », *D.* 1994, p. 483.

<sup>8</sup> *V. not.* Cass. 1<sup>e</sup> civ., 31 janv. 1995, n° 92-20654, *Bull. civ.* I, n° 57, p. 41 qui énonce au visa de l'article 1134 al. 3 du Code civil : « une clause résolutoire n'est pas acquise, si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier » ; *D.* 1995, p. 230, note crit. D. Mazeaud et p. 389, note Ch. Jamin ; *RTD civ.* 1995, p. 623, obs. J. Mestre.

<sup>9</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 7 fév. 2006, n° 03-15394, non publiée, sur laquelle : A. Penneau : « L'article 1134 du Code civil et l'abus du droit d'user d'une clause résolutoire », *D.* 2006, p. 1796.

en matière de baux commerciaux et d'habitation<sup>1</sup>. Ainsi, en matière de bail commercial, l'article L. 145-41 du Code de commerce prévoit que « la résiliation de plein droit ne produit effet qu'un mois après un commandement resté infructueux », et que le juge, saisi d'une demande de délais, peut suspendre la résiliation et les effets des clauses de résiliation. Le débiteur peut également faire échec à l'application des effets de la clause en s'abritant sous le régime protecteur des procédures collectives dès lors que n'est pas encore intervenue à la date de l'ouverture de la procédure une décision passée en force de chose jugée<sup>2</sup>, et ce même s'il n'est pas contesté que les conditions d'application de la clause sont réunies. Les deux dispositions imposant ces délais doivent d'ailleurs être cumulées<sup>3</sup> ce qui pousse le délai d'attente du créancier pour obtenir la reconnaissance de la résolution du bail commercial à quatre mois à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective<sup>4</sup>, même en présence d'une clause résolutoire expresse. L'atteinte au systématisme de la clause est certaine. Il a même été affirmé que « la clause résolutoire a perdu tout caractère automatique et ne peut devenir efficace, le cas échéant, qu'après une action contentieuse du bailleur pour faire constater qu'elle a produit ses effets ; de sorte que la résiliation de plein droit n'a plus, aujourd'hui, un fonctionnement très éloigné de celui de la résiliation judiciaire »<sup>5</sup>.

Malgré les exceptions dont il a été question, la clause résolutoire de plein droit constitue un outil d'une grande robustesse à la disposition des parties pour aménager les conséquences du conflit survenu à l'occasion de l'inexécution contractuelle. En stipulant une telle clause, les parties anticipent le différend et s'arrogent le droit de déterminer la manière dont celui-ci devrait être réglé spontanément entre elles dès lors que l'inexécution est avérée. La prévision des sanctions manifeste la volonté des parties d'aménager les suites du conflit qui les oppose. À défaut de règlement spontané, le juge saisi est lié par la stipulation et ne peut que constater l'application de la sanction dès lors que les conditions nécessaires sont réunies. En liant le juge par leurs stipulations contractuelles, les parties écartent les contestations relatives à l'application ou la substance de la peine. En ce sens, cette stipulation trahit bien la volonté des parties d'écartier le juge du traitement de leur différend. Lui attribuant moins de pouvoir qu'il n'en dispose d'ordinaire, les parties se dissuadent ainsi mutuellement de faire évoluer le conflit en litige, puisque l'issue de l'action semble logiquement certaine. Si les pouvoirs du juge

---

<sup>1</sup> Les effets des clauses résolutoires sont également limités en matière d'assurances terrestres, de baux à ferme, de ventes d'immeubles à construire et de redressement judiciaire ; v. M. Storck : V° Clause résolutoire in *J.-Cl. Civil code*, art. 1184, fasc. 20, n°6.

<sup>2</sup> Cass. com., 6 déc. 2011, n° 10-25689 ; *Bull. civ.* IV, n° 204 ; *D.* 2012, p. 6, obs. A. Lienhard et pan. p. 1844, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; Cass. 3° civ., 17 mai 2011, n° 10-12866, non publiée ; Cass. 3° civ., 9 janv. 2008, n° 06-21499 ; *Bull. civ.* III, n° 1 ; *D.* 2008, AJ, 291 ; *AJDI* 2008, p. 288, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *JCP E* 2009, 1041, n°25, obs. H. Kenfack ; *RTD com.* 2009, p. 81, note F. Kendérian ; Cass. com., 12 juin 1990, n° 88-19808 ; *Bull. civ.* IV, n° 172, p. 119 ; *D.* 1990. Jur. p. 450, note F. Derrida ; *RDI* 1990, p. 419, obs. G. Brière de l'Isle et J. Derruppé ; *JCP E* 1991, I, 46, n° 15, obs. M. Cabrillac, qui s'interroge : « Le jeu de la clause résolutoire, si particulier qu'il soit en l'occurrence, doit-il fatalement prendre un tour contentieux ? ».

<sup>3</sup> Cass. com., 6 déc. 2011, n°10-25689 ; *Bull. civ.* IV, n° 204 ; *D.* 2012, p. 6, obs. A. Lienhard et pan. p. 1844, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; Cass. com., 28 juin 2011, n° 10-19331, non publiée ; *D.* 2011, p. 1895, obs. A. Lienhard ; Cass. 3° civ., 17 mai 2011, n° 10-12866, non publiée.

<sup>4</sup> Cass. com., 19 févr. 2013, n° 12-13662 ; *JCP* 2013, n° 11, 11 mars 2013, 302 ; *D.* 2013, p. 566, obs. A. Lienhard.

<sup>5</sup> F. Kendérian : « Que reste-t-il du caractère automatique de la clause résolutoire? Florilège de décisions », *RTD com.* 2009, p. 81 qui note que cette jurisprudence « revient à faire de l'intervention d'une décision de justice une condition de la résiliation », et ainsi « favorise le débiteur de mauvaise foi- qui a tout intérêt à former un appel purement dilatoire pour empêcher l'acquisition de la clause ». Le même constat a été effectué au sujet des baux d'habitation : v. *not.* B. Vial-Pedroletti : « Quel avenir pour la clause résolutoire en matière de bail d'habitation ? », *Loyers et copropriété*, mars 1999, chron. n° 4, p. 4.

semblent efficacement muselés par les parties avec les clauses résolutoires, il est moins évident que la clause pénale puisse de nos jours être considérée comme un moyen aussi fiable de prévoir les conséquences de l'inexécution et d'écarter les pouvoirs traditionnels du juge.

## 2° L'appréciation problématique de la juste proportion : la clause pénale

53. **La révision du montant de la clause par le juge.** La gradation infinie dont sont susceptibles les montants stipulés dans les clauses pénales a suscité de grandes discussions, résultant pour beaucoup de l'hybridité de la clause. En réponse aux excès auxquels ont pu donner lieu ces clauses, et bien que le principe reste celui du respect des stipulations contractuelles, des limites sont venues restreindre l'omnipotence de la volonté des parties en ce domaine. La fixation conventionnelle de la peine par la clause pénale n'est en effet plus intangible, le juge s'étant vu reconnaître par la loi la faculté de réduire les montants fixés par ces stipulations à la portion congrue. Économistes et juristes s'accordent en effet pour affirmer que « la pénalité maximale n'est pas toujours optimale »<sup>1</sup> et que les excès doivent être corrigés, tant pour des considérations d'équité qu'en raison de l'impact économique sur le débiteur d'une peine trop sévère<sup>2</sup>.

« La liberté contractuelle a une inclinaison naturelle à provoquer dans ses excès des injustices, surtout sous le prétexte de l'efficacité ; elle n'est respectable que si ses abus sont corrigés »<sup>3</sup>. Le pouvoir accordé au juge de modérer les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires par la loi n°75-597 du 9 juillet 1975, notamment d'office<sup>4</sup>, participe de la lutte contemporaine contre l'abus, renforçant ainsi l'idée déjà ancienne de modération de la peine. « L'objectif poursuivi par le législateur a consisté à faire échapper (la clause pénale) à l'emprise exclusive de la volonté des parties lorsque l'équité était par trop bafouée par l'application de la loi contractuelle »<sup>5</sup>. La loi de 1975 a ainsi rapproché la législation française de celle déjà en vigueur dans d'autres pays<sup>6</sup>. Les dispositions de la loi octroyant au juge le pouvoir de réviser les montants des clauses ne posent pas seulement le principe inverse à celui qui était établi précédemment. Ces dispositions sont d'ordre public, hors d'atteinte de la volonté des parties, qui ne sauraient y déroger par convention<sup>7</sup>. Une position différente eut été d'une efficacité douteuse, les parties ayant tôt fait de modifier la rédaction de la clause pour exclure sa faculté de révision par les juges.

54. **Encadrement du pouvoir modérateur.** Si les juges du fond peuvent ainsi faire usage de leur pouvoir souverain d'appréciation pour réduire ou augmenter la peine, à la condition qu'elle soit manifestement excessive ou dérisoire, la Cour de cassation a cependant manifesté son

---

<sup>1</sup> S. Souam : « Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs : une analyse économique », in Ch. Jamin (dir.) : *Droit et économie des contrats*. LGDJ, 2008, p. 129.

<sup>2</sup> Y.-M. Laithier : « Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs » in Ch. Jamin (dir.) : *Droit et économie des contrats*. LGDJ, 2008, *sp.* n° 354, p. 146.

<sup>3</sup> Ph. Malaurie : « La révision judiciaire de la clause pénale », *Defrénois* 1976, p. 536.

<sup>4</sup> Depuis la modification de l'article 1152, al. 2, par la loi n°85-1097 du 11 oct. 1985.

<sup>5</sup> D. Mazeaud : *thèse. préc. sp.* n°55, p. 43.

<sup>6</sup> Notamment du droit suédois : v. H. Nial : « Les clauses pénales dans les contrats de vente internationaux », in *Études juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière*. Dalloz, 1964, p. 417.

<sup>7</sup> L'alinéa 3 de l'article 1152 du Code civil répute non écrite toute stipulation tendant à écarter le pouvoir modérateur du juge ; v. ég. D. Mazeaud : *thèse préc. sp.* n° 57, p. 44.



intention d'encadrer ce pouvoir d'équité<sup>1</sup>. Elle a ainsi exigé la motivation des décisions admettant la révision des montants stipulés<sup>2</sup> et fixé les limites de cette faculté, interdisant au juge « d'allouer une somme inférieure au montant du préjudice »<sup>3</sup> et de se référer uniquement à la situation<sup>4</sup> ou au comportement<sup>5</sup> du débiteur. On a pu craindre que cette correction des abus par le juge n'ouvre la voie à un abus d'un tel pouvoir de révision<sup>6</sup>, sonnait le glas de la composante comminatoire de la clause pénale en permettant au juge de « sacrifier la clause pénale au nom de son pouvoir d'équité »<sup>7</sup> pour la conditionner à l'existence d'un préjudice et l'adapter au dommage effectivement subi. Les craintes suscitées par une décision « accident » en ce sens semblent s'être dissipées.

55. **Une dualité source d'ambiguïté.** L'intérêt principal de la bouture de la clause pénale « bicéphale » réside dans la combinaison en une seule chimère contractuelle de la peine et de l'indemnisation. La fixation contractuelle des dommages et intérêts dus au créancier en raison de l'inexécution dans la clause pénale tarit une partie des contentieux relatifs à la preuve et à l'évaluation des montants dus en réparation du préjudice éventuellement subi par l'un des contractants. Cette évaluation par les parties présente également l'avantage d'être parfois plus fidèle et juste que l'appréciation qui pourrait en être faite par les juges lorsque le domaine abordé est peu ou prou méconnu par eux. La clause pénale joue ainsi un rôle non négligeable d'évitement du contentieux portant notamment sur l'existence et l'évaluation du préjudice subi par le créancier de l'obligation inexécutée.

En l'absence de stipulation contraire, en fixant la peine due en cas d'inexécution, de par sa fonction indemnitaire, elle interdit par principe la réclamation de dommages et intérêts relativement à l'inexécution en supplément de l'indemnisation forfaitaire fixée par la clause<sup>8</sup>. Le caractère certain des montants stipulés, indépendants de l'évaluation du préjudice, assimilable à une mécanique déclenchée par l'inexécution, tend ainsi à diminuer les contentieux naissant de la responsabilité contractuelle, du moins ceux liés à l'existence et l'évaluation du préjudice<sup>9</sup>. Le juge des référés peut notamment allouer une provision lorsque

---

<sup>1</sup> V. M. Saluden : « L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale », *Gaz. Pal.* 1984, 1, doct. 262.

<sup>2</sup> Cass. ch. mixte, 20 janv. 1978, n° 76-11611 ; *Bull. Ch. Mixte*, n°1, p. 1 ; *D.* 1978, IR, 229, note M. Vasseur ; *Journ. Not.* 1978, p. 571, note B. Boubli ; *RTD civ.* 1978, p. 377, obs. G. Cornu.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 24 juill. 1978, n° 77-11170 ; *Bull. civ. I*, n°280, p. 210 ; *D.* 1979, IR, 151, note D. Landraud ; *Gaz. Pal.* 1978, 2, som. p. 416 ; *RTD civ.* 1979, p. 150, obs. G. Cornu ; Cass. com., 3 févr. 1982, n° 80-13061 ; *Bull. civ. IV*, n° 44 ; *JCP* 1982, IV, 139 ; *RTD civ.* 1982, p. 603, obs. F. Chabas ; Cass. com., 8 juill. 1986, n° 84-15655 ; *Bull. civ. IV*, n°147, p. 125.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 14 nov. 1995, n° 94-04008 ; *Bull. civ. I*, n° 412, p. 287 ; *JCP* 1996, IV, 35 ; Cass. com., 2 oct. 1979, n° 77-15793 ; *Bull. civ. IV*, n°242.

<sup>5</sup> Cass. com., 11 févr. 1997, n° 95-10851 ; *Bull. civ. IV*, n° 47, p. 42 ; *CCC* 1997, n°75, note L. Leveneur ; *Deffrénois* 1997, art 36591, p. 740, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1997, p. 654, obs. J. Mestre.

<sup>6</sup> Cass. com., 16 juill. 1991, n° 89-19080, non publiée ; *CCC* 1991, n°217, note L. Leveneur ; *D.* 1992, AJ, p. 365, note crit. D. Mazeaud ; *Deffrénois* 1992, art 35212, p. 329, obs. crit. J.-L. Aubert ; Cass. com., 28 avr. 1980, n° 78-16463 ; *Bull. civ. IV*, n° 167 ; *Deffrénois* 1980, art. 32494, p. 1477, obs. J.-L. Aubert.

<sup>7</sup> D. Mazeaud note sous Cass. com., 16 juill. 1991, *D.* 1992, p. 365, *sp.* n° 6.

<sup>8</sup> En revanche, lorsqu'elle est stipulée pour une obligation déterminée et que le créancier subit un préjudice indépendant de cette inexécution, elle n'empêchera pas l'attribution de dommages et intérêts sur ce préjudice distinct. En ce sens, lorsqu'elle ne porte que sur une obligation déterminée, elle est impuissante à évincer tout contentieux d'évaluation ; *v. not.* Cass. soc., 21 juill. 1986, n° 83-43880 ; *Bull. civ. V*, n°392, p. 301 ; Cass. 3<sup>er</sup> civ., 17 mars 1993, n° 91-13634, non publiée.

<sup>9</sup> Sur la dissuasion propre opérée par la détermination du montant du préjudice, *v. infra* n°69

l'inexécution est patente, la faculté pour le juge de modérer la peine par la suite n'étant pas considérée comme rendant en conséquence la créance contestable<sup>1</sup>.

C'est cependant également cette double fonction qui rend l'intervention judiciaire parfois malheureuse<sup>2</sup>. On peut en effet s'interroger sur l'irréprochabilité de la logique de la fonction indemnitaire attribuée à la clause pénale. Comment expliquer en effet que la clause pénale, emportant une indemnisation forfaitaire conventionnelle dont la fonction est de déterminer par avance le montant des dommages intérêts dus en cas d'inexécution, puisse être valable en l'absence même de préjudice<sup>3</sup> ? La réunion en la seule clause pénale d'une composante punitive et indemnitaire revient à en faire une chimère qui comporte des intérêts mais également le défaut fondamental de trahir chacun de ses caractères. La composante de peine privée impose en effet que la clause pénale puisse être invoquée par le créancier en l'absence même de préjudice, ce qui va à l'encontre de la composante indemnitaire qui ne saurait se passer de préjudice. La composante indemnitaire quant à elle vicie l'appréciation du caractère comminatoire de la clause pénale puisque le montant du préjudice subi par le créancier sert de socle au juge pour déterminer la nécessité de révision des montants stipulés dans la clause pénale. Sa fonction indemnitaire empêche ainsi les conséquences de la peine privée de déployer leurs effets<sup>4</sup>. En effet, « si la condamnation pécuniaire doit se diluer dans la condamnation à des dommages-intérêts, son caractère dissuasif s'évanouit. Le fait de devoir payer une somme d'argent ne constitue une véritable contrainte que si la condamnation revêt une nature punitive distincte de la réparation du préjudice, et s'y ajoute »<sup>5</sup>. La clause ne serait alors plus dissuasive de l'inexécution, et n'aurait alors pour vocation que de tenter d'estimer à l'avance le montant du préjudice engendré par l'inexécution, estimation vaine puisqu'elle pourrait être retoquée par le juge en fonction de la réalité du préjudice. Sa fonction dissuasive des litiges en serait ainsi amoindrie, et son utilité si particulière réduite à néant.

**56. L'opportunité d'une distinction des caractères de la clause pénale.** Il apparaît essentiel, pour pouvoir continuer de qualifier la clause pénale de clause dissuasive des litiges, d'imposer au juge d'user de son pouvoir de repenser les montants fixés par les parties à titre de sanction avec parcimonie et précaution. Pour ce faire, il semble éclairant de distinguer caractère pénal et composante indemnitaire<sup>6</sup> de la clause pénale.

---

<sup>1</sup> Cass. com., 3<sup>e</sup> civ., 14 déc. 1988, n° 87-14424 ; *Bull. civ.* III, n°184, p. 100 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 juill. 1978, n° 77-11897 ; *Bull. civ.* II, n°187, p. 147 ; Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 1983, n° 82-10843 ; *Bull. civ.* IV, n°91 (qui impose aux juges de motiver les éléments rendant une contestation sérieuse en cas de refus d'attribution d'une provision sur le montant de la clause) ; *RTD com.* 1983, p. 551, n°4.

<sup>2</sup> En faveur de la distinction entre les caractères indemnitaire et comminatoire de la clause pénale, v. A. Pinto-Monteiro : « La clause pénale en Europe », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, études offertes à J. Ghestin*. LGDJ, 2001, p. 719, *sp. p.* 744-746.

<sup>3</sup> Mme Roujou de Boubée, déniait le caractère de peine privée à la clause pénale, avance que le préjudice est en tous cas présumé (M.-E. Roujou de Boubée : *op. cit. sp. p.* 71) ; cette explication ne semble cependant pas satisfaisante au regard de la nature de peine privée.

<sup>4</sup> Une décision récente (Cass. com. 21 oct. 2014, n° 13-20600, non publiée ; *AJCA* 2015, p. 73, obs. M. Bourdeau) semble illustrer cette confusion regrettable : la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir considérablement réduit le montant de la clause pénale de 12 500 euros (représentant 25% des sommes restant dues) à 1 000 euros en se fondant « sur l'absence de préjudice et un retard de paiement minime », tout « en tenant compte de la finalité de la clause, qui était d'éviter tout retard de paiement » ; le caractère comminatoire de la clause, s'il est reconnu, ne semble ainsi pas réellement respecté.

<sup>5</sup> R. Perrot : « La contrainte par dissuasion », in *La procédure dans tous ses états, Mélanges en l'honneur de J. Buffet*. éd. Petites affiches, 2004, p. 393, *sp. p.* 397.

<sup>6</sup> Il est par ailleurs intéressant de noter que le projet porté par le professeur Pierre Catala, bien qu'il affirme qu'il est inutile de maintenir la distinction entre clause pénale et clause d'indemnisation forfaitaire, semble bien

Deux conséquences découleraient d'une telle distinction : la clause pénale, détachée du préjudice, pourrait être actionnée à la seule discrétion du créancier, qui resterait par ailleurs libre d'obtenir la réparation du préjudice subi sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Le droit né de l'inexécution pourrait alors réellement être considéré comme potestatif puisque n'hypothéquant pas les possibilités pour le créancier d'obtenir réparation de l'entier préjudice. Cette conception de la clause pénale dans sa composante purement punitive, clairement exclue en l'absence de stipulation contraire par la rédaction de l'article 1229 du Code civil<sup>1</sup> emporte cependant l'avantage d'être fidèle à la notion de peine. L'article 1229 du Code civil n'étant pas d'ordre public, il est loisible aux parties d'y déroger par convention<sup>2</sup>. La volonté des parties peut ainsi imprimer à la clause un but exclusivement punitif. Une telle stipulation donne cependant naissance à un affaiblissement certain du caractère dissuasif des litiges lorsqu'un préjudice a été causé au créancier du fait de l'inexécution car les problématiques de preuve et d'évaluation de du dommage ont alors vocation à refaire surface. Les conventions sur la preuve ainsi que la fixation conventionnelle des dommages intérêts prennent alors toute leur importance pour évincer l'appréciation du juge.

S'il ne semble pas soutenable que la nature de peine, expressément attribuée par la volonté des parties à la clause, puisse évincer le contrôle reconnu au juge sur les montants fixés, il semble en revanche indiscutable qu'une telle nature doive infléchir le référentiel pour l'appréciation du caractère manifestement excessif ou dérisoire de la peine. La volonté des parties exprimée dans une clause précisant l'importance qu'elles ont entendu imprimer à sa fonction comminatoire et à son caractère sanctionnateur serait bafouée si les juges décidaient par la suite de réduire les montants à la hauteur du préjudice.

On peut toutefois s'interroger, en présence d'une stipulation des parties qui traduirait expressément leur intention de cumuler l'application de la clause pénale avec les dommages-intérêts<sup>3</sup>, sur les critères pouvant servir à l'appréciation judiciaire du caractère excessif de la clause. La composante comminatoire étant alors le seul fondement de la clause puisque l'aspect indemnitaire est traité par ailleurs par les dommages-intérêts, le caractère excessif de la peine devra être apprécié sans référence au montant du préjudice. Quels pourraient dès lors être les critères d'évaluation de la juste sanction ? Certes, la peine a pour fonction d'assurer l'exécution d'une obligation déterminée, et ainsi d'appuyer l'importance qu'une partie attache à son exécution. Mais la recherche subjective de la valeur que représente une obligation donnée pour le créancier ne serait-il pas une gageure ? Peut-être serait-il alors préférable, pour apprécier l'excès manifeste, de déterminer une fraction des montants en jeu dans l'opération considérée, en recherchant la juste proportion ?

57. **Caractère punitif et sanction de la faute lucrative.** Il est cependant des hypothèses dans lesquelles le juge pourrait ne pas être privé de tout référentiel, en présence d'une faute

---

distinguer la clause pénale, dont le but comminatoire est accentué, et les conventions de réparation forfaitaires, tout en consacrant l'unité du régime de révision qui leur est applicable : *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, rapport à M. P. Clément, 22 sept. 2005, p. 167.

<sup>1</sup> « La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard ».

<sup>2</sup> Cass. soc. 10 févr. 1998, n° 95-44747 ; *Bull. civ.* V, n°76, p. 55 ; *D.* 1999, som. 102, obs. Y. Auguet.

<sup>3</sup> Notamment lorsque les parties précisent que les pénalités ne seront pas libératoires et ne s'imputeront pas sur les dommages et intérêts éventuellement attribués à titre de réparation du préjudice.

lucrative. Fréquemment dénoncées dans le domaine de la responsabilité délictuelle à l'occasion d'atteintes aux droits de la personnalité ou encore de contrefaçon, les fautes lucratives ne devraient pas pour autant être par principe considérées comme exclues du domaine de la responsabilité contractuelle. En effet, un débiteur qui n'exécute pas l'obligation qu'il a promise à son créancier car il a découvert un avantage économique à consacrer son temps ou ses ressources à d'autres activités ne commet-il pas une faute lucrative ? C'est bien le lucre qui motive l'inexécution de ses obligations puisqu'il a calculé que ne pas les exécuter se révélerait économiquement plus avantageux. Ainsi, si d'un point de vue strictement économique il est envisageable d'encourager ces fautes lorsqu'elles réalisent une allocation optimale des ressources, l'approche juridique ne permet pas qu'un contractant puisse renier sa parole donnée au seul motif que cela lui serait plus profitable<sup>1</sup>. Cette tendance moralisatrice s'exprime au travers de la recherche contemporaine de moyens appropriés pour sanctionner ces comportements anti-contractuels.

En présence de fautes lucratives, il pourrait être utile de considérer les avantages résultant de l'inexécution pour le débiteur défaillant. Compenser ces bénéfices par la sanction pécuniaire prévue par la clause pénale serait de nature à lui faire trouver amer le goût de l'inexécution, sans pour autant tomber sous le couperet des dommages et intérêts punitifs. Des auteurs ont ainsi proposé de prendre en compte ces bénéfices « illicites » pour le calcul de la peine privée<sup>2</sup>, voire d'admettre une clause pénale dont le montant serait non pas prédéterminé mais simplement déterminable lors de sa conclusion<sup>3</sup>. Le montant de la clause serait ainsi le décalque du bénéfice retiré par le débiteur de la violation de ses obligations. Il apparaît en effet que la clause pénale, à laquelle il doit être accordé de pouvoir s'écarter des montants du préjudice, serait alors susceptible de constituer un instrument utile pour sanctionner les fautes lucratives contractuelles. En supprimant totalement l'avantage que le débiteur pourrait retirer de l'inexécution, la clause pénale opérerait alors un juste retour à l'équilibre, la compensation entre le « gain » tiré de l'inexécution et la peine ne permettant pas de dégager un profit. L'option entre l'exécution ou l'inexécution additionnée à la peine se révèle alors neutre pour le débiteur. Il conviendrait donc d'augmenter le gain escompté de la faute lucrative d'un certain montant propre à assurer la dissuasion de l'inexécution. L'obstacle le plus problématique à la prise en compte du bénéfice illicite, souligné par l'auteur<sup>4</sup>, réside dans la difficile évaluation dudit bénéfice.

58. ***Une nécessaire recherche d'équilibre.*** La clause pénale, pour continuer de présenter un intérêt dans la gestion des conflits par les parties, doit rester fidèle à certaines caractéristiques qui lui sont propres. Un juste équilibre doit ainsi être recherché, les positions extrêmes ne dessinant qu'un outil finalement assez décevant de gestion des conflits. Gommer la « valeur

---

<sup>1</sup> Sur la théorie de la violation efficace, v. Y.-M. Laithier : *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*. Préf. H. Muir-Watt, Thèse, Bibl. dr. privé, t. 419, LGDJ, 2004, *sp.* n° 405 et *s.* ; « l'inexécution efficace » selon A. Ogus et M. Faure : *Économie du droit : le cas français*. Avant propos L. Vogel, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 107 ; sur l'utilisation stratégique de la clause pénale comme une clause de dédit, « alternative stratégique » à l'exécution du contrat, v. A.-J. Kerhuel : *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires - un champ d'action de la liberté contractuelle*. Préf. J. Mestre, PUAM, 2010, p. 354.

<sup>2</sup> S. Carval : *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Préf. G. Viney, LGDJ, 1995, *sp.* n°129 et *s.* ; Ch. Coutant-Lapalus : *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, Thèse, PUAM, 2002, *sp.* n°559, p.477.

<sup>3</sup> Y.-M. Laithier : *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*. Préf. H. Muir-Watt, Thèse, Bibl. dr. privé, t. 419, LGDJ, 2004, *sp.* n° 350, p. 150.

<sup>4</sup> Y.-M. Laithier : *ibidem*.

comminatoire salubre »<sup>1</sup> de la clause et ne plus admettre que sa composante indemnitaire reviendrait à rouvrir la porte de l'inexécution lorsque celle-ci se révèle plus avantageuse pour le créancier que l'exécution de l'obligation, ce qui entraînerait pour conséquence de ruiner l'effet incitatif d'exécution et préventif des conflits que l'on a pu reconnaître à cette catégorie de stipulation. Par ailleurs, réviser la clause pénale à hauteur du préjudice ou à un montant symbolique<sup>2</sup>, voie qu'a parfois emprunté la jurisprudence<sup>3</sup>, pourrait avoir pour conséquence malheureuse d'adouber des pratiques peu conformes à l'équité. Que penser en effet des situations dans lesquelles un débiteur donne des garanties d'une main, sachant pertinemment que les montants qu'il fait miroiter au créancier en cas d'inexécution seront ramenés au juste préjudice, voir rabaisés à zéro en cas d'absence de préjudice ? La fonction de garantie qu'on a pu prêter aux clauses pénales serait alors réduite à néant.

59. **La clause pénale, génératrice de contentieux ?** À l'accroissement du contentieux résultant de la possibilité entrevue par les parties de se dégager de la peine convenue initialement en s'en remettant à l'équité du juge, les enjeux liés à la qualification de clause pénale d'une stipulation contractuelle ont surajouté de nombreux litiges. Il a été constaté que les efforts prodigués par la doctrine et la jurisprudence pour unifier et préciser la notion n'ont pas eu pour effet de tarir cette nouvelle source de contentieux, dont la permanence a semblé « sans doute inévitable »<sup>4</sup>. On peut en conséquence se demander si le « but principal »<sup>5</sup> d'évitement du contentieux assigné à la clause pénale avant la réforme de 1975 n'a pas été irrémédiablement affaibli par l'octroi du pouvoir de révision au juge. La « désacralisation »<sup>6</sup> de la clause pénale, pourtant souhaitable, a eu pour effet inverse de générer un nombre important de contentieux. Structurellement, par le doute que cette faculté laisse planer sur l'intangibilité des montants stipulés, la révision par le juge des montants prévus par la clause va nécessairement alimenter les contentieux que la stipulation tendait à écarter. « Rapidité, automatisme et efficacité »<sup>7</sup> ne semble plus être la devise de la clause pénale et traduit « l'inexorable déclin dont cette clause est frappée »<sup>8</sup>. Il semble ainsi que les craintes qu'avait suscité l'introduction du pouvoir de révision du juge<sup>9</sup> se soient révélées fondées et que ces

<sup>1</sup> Rapport Gerbet, *J.O. Ass. Nat.*, débats du 16 mai 1975, *sp.* p. 286.

<sup>2</sup> La condamnation au franc symbolique, « moralement sévère » a été dénoncée comme « stérile » par le professeur Suzanne Carval (*La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Préf. G. Viney, LGDJ, 1995, *sp.* n°28 p. 30).

<sup>3</sup> Dans certaines décisions, constatant l'absence de préjudice, le juge a réduit le montant de la clause pénale à zéro : Cass. com., 16 juill. 1991, n° 89-19080, non publiée ; CCC 1991, n°217, note L. Leveneur ; D. 1992, AJ, p. 365, note D. Mazeaud ; *Defrénois* 1992, art 35212, p. 329, obs. J.-L. Aubert ; Cass. com., 28 avr. 1980, n° 78-16463 ; *Bull. civ.* IV, n°167 ; *Defrénois* 1980, art. 32494, p. 1477, obs. J.-L. Aubert ; pour une réduction à une somme symbolique v. Cass. com., 13 mars 1979, n° 77-14749 ; *Bull. civ.* IV, n°99 ; *Gaz. Pal.* 1979, 2, 343, note J. Viatte ; Cass. com., 11 févr. 1997, n° 95-10851 ; *Bull. civ.* IV, n°47, p. 42 ; CCC 1997, n°75, note L. Leveneur ; *Defrénois* 1997, 36591, n° 75, p. 740, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1997, p. 654, obs. J. Mestre.

<sup>4</sup> J.-S. Borghetti : « La qualification de clause pénale », *RDC* 2008, n°4, p. 1158.

<sup>5</sup> F. Chabas : « La réforme de la clause pénale », *D.* 1976, chron. p. 229.

<sup>6</sup> L'expression est empruntée au professeur Gérard Cornu, (*RTD civ.* 1971, p. 170) qui appelait à la « désacraliser, lorsqu'elle est manifestement abusive ».

<sup>7</sup> Selon le professeur Denis Mazeaud (*thèse préc.* p. 66), ce sont les ingrédients conférant à la clause son caractère comminatoire.

<sup>8</sup> D. Mazeaud : « Les conventions portant sur la réparation », *RDC* 2007, n°1, *sp.* n°14, p. 149.

<sup>9</sup> F. Chabas : « La réforme de la clause pénale », *D.* 1976, chron. p. 229 : « c'est (*des juges*) que dépend le sort de la clause pénale tout entière. S'ils n'ont pas la prudence de conserver à leur intervention le caractère très exceptionnel que le législateur a voulu lui attacher, la clause pénale n'aura plus aucun pouvoir de dissuasion de la chicane et d'intimidation qui sont ses traits essentiels. Elle ne sera plus qu'un sabre de bois. Elle ne servira plus à rien » ; v. *ég.* S. Sanz : « La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 Juillet 1975 et ses incidences sur la

clauses aient perdu avec la réforme de leur vertu prophylactique<sup>1</sup>. « Dépouillée de son automaticité et, donc, de sa vertu incitative, la clause pénale ne serait plus qu'un épouvantail pour débiteur ignorant de la chose juridique »<sup>2</sup>.

60. **La solution conventionnelle à la question de la juste proportion.** Peut-être cependant la tendance à l'effritement du caractère comminatoire, et par ricochet l'augmentation des contentieux, pourrait-elle être remise en cause par une rédaction plus précise de la clause, propre à guider le juge dans l'appréciation du but recherché par les parties et donc du socle de référence pour déterminer le caractère manifestement excessif ou dérisoire de la peine convenue<sup>3</sup>. Une justification aux arrêts décidant la réduction des montants stipulés en considération de l'absence du préjudice à des sommes nulles pourrait être que les juges ont considéré dans ces espèces que le caractère comminatoire de la clause ne ressortait pas clairement de son libellé et qu'ainsi une telle clause devait être abordée comme une simple évaluation conventionnelle du préjudice. Il serait alors normal et conforme à l'équité de réviser les montants stipulés uniquement en fonction du préjudice. Mais alors, si la réduction à zéro se justifie fort bien, la réduction à une somme toute symbolique s'oppose à cette analyse. Dans la mesure où seule la composante indemnitaire de la clause est alors prise en compte, comment justifier de ne pas réduire l'indemnité à zéro en l'absence de préjudice ?

Écarter cette dimension purement indemnitaire et insister sur l'intention des parties de contracter une clause pénale dont le caractère comminatoire serait apparent<sup>4</sup> pourrait interdire aux juges de réviser le montant conventionnellement fixé en se basant sur le seul préjudice réellement subi. La Cour de cassation a d'ailleurs affirmé que le caractère manifestement excessif d'une clause doit être apprécié notamment en fonction du but que les parties ont entendu assigner à ladite clause<sup>5</sup>. L'équation pour réviser une clause pénale dont le caractère comminatoire aurait été appuyé par les contractants sans pour autant en exclure le caractère indemnitaire pourrait alors être la suivante : le socle minimal serait le préjudice réellement subi par le créancier, auquel s'additionneraient les montants propres à assurer le caractère comminatoire de la clause et auquel doit s'ajouter la gravité du manquement du débiteur ainsi

---

théorie générale de la clause pénale », *RTD civ.* 1977, p. 287, qui est cependant optimiste se fondant sur la sagesse des juges. v. é.g. M. Vasseur, note sous Paris 5 janv. 1977, *D.* 1977, p. 268, *sp.* n° 12 : « Que la clause pénale soit ainsi l'objet de procès inéluctables, c'est bien apporter la preuve de la "faillite" de la loi de 1975. Procédé de dissuasion, la clause pénale était en même temps un instrument d'économie et de célérité dont la vertu était de rendre inutile l'intervention du juge ».

<sup>1</sup> Expression employée par le professeur Philippe Malaurie : « Les problèmes actuels du droit des obligations », in *Les cours du droit.* 1971-1972, *sp.* p. 158.

<sup>2</sup> D. Mazeaud : *thèse préc. sp.* p. 1.

<sup>3</sup> En ce sens, un auteur estime que si le pouvoir de modération reconnu au juge doit s'appliquer dans tous les cas à la clause, qu'elle ait une finalité comminatoire ou indemnitrice, le juge doit prendre en compte cette finalité : « En un mot, les termes en lesquels on procède à la réduction *varient* en fonction du *type* de clause accordée » (A. Pinto-Monteiro : « La clause pénale en Europe », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, études offertes à J. Ghestin.* LGDJ, 2001, *sp.* p. 746).

<sup>4</sup> La précision dans la clause de l'intention des parties de lui donner un caractère comminatoire est notamment proposée par le professeur Eric Loquin, (réf. par F. Leborgne : V° Clauses dissuasives des litiges : in *J. Cl. Contrats Distribution*, fasc. 135, 2006, *sp.* n° 22) qui estime que le juge « peut en tenir compte ». À notre sens, c'est plutôt une obligation qui s'impose au juge. Il ne pourrait, dans l'hypothèse où le libellé de la clause est clair sur l'intention des parties de donner un caractère comminatoire à la clause, la réduire en dessous d'un certain montant, non excessif mais cependant supérieur au préjudice.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 3 janv. 1985, n° 83-15291 ; *Bull. civ.* I, n°4, p. 4 : « Si la peine stipulée peut se concevoir aussi bien comme un moyen de contraindre les parties à l'exécution que comme une évaluation conventionnelle anticipée du préjudice futur, elle n'en peut pas moins, dans l'un et l'autre cas, être réduite par le juge qui doit, pour en apprécier le caractère excessif, tenir compte de son but ».

qu'éventuellement l'avantage que ce dernier a retiré de l'inexécution illicite. En cela les concepts de peine et d'indemnisation seraient respectés et la clause pénale renouerait avec sa fonction d'incitation à l'exécution.

Il semble cependant qu'en dépit des efforts de la jurisprudence d'en limiter les effets, le principe même de la faculté de réviser en équité les montants de ces clauses excessives, additionné au caractère d'ordre public que revêtent ces dispositions, constitue une escarmouche au principe de l'autonomie de la volonté. Par ricochet, c'est la volonté des parties d'anticiper puis de régler avec célérité et efficacité le conflit découlant de l'inexécution qui en ressort meurtrie. La faculté pour les parties d'aménager les conséquences du conflit et de dissuader d'agir en justice semble ainsi atteinte par le principe même de la modération judiciaire de la peine convenue par le juge. Sur le plan processuel, la latitude laissée au juge de procéder d'office à la révision des montants convenus dans ces clauses constitue un exemple de la remise en cause de la répartition traditionnelle des rôles respectifs du juge et des parties au procès. En effet, sur le plan processuel, la faculté pour le juge de modérer, d'office, la peine contractuellement fixée porte un coup d'estoc au principe dispositif<sup>1</sup>. La clause pénale n'en déploie pas moins ses effets, constituant un véritable atout pour le créancier dans une procédure juridictionnelle.

### §3 La dimension processuelle des peines privées

61. **La mise à l'écart du recours au juge.** Nous avons eu l'occasion de constater que le rôle du juge est profondément modifié en présence de peines privées contractuelles. Ce n'est pas là leur seule conséquence processuelle. Au-delà de la pression qu'elles exercent pour éviter le conflit et de la sanction qu'elles stipulent en cas d'inexécution, elles permettent au créancier dans certaines circonstances de pouvoir se faire justice lui-même. En présence d'une clause pénale, l'inexécution du débiteur fait naître un droit de créance au bénéfice du créancier qui pourra, par exemple, en l'absence de contestation judiciaire des montants stipulés, rapidement et facilement s'approprier les sommes qui auraient pu être préalablement consignées entre ses mains par le débiteur à titre de garantie. De même, pour la résolution de plein droit, le créancier pourra appliquer la sanction et ne pas exécuter ses propres obligations, faisant ainsi acte de justice privée en mettant en œuvre la clause résolutoire<sup>2</sup>. Il est ainsi des hypothèses, par principe difficilement quantifiables, dans lesquelles aucune sollicitation de l'arsenal judiciaire ne sera nécessaire pour obtenir l'application de la peine convenue. La peine privée permet alors au créancier d'exercer un acte de justice privée, et d'écarter le recours à la juridiction pour obtenir la sanction pécuniaire de l'inexécution, la réparation du préjudice causé ou l'anéantissement, rétroactif ou pour l'avenir, d'une convention qui ne représente plus d'intérêt pour lui. Le conflit généré par l'inexécution est, dans cette hypothèse, au moins partiellement résolu par l'application de la peine privée, sans intervention judiciaire. Les parties, grâce à l'anticipation de l'inexécution et de ses conséquences souhaitées au stade de la conclusion du contrat, peuvent ainsi avec succès faciliter le règlement du conflit hors du prétoire.

62. **Simplicité probatoire.** En cas de refus du débiteur d'exécuter spontanément la peine convenue, la stipulation d'une peine privée se révèle également avantageuse pour le créancier déçu, même si le paiement des montants prévus dans la clause pénale ou les restitutions découlant de la résolution du contrat ne pourront être acquis sans recours à la justice. Les

---

<sup>1</sup> V. sur le pouvoir attribué au juge de contrôler d'office la clause pénale, F. Zenati : *RTD civ.* 1986, p. 212.

<sup>2</sup> Paris, 19 juin 1990 ; *D.* 1991, p. 515, note Y. Picod.

sanctions convenues pourront alors être obtenues en justice par le biais des procédures simplifiées, plus rapides et moins laborieuses qu'une action au fond. La contestation relative à l'application de la peine devra être portée par le débiteur, alors qu'en l'absence de clause, le créancier aurait été à l'initiative de l'action. Pour échapper à l'application de la peine, le débiteur devra prouver l'absence d'imputabilité de l'inexécution, ou pour obtenir la modération de la peine, son caractère manifestement excessif. Le renversement de la charge de la preuve par rapport à la mise en œuvre classique de la responsabilité constitue pour le créancier un avantage qu'il convient de ne pas négliger.

63. **La mise à l'écart temporaire du fond du litige.** La position de force dans laquelle se situe le créancier de l'obligation inexécutée, qui peut avoir recours à des procédures rapides et simplifiées pour obtenir l'application des conséquences de la clause en question, rappelle celle du bénéficiaire d'une garantie à première demande<sup>1</sup>. Cette véritable sûreté peut, dans une certaine mesure, être également considérée comme une clause dissuasive des litiges et incitant à l'exécution. Le garanti peut en effet solliciter le paiement immédiat et sans discussion de la garantie, et avec un formalisme minimal. La clause pénale, la clause résolutoire et la garantie à première demande démarquent la volonté contemporaine des contractants de se détacher, du moins dans un premier temps, des controverses tendant au fond. La discussion, si elle est estimée nécessaire par le débiteur de l'obligation inexécutée, devra être portée par lui et n'interviendra ainsi souvent qu'*a posteriori*, une fois que le créancier aura obtenu satisfaction. Dans les cas où l'inexécution des engagements garantis n'est pas contestable, le litige qui aurait pu survenir en l'absence de garantie ne sera jamais porté en justice, le créancier ayant été désintéressé par le paiement de la garantie sans avoir à passer devant un juge.

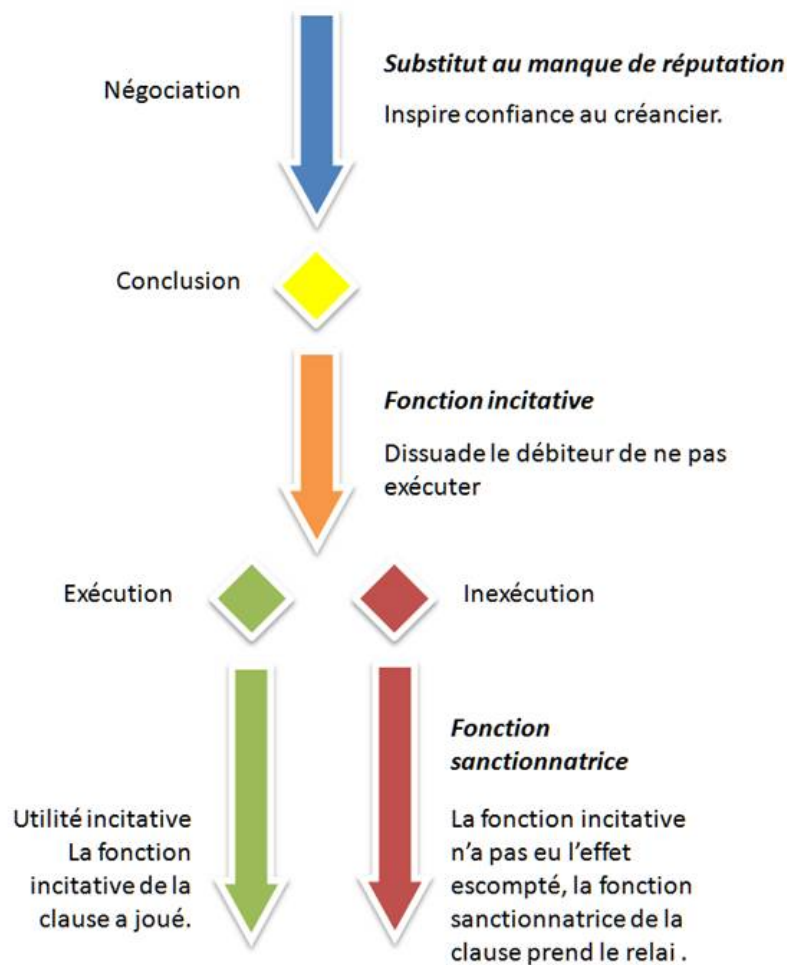
64. **Les intérêts des peines privées dans le temps.** En guise de conclusion, il convient de rappeler que l'intérêt des peines privées contractuelles ne se résume pour autant pas à cette dimension pour qui souhaite anticiper puis gérer un conflit dès sa naissance. Il est possible de schématiser les différents intérêts représentés, en fonction du temps, par les peines privées dans la vie de la relation contractuelle.

---

<sup>1</sup> Ainsi que de ses dérivés, les garanties documentaire ou sur demande justifiée.



## Les manifestations des peines privées dans le temps contractuel



Les peines privées constituent donc un très bon exemple de la force de la volonté dans la gestion du conflit. Par leur utilisation, les parties appréhendent le conflit dès la négociation du contrat. Dans la phase d'exécution, elles maintiennent la pression sur le débiteur. En cas d'inexécution, elles ont vocation à prévoir la solution du conflit par la mise en œuvre de la peine prévue. Ces stipulations sont donc remarquables non seulement par le mécanisme particulier dont elles font l'application, mais également relativement à leur « champ d'action » très étendu.

## Section 2 La dissuasion indirecte d'agir en justice

65. *L'ambition de la mise à l'écart du juge.* Par les peines privées, les parties peuvent prévenir la survenance du conflit lié à l'inexécution contractuelle et prévoir l'application de sanctions auxquelles elles pourront prétendre automatiquement en cas de défaillance de leur cocontractant. Ce faisant, elles gèrent le conflit par la prévention, la dissuasion et l'aménagement des suites du conflit. Les clauses qu'on désignera comme celles opérant une dissuasion indirecte d'agir en justice ne tentent pas véritablement de prévenir le conflit, et n'y proposent pas de remède. Elles ont pour effet d'écarter le traitement juridictionnel du conflit en amoindrissant le bénéfice escompté d'une éventuelle action. La volonté, parfois même celle d'une seule partie dans le cadre des contrats d'adhésion, se révèle efficace pour éloigner du prétoire le litige éventuel. L'ambition est alors dans ces cas non pas de régler le conflit lui-même de prime abord, mais de dissuader son traitement judiciaire ou plus radicalement encore de l'empêcher d'advenir.

C'est ainsi qu'en limitant le montant des dommages et intérêts qu'une partie pourra espérer en cas de mauvaise exécution du contrat, les stipulations relatives à la réparation<sup>1</sup> fixent une composante de l'équation préalable à l'action en justice qui s'impose généralement au plaideur insatisfait. Or ce calcul va influencer sur sa décision d'enclencher une procédure contentieuse (§1). La négociation des clauses relatives à la réparation s'intègre au jeu des pourparlers lors de la conclusion du contrat sans que leur finalité ne détonne dans un univers concurrentiel. Dès lors que le contrat est discuté entre des professionnels, considérés par le droit comme dotés d'une force de volonté et d'une information égales, une telle démarche n'apparaît pas de prime abord illégitime. Ces clauses sont en effet considérées par les parties rompues aux techniques juridiques, ou du moins sensées l'être, comme une composante de l'opération envisagée et s'intégrant en tant que telle dans l'économie de la convention. Ces prévisions contractuelles tendant à écarter le litige sont en revanche d'une légitimité bien plus douteuse lorsqu'elles sont imposées sans négociation ou à des parties généralement considérées comme en situation d'infériorité. Dans le domaine spécifique du droit de la consommation, les clauses abusives imposées aux consommateurs constituent un exemple flagrant de dissuasion illégitime (§2) par laquelle les professionnels gèrent le flot des réclamations dès le stade du contrat.

### §1<sup>ère</sup> La dissuasion indirecte propre à la détermination de la réparation

66. *Contexte des clauses relatives à la réparation.* « Il n'est pas de contrat petit ou grand qui ne contienne de passage sur la responsabilité »<sup>2</sup>. Très fréquemment stipulées dans les contrats, et ce sous des formes diverses<sup>3</sup>, ces clauses sont des classiques incontournables de la pratique contractuelle. Le régime qui leur est applicable irradie bien souvent au-delà des frontières de ce type de stipulations pour s'appliquer à des clauses dont l'objet diffère mais dont

---

<sup>1</sup> Seules les clauses relatives à la réparation, que nous désignerons aussi parfois clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, seront l'objet de notre étude. Les clauses de non-obligation tendent en effet à limiter la responsabilité des parties mais définissent plus profondément les obligations mêmes dont elles pourront solliciter l'exécution. Elles n'opèrent en ce sens pas la dissuasion que nous nous proposons d'étudier ici.

<sup>2</sup> Ph. Delebecque : « Les clauses de responsabilité », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Préf. J. Mestre, Colloque de l'institut des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, 1990, *sp.* p. 177.

<sup>3</sup> *V. not.* Ph. Delebecque et D. Mazeaud : « Les clauses de responsabilité : clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales », in M. Fontaine et G. Viney (dir.) : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*. Bruylant-LGDJ, 2001, p. 361.

les effets se révèlent en définitive très proches<sup>1</sup>. Le but premier de ces stipulations n'est pas de dissuader l'action en justice, mais bien de répartir entre les cocontractants les risques attachés à l'exécution du contrat en cause et de fixer avec certitude les montants maximaux qui devront être déboursés par la partie défaillante si sa responsabilité est recherchée. La dissuasion d'agir en justice opérée par ces clauses, si elle est indirecte, n'en est pas moins certaine.

Classiquement justifiée par le principe de la liberté contractuelle<sup>2</sup> et les termes de l'article 1150 du Code civil<sup>3</sup>, la validité de principe des clauses limitatives de réparation entre professionnels<sup>4</sup> n'écarte pas pour autant une certaine méfiance qui se manifeste notamment par l'attention portée à leur acceptation par le créancier auquel elles sont opposées<sup>5</sup>. Les réserves suscitées par ces clauses cèdent cependant face à l'intérêt économique qu'elles représentent dans les mécanismes contractuels, par l'incitation à l'audace, la possibilité pour le débiteur de s'assurer à moindre frais, la baisse des coûts des biens ou des services concernés<sup>6</sup> nécessaire à la compétitivité française confrontée à la concurrence internationale ou encore la facilitation des négociations qu'elles permettent<sup>7</sup>. Pour autant, elles ne sauraient radicalement ruiner l'intérêt d'un contrat, justifiant que certains remparts soient érigés pour contrer leur redoutable efficacité<sup>8</sup>. Par ailleurs, dans certaines circonstances, elles se révèlent économiquement efficaces, permettant au débiteur de réduire ses coûts. C'est notamment le cas lorsque les coûts qui seraient engagés par le débiteur pour prévenir un dommage par exemple sont plus importants que ceux que devrait engager le créancier lui-même pour s'assurer. Dans l'approche économique du droit, la défiance suscitée par ces clauses tant en jurisprudence qu'en doctrine ne se justifierait dès lors pas nécessairement en terme d'efficience : « ce préjugé s'explique par le fait qu'elles raisonnent *ex post*, dans la perspective de la petite minorité des cas où un

---

<sup>1</sup> On songe ici aux clauses aménageant l'action en justice, clauses de non recours ou aménageant restrictivement la prescription, qui seront étudiées *infra*.

<sup>2</sup> Ph. Stoffel-Munck et Ph. Le Tourneau (dir.) *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 7<sup>e</sup> éd., 2008, *sp.* n°1136, au sujet des clauses supprimant la responsabilité : « Sortant du cercle de sa liberté naturelle au profit de l'autre contractant, il ne doit que ce qu'il a promis et avec les limitations apportées à sa promesse ».

<sup>3</sup> L'article 1150 dispose : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ».

<sup>4</sup> Le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 a remplacé le précédent article R. 132-1 du Code de la consommation. Cet article dispose désormais en son 6° que sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéa de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de (...) : « 6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ».

<sup>5</sup> Par exemple sur la lisibilité de la clause nécessaire à son acceptation, v. Cass. com., 14 avr. 1992, n°90-15373 ; *Bull. civ.* IV, n° 166, p. 116 ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 3 mai 1983, n°82-10530 ; *Bull. civ.* I, n° 159 ; d'autres paramètres tels que la langue de la clause, sa place dans les documents contractuels ou encore à leur précision sont également considérés par les juges.

<sup>6</sup> B. Starck : « Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité », *D.* 1974, chron. p. 157, *sp.* n°3, qui précise que « l'irresponsabilité, totale ou partielle, s'achète ».

<sup>7</sup> Ph. Delebecque : « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation ? », *RDC* 2008, p. 980 : « Pouvoir se mettre, ne serait-ce que partiellement, à l'abri de recours ou d'actions en responsabilité est, dans une négociation tant soit peu compliquée, un atout de poids ».

<sup>8</sup> La notion d'obligation essentielle est l'un de ces remparts. La jurisprudence semble par ailleurs prête à en développer de nouveaux, comme l'indique une décision récente de la chambre commerciale de la Cour de cassation, qui a écarté l'application de la clause limitative de responsabilité dans le cadre de l'obligation de garantie des vices cachés du vendeur professionnel. Ainsi les actions intentées sur le fondement des articles 1641 et suivants du Code civil ne seraient pas soumises aux limitations contenues par la clause limitative de responsabilité dès lors que le vendeur et l'acheteur en cause ne sont pas de même spécialité : Cass. com., 19 mars 2013, n° 11-26566 ; *D.* 2013, p. 1947, obs. X. Delpech et p. 1947, note A. Honteyberie.

accident se produirait : elles ne tiennent pas compte de l'avantage *ex ante*, qui correspond à la grande majorité des cas »<sup>1</sup>.

67. **Les limites à l'efficacité de la limitation de responsabilité.** Les conséquences parfois rigoureuses de ces clauses justifient cependant que leur efficacité ne soit pas acquise en toutes circonstances<sup>2</sup>. S'il est en effet admissible que ces clauses jouent pleinement dans les cas de faute simple du débiteur, il est en revanche plus difficilement acceptable qu'elles permettent au débiteur volontairement défaillant, ou ayant fait preuve d'impéritie, de limiter sa responsabilité à des montants parfois dérisoires comparativement au préjudice effectivement subi par le créancier. Se fondant sur l'adage *culpa lata dolo aequiparatur*<sup>3</sup>, la jurisprudence a ajouté au rempart du dol<sup>4</sup>, prévu par la loi, celui de la faute lourde<sup>5</sup>. À ces « instruments historiques »<sup>6</sup>, par le célèbre arrêt Chronopost<sup>7</sup>, la jurisprudence a introduit la référence à la notion d'obligation essentielle<sup>8</sup>, très controversée<sup>1</sup>, de nature à faire échec à l'application de ces

<sup>1</sup> A. Ogus et M. Faure : *Économie du droit : le cas français*. Avant propos L. Vogel, éd. Panthéon Assas, 2002, *sp.* p. 98.

<sup>2</sup> Ni leur validité d'ailleurs. On dénombre plusieurs exceptions d'origine légale à la validité des clauses élisives de responsabilité, notamment dans le domaine des transports ou dans les contrats de travail ; v. Ph. Stoffel-Munck et Ph. Le Tourneau (dir.) : *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 7<sup>e</sup> éd., 2008, *sp.* n°151 ; En faveur de l'affirmation comme règle matérielle de la validité de certaines clauses d'exonération dans les contrats internationaux, v. Ph. Delebecque : « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation ? », *RDC* 2008, p. 980.

<sup>3</sup> Par ailleurs contesté, notamment du fait de l'absence de caractère intentionnel dans la faute lourde ; v. *not.* P. Durand : *Des conventions d'irresponsabilité*. Thèse Paris, 1931, *sp.* p. 429 ; M. Roblot : « De la faute lourde en droit privé français », *RTD civ.* 1943, p. 1, *sp.* p. 5 ; P. Robino : « Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine », *RTD civ.* 1951, p. 1, *sp.* p. 23.

<sup>4</sup> Conçu comme le simple choix délibéré de ne pas exécuter ses obligations, écartant l'exigence de l'intention de nuire ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 4 févr. 1969 ; *Bull. civ.* I, n°60 ; *D.* 1969, p. 601, note J. Mazeaud ; *RTD civ.* 1969, p. 798, obs. G. Durry.

<sup>5</sup> Définie dans sa conception subjective, à laquelle la jurisprudence semble être revenue depuis 2005 (Cass. Ch. Mixte, 22 avr. 2005, n° 02-18326 ; *Bull. Ch. mixte*, n° 3, p. 9 ; *D.* 2005, jur. p. 1864, note J.-P. Tosi, *pan.* p. 2748, obs. H. Kenfack et *pan.* 2844, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2005, p. 604, obs. P. Jourdain et p. 779, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 2005, *comm.* 150, L. Leveneur ; *JCP* 2005, II, 10066, obs. G. Loiseau ; *RDC* 2005, p. 651, avis de R. de Gouttes, p. 673, obs. D. Mazeaud et 753 obs. Ph. Delebecque ; *RLDA* 2005, 8, note G. Viney ; *Cass. com.*, 18 déc. 2007, n° 04-16069 ; *Bull. civ.* IV, n° 265 ; *D.* 2008, AJ 1599, obs. X. Delpech ; *D.* 2008, p. 1776, obs. D. Mazeaud ; *Cass. com.*, 4 mars 2008 ; *D.* 2008, p. 1129, obs. F. Rome ; *Cass. com.*, 10 mars 2009, n° 08-15457 ; *Bull. civ.* IV, n°38 ; *D.* 2009, AJ 869, obs. X. Delpech ; *RTD com.* 2009, p. 610, obs. B. Bouloc ; *RDC* 2009, p. 1044, obs. S. Carval) et plus récemment dans l'arrêt *Faurecia III*, comme « la négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qui lui a été confiée » (D. Mazeaud : « Clauses limitatives de réparation : fin de la saga ? », *D.* 2010, p.1832), la faute lourde dépend du comportement du débiteur, et non uniquement de la nature de l'obligation inexécutée. En faveur d'un possible aménagement conventionnel de la gravité de la faute pouvant faire échec à l'application des clauses de responsabilité, v. Ph. Delebecque : « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation ? », *RDC* 2008, p. 980, *sp.* p. 981.

<sup>6</sup> Th. Genicon : « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008, p. 983.

<sup>7</sup> *Cass. com.*, 22 oct. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 261 ; *D.* 1997 Jur. 121, note A. Sériaux, et *som.* 175, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1997, p. 418, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1997, art. 36516, n°20, p. 333, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 1997, II, 22881, note D. Cohen ; v. *ég.* J.-P. Chazal : « Théorie de la cause et justice contractuelle : à propos de l'arrêt Chronopost », *JCP E* 1998, I, 152.

<sup>8</sup> Selon les dernières évolutions de la jurisprudence, (« *Faurecia III* » : *Cass. com.*, 29 juin 2010, n° 09-11841 ; *CCC* 2010, *comm.* 220, L. Leveneur ; *JCP* 2010, 787, note D. Houtcieff ; *D.* 2010, p. 1832, note D. Mazeaud et p. 1697, note F. Rome ; *PA* 2010, n°162, note N. Dupont-Le Bail ; *RTD civ.* 2010, *chron.* p. 555, obs. B. Fages) « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ». On en a déduit que le critère déterminant est dorénavant la « contradiction illégitime » de la clause à l'obligation essentielle (D. Mazeaud : *op. cit.*).

clauses non plus en raison d'un comportement du débiteur mais en raison de l'objet même de l'exonération<sup>2</sup>. On ne reviendra pas en détail sur les nombreux rebondissements et les multiples controverses qu'a suscité ce régime<sup>3</sup>, bien qu'ils ne soient pas indifférents à la dissuasion opérée par la stipulation de ces clauses.

La validité des clauses exclusives de réparation a été encore plus controversée<sup>4</sup> et son principe n'a été affirmé qu'au milieu du siècle dernier. L'application de ces clauses est, comme pour les clauses limitatives de réparation, réservée aux cas où il ne peut être reproché au débiteur ni un dol, ni une faute lourde. Elles ne pourraient par ailleurs prétendre exclure que la réparation des préjudices résultant d'obligations de moindre importance, tant il est évident que l'essor de la notion d'obligation essentielle ferait obstacle à leur application si elles devaient concerner des obligations d'une certaine consistance. Elles permettent cependant, de manière ciblée, d'exclure la responsabilité d'une des parties au contrat pour un type de préjudice, sans tomber sous le coup de la jurisprudence relative à la contradiction de l'obligation essentielle. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé récemment<sup>5</sup> qu'un bailleur pouvait valablement exclure, conventionnellement, toute réparation fondée sur le préjudice causé par les désordres affectant les lieux loués<sup>6</sup>.

Les clauses exclusives et limitatives de réparation sont susceptibles de dissuader les contractants de porter leur litige en justice, et ce pour deux raisons distinctes. La première tient au fait qu'en fixant le seuil que les montants maximums de réparation ne pourront dépasser, les parties introduisent une donnée certaine dans l'équation qui va déterminer l'action en justice (A). La seconde raison, bien plus subjective et probablement de moindre importance, est liée au contexte d'insécurité juridique qui règne en maître depuis quelques années concernant le régime de ces clauses (B), de nature à inciter les parties à envisager des alternatives au règlement judiciaire de leur différend.

---

<sup>1</sup> Elle a pu être qualifiée par certains auteurs de « fausse promesse », ou « d'imprévisible et fluctuante » (Th. Genicon : « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008, p. 983) ou de « logomachie si on ne lui trouve une explication juridique » (Ph. Jestaz : « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*. Dalloz-Sirey, 1985, p. 273) ; En faveur de son abandon, notamment : O. Deshayes : « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et réparation des risques d'inexécution », *RDC* 2008, p. 1018 ; en faveur du maintien de cette notion : C. Aubert de Vincelles : « Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de réparation portant sur les obligations essentielles », *RDC* 2008, p. 1035, pour qui « le recours à la notion d'« obligation essentielle » doit être loué et marque un progrès indéniable de la loyauté au sein de la jungle contractuelle » ; v. ég. M. Burgard : « L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat », *PA*, 22 sept. 2010, n°189, p. 7.

<sup>2</sup> V. sur ce sujet : D. Mazeaud : « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.* 2008, p.1776, qui dresse un historique de l'évolution mouvementée de ces clauses.

<sup>3</sup> Ph. Delebecque : « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation ? », *RDC* 2008, p. 980 ; D. Mazeaud : « Les clauses limitatives de réparation **Erreur ! Signet non défini.** », in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*. Bruylant-Dalloz, 1994, p. 155, qui fait état d'un « droit contrasté et contestable » ; Pour des propositions d'adaptation du régime applicable à ces clauses, v. *not.* Th. Genicon : « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008, p. 983, *sp.* p.1000.

<sup>4</sup> Sur le sujet, v. P. Esmein : « Les clauses de non-responsabilité », *RTD civ.* 1926, p. 314, qui doute de la réalité du consentement à une telle clause ; v. ég. P. Robino : « Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine », *RTD civ.* 1951, p.1.

<sup>5</sup> Par un arrêt, il convient de le noter, non publié.

<sup>6</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 23 mai 2013, n° 12-11652, non publiée ; *D.* 2013, p. 2142, note D. Mazeaud.

## A. La dissuasion intrinsèque par la certitude du bénéfice maximum attendu de l'action

68. **Une stipulation écran.** Alors même qu'elles sont contestables, il a pu être noté que les clauses exonératoires de responsabilité « jouent un rôle d'intimidation : parfois inscrites en dépit d'une évidente nullité, elles sont destinées à dissuader le créancier de toute réclamation »<sup>1</sup>. Entraînant une « paralysie du droit à réparation »<sup>2</sup>, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité sont susceptibles d'écarter une certaine partie du contentieux dans les cas où la validité et l'applicabilité de ces clauses ne sont pas contestables. Il convient de s'attacher à comprendre les rouages de la prise de décision des acteurs économiques que l'on présuppose détenir une rationalité plus grande que les individus pris isolément pour apprécier le mécanisme de cette dissuasion d'agir en justice.

69. **La détermination du montant des dommages et intérêts, instrument de dissuasion.** Si entre particuliers les conflits sont parfois alourdis par des composantes non objectives, la vision des entreprises, considérées pour l'hypothèse comme des agents plus rationnels, est supposée plus pragmatique<sup>3</sup>. Le conflit sera abordé en considération d'intérêts pécuniaires ou de réputation notamment. Cette approche économique, particulièrement développée aux Etats-Unis, a été modélisée par des équations permettant d'évaluer, de manière plus ou moins fiable, la voie la plus rationnelle de gérer le conflit. Le calcul de la *BATNA*<sup>4</sup>, *Best Alternative To a Negotiated Agreement*, équation simplifiée ne prenant en compte que les principaux éléments susceptibles d'influer sur la décision<sup>5</sup>, détermine ainsi un seuil permettant d'apprécier l'opportunité d'une négociation ou d'une procédure juridictionnelle. Doivent ainsi être pris en compte le montant de la demande, les probabilités de gagner le procès, d'obtenir le plein de la demande, le temps nécessaire à la satisfaction de cette demande (le temps nécessaire à l'obtention d'une décision mais aussi celui nécessaire à son exécution) et les frais engendrés par toute procédure juridictionnelle<sup>6</sup>. Sont également mis en perspective les montants qu'une

---

<sup>1</sup> J. Huet, obs. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 18 janv. 1984 et Cass. com., 17 janv. 1984, *RTD civ.* 1984, p. 727, n<sup>o</sup> 5 ; on peut cependant douter qu'entre professionnels une telle intimidation joue à plein.

<sup>2</sup> G. Viney, P. Jourdain et S. Carval : *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*. LGDJ-Lextenso, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n<sup>o</sup>181-1.

<sup>3</sup> Sur les critiques et les limites des raisonnements rationnels entrepris, v. E. Mackaay : « Règles et décisions en droit », in D. Bourcier et P. MacKay (dir.) : *Lire le droit. Langue, texte et cognition*. LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 41 et s.

<sup>4</sup> MESORE en français, MEilleure SOLUTION de REchange. v. Th. Garby : *La gestion des conflits*. Collection Entreprise et perspectives économiques, Economica, 2004, p. 20 ; v. ég. W. Ury, R. Fisher et B. Patton : *Comment réussir une négociation (Getting to Yes)*. Seuil, 2006, *sp.* p. 149 et s. qui ont développé ce concept.

<sup>5</sup> Les études relatives à l'analyse économique de la résolution des litiges mettent en effet en œuvre de très nombreux critères. Pour une étude plus poussée des paramètres pris en compte aux États Unis, v. R. D. Cooter et D. L. Rubinfeld : « Economic analysis of legal disputes and their resolution », *Journal of Economic Literature*, vol. XXVII, p. 1067.

<sup>6</sup> Il s'agit des dépens, mais également des frais irrépétibles, qui peuvent être mis à la charge de l'une ou l'autre des parties au procès, notamment prenant en compte des considérations d'équité, et donc difficilement prédictibles. Il convient par ailleurs de noter l'impact des différents systèmes. Aux États-Unis, les plaideurs assument les coûts de justice, indépendamment de la solution du litige. L'équation sera ainsi différente pour la résolution des litiges en droit français, puisque les frais engagés par l'adversaire peuvent être mis, en tout ou partie, à la charge de la partie perdante. C'est ainsi que dans le système français devront être pris en compte l'ensemble des frais de justice engagés par les deux parties multipliés par la probabilité de perdre le procès ; v. M. Mühl : « Economic analysis of settlement negotiation in a litigation process », in *Économie appliquée*, tome LIV, 2001, n<sup>o</sup>3, p. 39, *sp.* p. 45.

partie pourrait espérer d'une résolution amiable du conflit ainsi que le temps et les coûts de négociation nécessaires pour arriver à un tel accord.

La variation de chacun de ces éléments est susceptible de peser sur la décision d'emprunter la voie amiable ou de solliciter une solution juridictionnelle. Cette mise en balance permet de déterminer au-delà de quelle somme il sera plus intéressant d'accepter une transaction par préférence à une procédure juridictionnelle. La disproportion entre les coûts du procès et les enjeux de celui-ci est ainsi jaugée, et se révèle déterminante pour décider d'agir en justice. Si les enjeux sont importants et les coûts minimes, le créancier sera incité à agir. Dans le cas contraire, il sera réfréné d'agir par l'importance des sommes devant être engagées pour obtenir peu.

Les acteurs économiques pragmatiques vont ainsi apprécier le coût estimé de la procédure, les probabilités d'obtenir une décision favorable ainsi que celles d'obtenir une telle décision dans un délai raisonnable et utile avant de décider de porter leur litige devant un juge. Ces estimations seront ensuite comparées avec le gain maximum envisagé de la procédure, à savoir dans l'hypothèse les montants plafonnés dans la clause limitative de responsabilité. L'équation ainsi posée comporte une donnée certaine quel que soit le préjudice réel subi par le créancier. Lorsque ce montant apparaît faible relativement au préjudice, ou équivalent à zéro, le bénéfice escompté de l'action en justice est d'autant plus faible. « Loin de se précipiter en justice, la plupart des victimes hésitent à faire valoir leurs droits et renoncent souvent à toute action lorsque les dommages-intérêts qu'elles peuvent espérer recevoir ne sont pas suffisants pour justifier à leurs yeux l'engagement d'une procédure »<sup>1</sup>. La négociation apparaît en effet dans ces cas plus avantageuse que le procès.

70. **Les limites de l'aspect économique de la décision d'agir.** L'impact de l'analyse économique de la gestion des conflits ne doit pas être surestimé. Une telle analyse se révèle inapte à appréhender les différents facteurs susceptibles d'intervenir dans la prise de décision des acteurs. Si l'aspect économique de la décision ne peut être négligé, il doit également être tenu compte des différentes motivations des acteurs. Malgré le coût objectif représenté par une procédure juridictionnelle, un acteur économique pourra choisir cette voie de résolution par préférence à un arrangement dans le but de prévenir des contentieux similaires futurs. À l'inverse, la négociation pourra être préférée au procès lorsque le conflit oppose des partenaires qui entretiennent des relations pérennes par ailleurs ou pour éviter la médiatisation des conflits<sup>2</sup>. La rationalité des acteurs ne peut ainsi pas systématiquement se résumer à la rationalité économique. D'autres facteurs entrent en ligne de compte dans le choix qui sera fait par la partie qui se prétend créancière. Il est cependant indubitable qu'un tel calcul influence les décisions des acteurs dans un grand nombre de cas.

71. **La dissuasion liée à l'administration de la preuve.** Lorsque le créancier « victime » estime que son préjudice est dû à la faute lourde ou au dol du débiteur, ou plus radicalement n'a pas connaissance des raisons à l'origine du dommage<sup>3</sup>, s'interpose alors la problématique

---

<sup>1</sup> S. Carval : *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Préf. G. Viney, LGDJ, 1995, *sp.* n°238, p. 264.

<sup>2</sup> L'arbitrage représente cependant dans ce dernier cas une alternative juridictionnelle adaptée au besoin de confidentialité.

<sup>3</sup> L'approche économique du droit qualifie cette hypothèse de risque moral.

probatoire<sup>1</sup>. Le principe étant l'applicabilité de la clause et sa mise au ban l'exception, pour obtenir réparation intégrale du préjudice prévisible le créancier devra prouver le dol ou la faute lourde de son cocontractant ou la contradiction entre la clause et l'engagement souscrit par le débiteur. C'est ainsi que, *a priori* valables, les clauses limitatives de réparation manifestent une « efficacité probatoire »<sup>2</sup> opérant un renversement de la charge de la preuve.

Parfois, le poids de la preuve incombant au créancier pour écarter l'application de la clause évasive ou limitative de responsabilité sera trop lourd, notamment lorsqu'il n'a pas connaissance de la cause de l'inexécution dont il est victime. Ainsi, bien que victime d'un comportement considéré comme particulièrement grave, le créancier pourra renoncer à obtenir la réparation de son entier préjudice en raison de son incapacité à prouver les causes propres à écarter la limitation. Cet écueil, dénoncé par la doctrine<sup>3</sup>, a suscité de nombreuses propositions. Il a ainsi été suggéré d'opérer un « renversement de perspective » en imposant au débiteur se prévalant de la clause de prouver son absence de faute lourde ou de dol pour en bénéficier<sup>4</sup>, de faire peser sur le débiteur une « obligation d'éclaircissement des causes d'inexécution »<sup>5</sup> permettant d'identifier le cas échéant la faute lourde et d'écarter le « manquement inexplicé », d'avoir recours à la bonne foi dans l'exécution du contrat<sup>6</sup>, ou encore d'en appeler au principe de cohérence contractuelle<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> En effet, « la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul fait pour le transporteur de ne pouvoir fournir d'éclaircissements sur la cause du retard » : Cass. Ch. Mixte, 22 avr. 2005, n°02-18326 ; *Bull. Ch. Mixte*, n°3, p. 9 ; CCC 2005, comm. 150, L. Leveneur ; *D.* 2005, jur. p. 1864, note J.-P. Tosi (qui remarque que le fait pour le transporteur « de ne pouvoir rendre compte de l'inexécution traduit de sa part une mauvaise organisation et une impéritie qu'il paraîtrait justifié de qualifier de faute lourde, alors que par ailleurs elle revient à faire peser la charge de la preuve sur la victime »). Cette position est somme toute logique, la mauvaise foi comme la faute lourde ne se présument pas, mais aboutit à une situation de fait considérablement défavorable au créancier qui, en l'absence de précisions sur les circonstances de l'inexécution, n'a pratiquement que très peu de chances de pouvoir prouver la faute lourde du débiteur ; v. *ég.* Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, n°03-14112 ; *Bull. Ch. Mixte*, n° 4, p. 10 sur l'impossibilité pour le seul retard de livraison de constituer une faute lourde ; sur les deux arrêts de la Chambre Mixte, v. G. Loiseau : « La faute lourde du transporteur et la mise en échec de la limitation d'indemnisation prévue au contrat type », *JCP* 2005, II, 10066 ; Cass. com., 9 mai 1995, n° 93-13397 ; *Bull. civ. IV*, n°140, p. 125 ; *D.* 1995, IR, p. 150 ; *RTD com.* 1996, p. 115, obs. B. Bouloc ; Cass. com., 3 mai 1988, n° 86-17753 ; *Bull. civ. IV*, n°150, p. 104 ; v. en sens contraire, Cass. Ass. Plén., 30 juin 1998, n° 96-11866 ; *Bull. Ass. Plén.*, n°2, p. 3.

<sup>2</sup> Ph. Delebecque : *thèse préc. sp.* p. 17.

<sup>3</sup> V. *not.* O. Deshayes : « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et réparation des risques d'inexécution », *RDC* 2008, p. 1018 (« le créancier n'est le plus souvent pas bien armé pour prouver que le débiteur a failli de manière grave ou volontaire à son obligation ») ; Th. Genicon : « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008, p. 983, *sp.* p. 1002 ; Y.-M. Laithier : « L'éradication de la clause limitative de réparation en cas de manquement à une obligation essentielle : « *Chronopost* », dix ans après » *RDC* 2006, p. 1075 ; concernant le dol, le professeur Dimitri Houtcieff parle même de « preuve quasi diabolique de l'intention de nuire » (D. Houtcieff : « Le régime des clauses limitatives de responsabilité est-il satisfaisant ? », *RDC* 2008, p. 1020, *sp.* p. 1023).

<sup>4</sup> C'est le système proposé par le professeur Thomas Genicon : « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008, p. 983.

<sup>5</sup> J.-P. Tosi : note sous Cass. ch. Mixte, 22 avr. 2005 *préc.*, *D.* 2005, AJ, p. 1864.

<sup>6</sup> Comme le propose le professeur Olivier Deshayes : « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et réparation des risques d'inexécution », *RDC* 2008, p. 1018, *sp.* p. 2019. Selon cet auteur, l'appel de la jurisprudence à la notion de faute lourde objective n'était autre chose qu'une prise en compte de ces difficultés probatoires.

<sup>7</sup> Comme le propose le professeur Dimitri Houtcieff, note sous Cass. com., 5 juin 2007, n° 06-14832 ; *Bull. civ. IV*, n° 157 ; *JCP* 2007, II, 10145.



Toutes ces solutions ne semblent pas également souhaitables. D'une part, le renversement de la charge de la preuve priverait la clause d'un de ses intérêts majeurs. L'obligation d'éclaircissement semble en revanche constituer une piste intéressante dans la mesure où elle apporterait la lumière sur les circonstances de l'inexécution. Moins prononcée que le renversement de la charge de la preuve, une telle obligation, qui pourrait d'ailleurs prendre appui sur la notion d'exécution de bonne foi des conventions, serait de nature à permettre l'avènement de la vérité et ne laisserait ainsi pas le créancier de l'obligation inexécutée totalement démuni face à un débiteur d'une bonne foi toute relative mais qui peut agir en toute impunité en raison de l'existence de la clause limitative de réparation.

La seule existence de cette clause est parfois, *per se*, un facteur de dissuasion de l'action en justice pour la « victime » de la clause, et va en conséquence l'orienter vers la voie amiable pour solliciter réparation par le biais d'un accord négocié. Ce sera notamment le cas lorsque la clause sera considérée comme applicable. Même lorsqu'un doute pourra être émis quant à l'absence de dol ou de faute lourde de nature à écarter les limitations conventionnelles de réparation, ces clauses sont susceptibles de trouver application. La dissuasion opérée par la stipulation de ces clauses dans le contrat, si elle est médiante et rarement envisagée sous cet angle mais bien sous celui de la répartition des risques, est intrinsèque à la clause elle-même : le créancier sera ainsi incité à transiger à des montants proches de ceux stipulés dans la clause. La dissuasion impliquée par la fixation anticipée du montant s'exercera uniquement sur le créancier de la réparation. La seconde dissuasion sur laquelle il convient à présent de s'arrêter est plus pernicieuse et pourrait remettre en cause l'efficacité de la clause dans la gestion des conflits entre les parties qui doivent composer avec un élément sur lequel elles n'ont pas de maîtrise. La dissuasion dont il va être question peut être considérée comme extrinsèque à la clause puisqu'imposée non pas par la clause elle-même, mais par l'inconstance de la jurisprudence.

## B. La dissuasion extrinsèque due aux incertitudes du régime

72. ***Une imprévisibilité préjudiciable.*** Les incertitudes quant au régime des clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité, notamment à la lumière des hésitations jurisprudentielles manifestes depuis quelques années, pourraient constituer un autre facteur d'évacuation d'une partie des contentieux vers les modes de résolution amiables. La dissuasion provoquée par cette incertitude jurisprudentielle est un phénomène qui n'est pas propre aux clauses limitatives de responsabilité. L'étude de ces dernières nous en offre cependant une illustration exemplaire.

Si l'insécurité jurisprudentielle est une donnée avec laquelle tout justiciable est forcé de composer, la rétroactivité des revirements jurisprudentiels est particulièrement préjudiciable en matière contractuelle<sup>1</sup>. Non seulement la prévisibilité des parties vole en éclats, mais pis encore, les stipulations envisagées auraient probablement pu être adaptées pour ne pas subir la rigueur de la nouvelle jurisprudence. C'est ainsi qu'en matière de clause limitative de responsabilité, on peut s'interroger sur le comportement prospectif des acteurs souhaitant limiter leur responsabilité. N'auraient-ils pas préféré se tourner vers d'autres stipulations plutôt que subir l'incertitude dans laquelle les plongent non pas un simple revirement de jurisprudence, au demeurant nécessaire, mais les trop nombreuses variations

---

<sup>1</sup> V. A. Hervieux : « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1989, p. 257.

jurisprudentielles ? Partant, comment stipuler en toute confiance une clause dont on ne sait pas si, en définitive, elle recevra application ?

« Les fluctuations répétées des décisions judiciaires et le risque de ce fait de voir invalider les clauses limitatives de responsabilité dans le cadre de contentieux judiciaires particulièrement longs et coûteux ont porté atteinte à la sécurité juridique »<sup>1</sup>. Or l'impératif de sécurité juridique est, selon un auteur,<sup>2</sup> « absolu », permettant de sauvegarder la paix sociale et de conserver la confiance des opérateurs économiques en assurant une certaine prévisibilité des solutions. En matière de clauses limitatives de réparation, particulièrement usitées dans le commerce international, il est envisageable que, devant l'incertitude suscitée par la jurisprudence, les parties préfèrent, au mieux, transiger plutôt que de subir l'aléa constitué par une décision de justice, au pire éviter la soumission du contrat en cause au droit français pour écarter ces insoutenables incertitudes.

73. **Une construction prétorienne : l'obligation essentielle.** L'étude de la jurisprudence indique une direction générale, impulsée depuis l'arrêt *Chronopost*, qui fait reposer l'applicabilité des clauses limitatives de responsabilité non plus seulement sur les notions de faute lourde ou de dol mais également sur la notion d'obligation essentielle. Cette découverte d'une troisième exception à l'applicabilité des clauses limitatives de réparation, dont l'imprécision a été dénoncée<sup>3</sup>, tend à ruiner la prévisibilité qu'ont entendu insuffler les parties aux actions en réparation. Certaines décisions ont, par le passé, même pu laisser penser que ces clauses seraient systématiquement inapplicables dès lors qu'elles auraient pour objet d'amoinrir la responsabilité en cas de manquement à une obligation essentielle, ce qui revenait à cantonner leur applicabilité aux obligations accessoires, et ainsi leur dénier tout intérêt pratique<sup>4</sup>. Le retour à une utilisation plus raisonnable de la notion d'obligation essentielle, mise

---

<sup>1</sup> B. Daille-Duclos : « Clauses limitatives de responsabilité, un nouvel avenir ? », *JCP E* 2010, n°38, 1814.

<sup>2</sup> B. Teyssié : « L'impératif de sécurité juridique », in *Jean Foyer, auteur et législateur : leges tulit, jura docuit : écrits en hommage à J. Foyer*. Paris, PUF, 1997, p. 985.

<sup>3</sup> L'imprécision de la notion d'obligation essentielle (et les acceptions divergentes dont elle est l'objet, tant en doctrine qu'en jurisprudence), déjà évoquée, ne semble pas assurer une meilleure protection des intérêts du créancier que l'appréciation par les juges de la faute lourde, qui semble à vrai dire constituer un pis-aller. Peut-être serait-il envisageable de se tourner vers les instruments relativement nouveaux tels que l'article L.442-6 du Code de commerce pour appréhender non plus les clauses elles-mêmes, mais les conditions qui les sous-tendent, à la lumière de la notion d'abus de puissance économique. Une telle approche présenterait selon nous la vertu de conserver le principe de validité de ces clauses et de ne sanctionner indirectement, par l'attribution de dommages-intérêts, que celles d'entre elles qui sont imposées par le contractant le plus fort. Plutôt que de condamner une clause par rapport à la contradiction qu'elle porte à l'obligation essentielle souscrite, ce qui peut conduire à écarter une clause pourtant librement consentie en pleine connaissance de cause, notamment dans des contrats présentant certains risques d'exécution qui sont acceptés par les parties, peut-être serait-il envisageable de s'intéresser aux circonstances entourant sa conclusion, faisant appel aux notions d'abus de puissance économique pour obtenir un surplus d'indemnisation. En ce sens, v. J.-P. Chazal : « Théorie de la cause et justice contractuelle : À propos de l'arrêt *Chronopost* », *JCP* 1998, I, 152 : « Le seul déséquilibre contractuel, s'il n'a pour cause un abus de puissance économique, ne devrait pas permettre au juge de modifier la loi des parties ». En faveur de l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce aux clauses limitatives de réparation, v. é.g. X. Delpech : « LME : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives », *D.* 2008, p. 2220.

<sup>4</sup> En ce sens on peut noter que l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription prévoit dans l'alinéa premier de l'article 1382-2 que le manquement à une obligation essentielle est retenu comme une exception à l'applicabilité de la clause limitative de responsabilité : « Un contractant ne peut exclure ou limiter la réparation du dommage causé à son cocontractant par une faute dolosive ou lourde ou par le manquement à l'une de ses obligations essentielles ». On peut donc se demander si la solution de l'arrêt *Faurecia III* est vouée à la pérennité, mais remarquer également que, selon ce texte, il y aurait potentiellement non pas une, mais plusieurs obligations essentielles dans un même contrat ; la réforme du droit des contrats du gouvernement présentée le 27

en perspective sous l'angle de la contradiction opéré par l'arrêt « Faurecia III » ne semblait pas de nature à écarter toute incertitude quant à l'utilisation qui sera faite de cette notion.

La réforme du droit des contrats, telle que formalisée dans le projet d'ordonnance diffusé par la chancellerie le 25 février 2015 clarifierait à cet égard dans l'article 1168 la mesure dans laquelle l'obligation essentielle pourrait anéantir une stipulation contractuelle : pour être réputée non écrite, la stipulation en cause devrait priver l'obligation essentielle de sa substance. La prévisibilité qu'instaurerait l'adoption d'une telle règle serait de nature à réduire l'incertitude pour l'instant préjudiciable au droit des affaires. Cette nouvelle formulation présente également l'intérêt majeur d'étendre potentiellement la sanction du réputé non écrit à toute clause rendant le contrat inutile ou contrevenant à sa cohérence<sup>1</sup>. Or cette nouvelle avancée permet d'espérer le développement d'une règle commune à différentes stipulations partageant un même objectif.

74. ***L'excessive rigueur des conséquences l'invalidité de la stipulation : la réparation intégrale.*** Par ailleurs, la sanction applicable à « la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur »<sup>2</sup> étant d'être réputée non écrite et donc de ne recevoir aucune application, la solution revient en définitive à pénaliser le débiteur qui a entendu limiter les montants dus au titre de sa responsabilité. La conséquence, bien rigoureuse, de l'invalidation de la clause est le retour au principe de la réparation intégrale du préjudice. À trop vouloir limiter, les contractants retombent ainsi sur le principe dont ils souhaitaient à l'origine s'abstraire. Certes, cette solution est préférable à la pratique qu'avaient adoptée certains juges du fond de considérer la faute lourde de manière très extensive, puisqu'alors les frontières du dommage prévisible étaient dépassées par cette qualification<sup>3</sup>. Pour autant, une telle solution ruine la prévision des parties et porte atteinte à l'équilibre contractuel voulu par elles. Elle pourrait probablement les inciter à se tourner vers d'autres mécanismes plus souples, tels celui prévu en matière de clauses pénales qui recèlent l'avantage de pouvoir faire l'objet d'une révision<sup>4</sup> plutôt que d'une inapplicabilité pure et simple<sup>5</sup>.

---

novembre 2013 prévoirait de supprimer la notion de cause mais de consacrer l'utilité de la notion d'obligation essentielle en réputant toute clause qui la viderait de sa substance non-écrite ; v. D. Mazeaud : « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2014, p. 291.

<sup>1</sup> M. Mekki : « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », 2<sup>nd</sup>e partie, *RDC* 2007, p. 239.

<sup>2</sup> Arrêt « *Faurecia III* » : Cass. com., 29 juin 2010 *préc.*

<sup>3</sup> Conséquence de l'assimilation de la faute lourde au dol, l'application de l'article 1150 du Code civil impose la réparation des dommages autres que ceux prévus ou prévisibles en cas de faute lourde du débiteur.

<sup>4</sup> La clause pénale d'un montant inférieur à la valeur du préjudice a été considérée par la jurisprudence et la doctrine comme une restriction conventionnelle de réparation et a donc été soumise aux mêmes exceptions que celles applicables aux clauses limitatives de responsabilité ; v. H., L., J. Mazeaud et F. Chabas : *Traité*. t. III, 2<sup>e</sup> vol., 6<sup>e</sup> éd., n°2628 à 2633-3, 2642 ; Y. Chartier : *La réparation du préjudice*. Dalloz, 1996, *sp.* n°574 ; M. Fontaine : « Les clauses pénales dans les contrats internationaux », *DPCI* 1982, p. 429 ; M. Fontaine : *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses*. Paris, Forum Européen de la Communication, 1989 ; *contra* : G. Paisant : *RTD civ.* 1985, p. 657, n°23.

<sup>5</sup> Il faut d'ailleurs noter qu'une des propositions du Rapport d'information de MM. Anziani et Béteille est de modifier la sanction applicable à ces clauses, conformément aux propositions des professeurs Denis Mazeaud et Geneviève Viney, et que les auteurs « suggèrent de conférer au juge le pouvoir de réviser la clause lorsqu'elle consiste à prévoir un plafond d'indemnisation dérisoire », empruntant ainsi au régime de la clause pénale (*Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile*. par A. Anziani et L. Béteille, Session extraordinaire de 2008-2009, n°558, p. 78).

Le résultat de la stipulation d'une clause considérée, d'une certaine manière, comme déraisonnable en raison de sa contradiction avec la portée de l'obligation essentielle est particulièrement vigoureux. À vouloir trop limiter sa responsabilité, le contractant se voit priver de toute limitation, ce qui équivaut à totalement déconsidérer sa volonté de limiter les montants des dommages et intérêts éventuellement dus mais également la volonté du créancier, pourtant exprimée dans le contrat, d'accepter au moins dans le principe une telle limitation de responsabilité de la part de son cocontractant. Il semble dès lors légitime de s'interroger sur le fait de savoir s'il ne serait pas préférable et plus respectueux de la volonté des parties de prévoir non pas la totale mise à l'écart de la limitation de responsabilité mais sa fixation à un seuil raisonnable, considéré comme ne contredisant pas la portée de l'obligation essentielle contractée. Cela reviendrait certes à attribuer au juge le pouvoir de s'immiscer dans la relation contractuelle des parties en modifiant leur stipulation contractuelle mais cela permettrait de ne pas totalement déconsidérer la volonté exprimée par les parties, d'autant que cette immixtion du juge a déjà été consacrée au sujet des clauses pénales dérisoires ou excessives. Il n'est par ailleurs pas à exclure que le pouvoir du juge de procéder ainsi ne lui soit directement conféré par les parties qui pourraient expressément prévoir l'augmentation de la limite à des montants de réparation limités mais néanmoins acceptables.

Compte tenu de ce risque d'inapplication de la clause limitative de responsabilité prévue par les parties, celles-ci pourraient être incitées à élaborer des clauses limitatives de responsabilité prévoyant divers paliers. Une telle responsabilité par paliers permettrait au juge de s'appuyer sur les prévisions des parties s'il estime que le premier pallier contredit la portée de l'obligation essentielle. Une telle stipulation particulière des parties serait en conséquence de nature à remédier à l'incertitude nourrie par les parties concernant la validité de leur limitation de responsabilité et de ne pas imposer au débiteur trop frileux d'engager sa responsabilité sans limitation aucune en cas d'inapplicabilité de la clause limitant sa responsabilité de manière démesurée.

75. ***Incertitude juridique et dissuasion.*** Dépendant de l'aversion de chacun des contractants à l'égard du risque, il est possible que l'incertitude supplémentaire effraie le débiteur défaillant. En effet, est-ce que le débiteur à qui il est reproché l'inexécution d'une obligation essentielle du contrat ou une faute lourde prendrait le risque de jouer l'incertitude devant les tribunaux<sup>1</sup> et de faire les frais de la « valse-hésitation »<sup>2</sup> dont on a pu qualifier les fluctuations du régime ? Estimerait-il au contraire plus prudent d'avoir recours à une solution négociée, du moins si le créancier l'accepte et renonce lui aussi à contribuer à l'élaboration de la jurisprudence ? Par ricochet, la tendance favorable à la mise à l'écart de ces clauses par les juges pourrait inciter le créancier à tenter sa chance et à prendre la vague de l'obligation essentielle, en espérant qu'elle

---

<sup>1</sup> Le professeur Philippe Delebecque estime que « la faute lourde est un concept relativement souple pour autoriser des déviations et conduire à ce que veulent les juges : l'équité » (« Les clauses de responsabilité », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Colloque de l'institut des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM 1990, p. 184) ; v. à ce sujet : Cass. com., 7 juin 1952 ; *D.* 1952, p. 651 : « Les juges du fond qualifient le plus souvent la faute en fonction des stipulations du contrat » ; v. ég. Th. Genicon : « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008, p. 983, *sp.* p. 1003 qui fait référence à une « déformation opportuniste de la notion ». La notion d'obligation essentielle, malgré une tentative de systématisation distinguant les obligations subjectivement essentielles des obligations objectivement essentielles (C. Grimaldi : « Les clauses portant sur une obligation essentielle », *RDC* 2008, p.1095) semble encore insaisissable, ou du moins susceptible de divergences d'appréciation.

<sup>2</sup> Th. Genicon : « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008, p. 983, *sp.* p. 986, également utilisée par le professeur Dimitri Houtcieff : « Le régime des clauses limitatives de responsabilité est-il satisfaisant ? », *RDC* 2008, p. 1020, *sp.* p. 1026.

le guide jusqu'à la réparation intégrale de son préjudice plutôt que d'accepter une transaction peut-être bien inférieure à celui-ci. La notion d'obligation essentielle, « vaporeuse et incertaine », « trop souvent opportunément découverte par le juge désireux de protéger une partie supposée faible des effets d'une clause prétendument excessive »<sup>1</sup> entraîne une incertitude juridique évidente, dénoncée par la doctrine. « Il est parfois difficile de déterminer par avance ce qui pourrait être tenu pour essentiel pour peu qu'un juge y passe »<sup>2</sup>. On le pressent, sous le règne de l'insécurité juridique, les règles classiques d'évaluation des chances de succès devant le juge sont brouillées.

Ce désordre et cette insécurité juridique peuvent être de nature à déstabiliser les opérateurs économiques et les juristes d'entreprise, stipulant des clauses sur lesquelles ils n'ont aucune certitude de pouvoir s'appuyer le moment venu. L'incertitude cultivée pendant trop longtemps par la jurisprudence sur ce sujet nous semble propre à dissuader tant le créancier que le débiteur d'aller au devant du juge de peur de faire personnellement les frais d'une jurisprudence, au mieux, « en cours de réglage »<sup>3</sup>. La dissuasion d'agir en justice est alors accidentelle, et révèle que la volonté initiale des parties peut aboutir à des situations susceptibles de leur échapper une fois le conflit survenu.

Pour autant, ces clauses trahissent la volonté des parties de gérer le litige éventuel qui pourrait les opposer, en limitant les conséquences pécuniaires d'une action, en écartant certaines actions dont le ratio coûts-avantages espérés n'est pas suffisamment élevé pour motiver leur introduction, ou en écartant la réparation intégrale du préjudice en cas de faute lourde ou de dol. Malgré l'incertitude jurisprudentielle dont elles sont flanquées, leur popularité auprès des contractants démontre l'utilité de ces clauses dans la gestion des différends éventuels, influant sur les montants de la réparation, mais également sur les comportements des acteurs du conflit. Or influencer sur les comportements ou enraciner des croyances erronées dans l'esprit de son adversaire sont également des moyens d'orienter le conflit éventuel dans la direction la plus favorable, ou plus radicalement encore d'empêcher sa survenance ou sa manifestation. Cette tactique a été parfaitement comprise par de nombreux opérateurs économiques qui, dans leurs relations avec les consommateurs, n'hésitent pas à imposer leur volonté par des clauses propres à dissuader les réclamations des consommateurs, qu'elles soient d'ailleurs amiables ou judiciaires.

## §2 La dissuasion indirecte résultant des clauses abusives

76. ***L'ascendant du professionnel sur le consommateur.*** Comme il l'est régulièrement dénoncé<sup>4</sup>, les professionnels n'hésitent pas à insérer dans les contrats d'adhésion qu'ils imposent aux particuliers<sup>5</sup> un grand nombre de clauses « ayant pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre

---

<sup>1</sup> D. Houtcieff : « L'essentiel est dans la contradiction ! », *JCP* 2010, 787.

<sup>2</sup> D. Houtcieff : « L'essentiel est dans la contradiction ! », *JCP* 2010, 787.

<sup>3</sup> Th. Genicon : « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008, p. 983, *sp.* p. 986.

<sup>4</sup> *V. not.* N. Molféssis : « Remarques sur l'efficacité des décisions de justice (à propos de l'arrêt *Chronopost*) », *RTD civ.* 1998, p. 213.

<sup>5</sup> Pour le professeur Frédéric Rouvière, les clauses abusives représenteraient un cas topique d'un abus de pouvoir (« La remise en cause du contrat par le juge », *in* G. Lardeux (dir.) : *L'efficacité du contrat*. Dalloz, 2011, p. 41, *sp.* p. 53).

les droits et obligations des parties au contrat »<sup>1</sup>. Ce faisant, les professionnels s'octroient un ascendant fort sur la relation contractuelle qui leur permet souvent de dissuader les consommateurs d'agir en justice pour faire valoir leurs droits, ou qui diffuse dans leur esprit la croyance erronée qu'ils ne disposent pas du droit qu'ils pourraient faire valoir. N'est-ce pas là une méthode peu recommandable de tuer dans l'œuf d'éventuels conflits ? Cette dissuasion illégitime est d'autant plus marquante qu'elle procède de la volonté d'un seul. Le plus souvent en effet, les contrats contenant les clauses abusives dont il sera question ne sont pas négociés, ni surtout négociables. Face aux contrats d'adhésion imposés par les opérateurs économiques, le consommateur se révèle souvent contraint de les accepter en l'état, sans réellement d'ailleurs prêter attention à leur contenu. Confronté aux clauses abusives lorsqu'une problématique justifiera un examen du contrat, ne connaissant pas leur vraie nature, il ne contestera pas leur application. De cette manière, le conflit qui aurait pu s'élever au sujet du contrat sera en définitive abandonné par le consommateur de la même manière qu'il l'est s'agissant de petits préjudices insignifiants pris individuellement mais qui, par leur accumulation, constituent pour le professionnel un montant considérable. Or dans ces hypothèses, « le professionnel indélicat table sur ce découragement (*du consommateur*) pour s'affranchir sciemment de la loi »<sup>2</sup>. Cet effet néfaste des clauses abusives est bien connu. Il n'est pas anodin que le législateur, tant européen que national, cherche à les éradiquer, sans beaucoup de succès cependant.

77. ***Des clauses nécessairement qualifiées d'abusives.*** La définition donnée des clauses abusives par l'article L. 132-1 du Code de la consommation est assez large et nombres de clauses sont susceptible d'être, selon les circonstances, considérées comme abusives. Certaines clauses particulières sont cependant clairement identifiées comme étant abusives. Au-delà des clauses dont le caractère abusif n'est pas patent et n'est susceptible de ressortir qu'à l'issue d'un examen attentif du juge<sup>3</sup>, certaines clauses noires ont été stigmatisées par le décret n°2009-302 du 18 mars 2009 comme nécessairement abusives, ou, pour les clauses grises, comme présumées de manière simple comme abusives. Il appartient désormais au professionnel auquel il est reproché la présence d'une clause abusive dans ses contrats de rapporter la preuve de son caractère non abusif. Les clauses noires concernent notamment les stipulations excluant ou limitant la responsabilité du professionnel pour les dommages qu'il pourrait causer au consommateur, ou encore celles par lesquelles il s'arroge la faculté de modifier de manière unilatérale les composantes de l'équilibre contractuel, touchant à la durée, aux caractéristiques ou au prix des biens ou services concernés. Les clauses ainsi pointées du doigt ne suscitent aucune controverse, et sont, pour celles considérées comme « noires », nécessairement abusives. Le droit des clauses abusives a de ce fait gagné en prévisibilité, et il n'y a qu'un pas pour qualifier un professionnel qui insère ces clauses noires dans ses contrats de déloyal.

Pour autant, même ces clauses noires formellement interdites sont légion dans les contrats conclus par des consommateurs car ce faisant, le professionnel écarte certaines réclamations, amiables ou judiciaires, de ses clients. Profitant de leur position de faiblesse et de leur méconnaissance de l'illicéité de ces clauses, il opère ainsi une dissuasion illégitime sur les consommateurs (A). La liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté sont des principes essentiels du droit des contrats, mais le droit de la consommation est un domaine dans lequel l'expression de la volonté du seul professionnel ne doit pas entraîner de déséquilibre au

---

<sup>1</sup> Article L. 132-1 du Code de la consommation.

<sup>2</sup> H. Temple : « *Class action* » et économie de marché », *JCP* 2005, Act. 284.

<sup>3</sup> V. sur les critères N. Sauphanor-Brouillaud : « *Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus* », *CCC* 2008, n°6, ét. 7.

détriment du consommateur. C'est pourquoi face au constat de l'ineffectivité des moyens de lutte contre ces pratiques (B), il conviendra de s'interroger sur les solutions envisageables pour décourager les professionnels d'insérer de telles clauses réalisant une dissuasion illégitime d'agir en justice (C).

#### A. La dissuasion illégitime résultant de l'insertion de clauses abusives

78. ***L'insertion de clauses abusives, une faute lucrative.*** La propension des professionnels à insérer ces clauses dans les contrats proposés aux consommateurs s'explique par le gain qu'ils en retirent puisqu'ils n'ont en pratique rien à craindre et tout à y gagner. Les entreprises font ainsi preuve d'« opportunisme par abus d'asymétrie d'information »<sup>1</sup>, comportement que l'on peut considérer comme une véritable faute lucrative<sup>2</sup>. Or lorsque la faculté de commettre une faute lucrative est offerte à un opérateur économique, « non seulement l'entreprise peut mais elle doit, par rationalité économique, enfreindre la loi »<sup>3</sup>. Les professionnels ont en effet tout intérêt à imposer ces clauses puisqu'elles dissuadent à vil prix une part que l'on soupçonne énorme d'un contentieux aujourd'hui très peu fourni. Si les consommateurs sont libres de saisir la justice pour faire trancher les différends les opposant aux professionnels, cette liberté a été qualifiée de « toute formelle, dont l'exercice est entravé par le poids des réalités »<sup>4</sup>, et ce en raison d'une conjonction de facteurs. D'une part, les litiges de consommation sont généralement d'un montant faible et, à l'exception des plus procéduriers, les consommateurs ne souhaitent pas s'investir dans un conflit dont le gain potentiel qu'ils pourraient retirer est réduit. D'autre part, les raisons psychologiques ne doivent pas non plus être négligées<sup>5</sup>, pas plus que le temps et la technicité impliqués par toute démarche judiciaire. On soupçonne que cette tendance au laisser couler du consommateur est accentuée dans une proportion non négligeable par l'ignorance de ses droits<sup>6</sup> et la conviction que les stipulations du contrat doivent être respectées. En insérant ces clauses, il arrive que le professionnel cherche à s'attribuer un avantage qu'il croit, parfois en toute bonne foi, non abusif. Dans d'autres cas cependant, on ne peut exclure son intention délibérée d'induire le consommateur en erreur sur l'étendue de ses droits<sup>7</sup> par ces « leurre contractuels, propres tout de même à dissuader des profanes inexpérimentés ou pusillanimes d'agir en justice »<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> E. Mackaay et S. Rousseau : *Analyse économique du droit*. 2<sup>e</sup> éd., Dalloz- Les éditions Thémis, 2008, *sp.* n°1559.

<sup>2</sup> En ce sens, M. R. Méza dans sa thèse note que « l'insertion d'une clause abusive dans un contrat de consommation par un professionnel doit s'analyser comme une faute lucrative » (*Les fautes lucratives en droit privé*. Thèse ULCO, D. Fasquelle (dir.), 2006, *sp.* p. 516.

<sup>3</sup> M.-A. Frison-Roche : « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA* 1994, p. 483, *sp.* p. 485.

<sup>4</sup> J. Calais-Auloy et F. Steinmetz : *Droit de la consommation*. Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2006, *sp.* n° 489, p. 517.

<sup>5</sup> E. Jeuland : « Résolution des litiges », in D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.) : *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?* *Economica*, 2002, p. 141, *sp.* p. 143.

<sup>6</sup> L'ignorance de ses droits par le consommateur est notamment mise en lumière dans la directive européenne du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales. Est en effet stigmatisé comme une pratique commerciale déloyale le fait pour le professionnel « de présenter les droits conférés au consommateur par la loi comme constituant une caractéristique propre à la proposition faite par le professionnel » (article L. 121-1-1 10°). Il a ainsi été noté que « c'est bien dire finalement qu'aux yeux de la loi, un « consommateur normalement informé et raisonnablement avisé et attentif » est un individu que l'on doit « légalement » réputer ignorant de ses propres droits » (C. Pérès : « Les pratiques commerciales trompeuses sur les sources du droit des contrats », *RDC* 2008, n°4, p. 1083).

<sup>7</sup> En ce sens, V. Avena-Robardet, note sous CA Versailles, 4 févr. 2004, *D.* 2004, p. 635 : « Ce sont en définitive huit clauses qui se trouvent censurées. Un nombre qui finit par nous faire douter de la volonté des

Il convient au surplus de noter que l'insertion systématique des clauses abusives dans les contrats ne fait que cultiver l'ignorance du consommateur. Leur prolifération les rend aux yeux du profane encore plus insoupçonnables. Ainsi, en incluant de manière systématique des clauses abusives dans leurs contrats, les professionnels s'assurent d'écarter une part des conflits éventuels, et à plus forte raison des litiges, en faisant croire de manière plus ou moins active au consommateur que la situation de déséquilibre dont il pâtit n'est pas susceptible d'être critiquable en justice. Le « leurre » ainsi opéré à la seule lecture du contrat est par ailleurs dans de nombreux cas appuyé par le service client de l'entreprise lors d'une tentative de recours amiable du consommateur.

79. **Les données du calcul effectué par le professionnel.** J. Rivero a mis en lumière la double pesée effectuée par l'agent qui contemple l'illicite : la pesée des chances d'impunité et celle mettant en balance le bénéfice attendu de l'acte illicite avec la sanction qui pourrait en découler<sup>2</sup>. S'adonnant à la première pesée évaluant ses chances d'impunité, le professionnel en conclut qu'il ne court pas grand risque de se faire prendre. L'intérêt pour les professionnels d'insérer ces clauses dont ils connaissent pourtant pertinemment le caractère abusif réside ainsi dans la dissuasion qu'ils opèrent dans l'esprit du consommateur comme l'a d'ailleurs relevé la Commission des clauses abusives : « la Commission a constaté que les contrats recelaient fréquemment de nombreuses clauses illicites, dont le maintien atteste d'une volonté de dissuader le consommateur de faire valoir ses droits »<sup>3</sup>. Cet intérêt, comme c'est le cas pour toutes les fautes lucratives, n'est pas compensé par la sanction applicable en cas d'action en justice. Le professionnel n'a en effet rien à perdre à insérer ces clauses, puisque dans les litiges « individuels » avec les consommateurs, ces clauses seront simplement réputées non écrites et donc inapplicables à la cause<sup>4</sup>. « Une deuxième pesée intervient : dans l'un des plateaux, le bénéfice escompté de l'illégalité, dans l'autre, la sanction : si la sanction paraît légère, tant pis pour la règle ! »<sup>5</sup>. La réparation du préjudice éventuellement causé par ces clauses apparaît par ailleurs quelque peu illusoire, puisque le consommateur a alors la charge de rapporter

---

opérateurs d'éradiquer toutes clauses suspectes de leurs contrats et de se conformer à la réglementation en vigueur. D'autant que l'opérateur en cause dans cette affaire n'en est pas à sa première condamnation ».

<sup>1</sup> Le professeur Denis Mazeaud a ainsi qualifié les clauses relatives à la durée de la prescription (« Ordre public et aménagement de la prescription », in *Les désordres de la prescription*. Colloque, Publications de l'Université de Rouen, 2000, p. 85, *sp.* p. 94).

<sup>2</sup> J. Rivero : « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Études juridiques offertes à L. Julliot de La Morandière*. Dalloz, 1964, p. 457, *sp.* p. 458 et 459.

<sup>3</sup> J.-P. Bouscharain : « Le bilan de 22 ans de lutte contre les clauses abusives », *Revue de la concurrence et de la consommation*, éd. du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, n°125, janvier/février 2002, p. 18, disponible :

[http://www.minefe.gouv.fr/fonds\\_documentaire/dgccrf/02\\_actuelite/ateliers\\_conso/atelier20b.htm](http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actuelite/ateliers_conso/atelier20b.htm); l'auteur remarque aussi que les interdictions alors en vigueur « n'ont eu aucun effet pédagogique sur les professionnels ».

<sup>4</sup> Le réputé non écrit semble en effet constituer la seule sanction admise par les juridictions européennes : le juge ne peut choisir de se contenter de réviser ou moduler les obligations contenues par les clauses abusives car les sanctions, déjà trop faibles, en seraient affaiblies d'autant : « s'il était loisible au juge national de réviser le contenu des clauses abusives figurant dans de tels contrats, une telle faculté serait susceptible de porter atteinte à la réalisation de l'objectif à long terme visé à l'article 7 de la directive, dès lors qu'elle affaiblirait l'effet dissuasif exercé sur les professionnels par la pure et simple non-application à l'égard du consommateur de telles clauses abusives » v. CJUE, 30 mai 2013, affaire C-488/11, *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito c/ Jahani BV*.

<sup>5</sup> J. Rivero : « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Études juridiques offertes à L. Julliot de La Morandière*. Dalloz, 1964, p. 459.



l'existence et la consistance d'un préjudice réparable, démarche dont on peut gager qu'elle sera très rarement engagée.

Le consommateur n'étant pas au fait du caractère abusif de la clause aura donc tendance à ne pas la contester. L'insertion systématique de ces stipulations constitue ainsi un des obstacles majeurs à la protection effective des droits du consommateur, et dissuade de ce fait un pan immense du contentieux qui pourrait éclore en l'absence de telles stipulations. La dissuasion ainsi volontairement opérée est d'autant plus choquante que de telles clauses, du moins pour celles qui sont manifestement abusives et classées comme des clauses noires, sont reconnues comme n'ayant aucun fondement licite et ne suscitent aucune controverse quant à leur nécessaire éradication des contrats de consommation.

Les clauses résolutoires dans le domaine du prêt à la consommation offrent un bon exemple du mécanisme employé. En dépit de la jurisprudence constante de la Cour de cassation selon laquelle toute clause résolutoire est « illicite en ce qu'elle impose une sanction financière de l'emprunteur qui ne se justifie, au regard de l'article L. 311-30 du Code de la consommation, qu'en cas de défaillance de sa part »<sup>1</sup>, ces clauses résolutoires illicites se retrouvent dans de très nombreuses offres de prêt à la consommation. Or ces clauses sont insérées non pour éventuellement être invoquées par l'établissement de crédit, mais pour obtenir de l'emprunteur des avantages autres. Ces stipulations « servent de moyen de contrainte à l'égard des consommateurs, l'emprunteur étant fortement incité à régler régulièrement ses remboursements, s'il croit que le prêteur fait preuve de clémence en ne prononçant pas la déchéance du terme pour un autre motif et que le prêteur a le pouvoir de la prononcer à tout moment. Et elles permettent aux prêteurs d'obtenir de leurs clients différents avantages annexes au contrat de crédit (...) »<sup>2</sup>. En ce sens, ces clauses peuvent constituer un moyen de pression privé tel que défini par Ph. Gerbay<sup>3</sup>, moyen illégitime visant à obtenir le respect de stipulations contractuelles abusives.

Le bilan de l'insertion de ces clauses était ainsi nécessairement positif pour le professionnel avant la réforme du droit de la consommation. La lutte contre ces clauses et les pratiques tendant à les généraliser en toute impunité ou presque s'est grandement intensifiée au fil des diverses lois qui ont enrichi la matière depuis 1978 et particulièrement avec la réforme du droit de la consommation opérée par la loi du 17 mars 2014. Cette loi nouvelle renforce considérablement et sur plusieurs fronts le dispositif de lutte contre les clauses abusives. Les consommateurs seuls ne faisant preuve que d'un intérêt limité pour l'éradication des clauses abusives, la mission de faire respecter le droit de la consommation a été confiée à un nombre croissant d'acteurs afin de tenter de combattre la dissuasion illégitime du conflit.

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2005, n°01-16733 ; *Bull. civ.* I, n°60, p. 51 ; *D.* 2005, AJ p. 640, obs. V. Avena-Robardet ; *CCC* 2005, comm. 99, G. Raymond.

<sup>2</sup> G. Poissonnier : « Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit à la consommation », *D.* 2006, p. 370.

<sup>3</sup> Le but de ces clauses est en effet de faire pression sur la volonté du débiteur, sans pour autant qu'il puisse être mis à la charge du consommateur une quelconque négligence, imprudence ou mauvaise foi. Ensuite, les clauses abusives visent à créer la gêne ou la crainte chez le débiteur de l'obligation stipulée. Enfin, non seulement ce moyen de pression peut être mis en œuvre sans l'intervention de la force publique, mais surtout il ne saurait être mis en œuvre avec son concours. C'est donc en cela que les clauses abusives dans les contrats nous semblent constituer un moyen de pression privé illégitime ; sur la définition du moyen de pression privé, v. Ph. Gerbay : *Moyens de pression privés et exécution du contrat*. Thèse Dijon, C. Ponsard (dir.), 1976, *sp.* n°39, p.30.

## B. Les moyens nouveaux de l'efficacité de la lutte contre la dissuasion

80. **Des outils de prévention.** En premier lieu, des possibilités d'action ont été ouvertes aux associations de consommateurs pour permettre de lutter plus activement contre l'insertion de ces clauses dans les contrats proposés aux parties faibles par les professionnels. L'ancien article L. 421-6 du Code de la consommation disposait que les associations pouvaient solliciter en justice la suppression de clauses abusives dans tout type de contrat « proposé ou destiné au consommateur ». La jurisprudence communautaire avait affirmé « la nature préventive et l'objectif dissuasif » de cette action<sup>1</sup>, qui pouvait être ouverte sans attendre que les clauses en cause « soient concrètement utilisées dans des contrats individuels ». Cette nature préventive justifiait qu'il suffise aux professionnels rédacteurs des contrats contenant une telle clause illicite ou abusive de modifier les contrats types proposés ou destinés aux consommateurs à la date de la décision statuant sur la demande de l'association pour que l'action de cette dernière, initialement recevable, devienne sans objet<sup>2</sup>. Cependant, même si l'objectif de suppression de la clause illicite ou abusive était atteint, les contrats d'ores et déjà conclus antérieurement à la suppression de ces clauses n'étaient, jusqu'à récemment, pas affectés par ce retour à la légalité en l'état actuel du droit français<sup>3</sup>. Or « tant qu'une clause "réputée non écrite" n'est pas effacée du document qui décrit les obligations réciproques des parties, elle continue le plus souvent à être respectée par ceux qui ignorent qu'elle est sans valeur, ce qui est le cas de la plupart des contractants, surtout des non-professionnels »<sup>4</sup>. L'aspect essentiellement préventif de cette mesure demeurerait ainsi insuffisant pour participer activement à la lutte contre les clauses abusives puisque l'éradication des stipulations stigmatisées dans d'autres contrats n'était pas systématique. Certes, le cumul entre la demande de suppression des clauses abusives avec la demande d'octroi de dommages et intérêts pour « tout préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs »<sup>5</sup> était admis, devant permettre la poursuite de l'action pour obtenir la réparation du préjudice même si l'action en suppression devenait sans objet. « Le retrait opéré – éventuellement en cours de procédure par le professionnel - ne fait pas disparaître sa faute passée ni les préjudices occasionnés par elle, non plus que les risques pour l'avenir. Rien n'empêche donc le juge, sur le fondement de l'article L. 421-6, non pas de "faire

<sup>1</sup> CJCE, 24 janv. 2002, aff. C 372/99, *Rec. CJCE* 2002, p. 819 ; *D.* 2002, som. p. 2930, obs. J.-P. Pizzio ; *RTD com.* 2003, p. 195, obs. M. Luby ; formule reprise plus récemment par la CJUE, 26 avr. 2012, aff. C-472/10 ; *JCP* 2012, n° 28, 9 juill. 2012, 840, note G. Paisant.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2005, n°03-16935 (*UFC 38 c/ Protection One France*) ; *Bull. civ.* I, n° 59, p. 50 et n°03-13779 (*UFC 38 c/ Sté DRAC Troc de L'Ile*) ; *Bull. civ.* I, n° 61, p. 53 ; *CCC* 2005, comm. 95, G. Raymond, qui note que seule l'action en suppression de la clause est affectée par la diligence du professionnel, l'action en réparation du préjudice collectif demeurant recevable.

<sup>3</sup> La Cour de cassation avait en effet refusé un tel effet : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2005, n°03-16905 ; *Bull. civ.* I, n°62, p. 55 ; la CJUE avait cependant eu l'occasion d'affirmer que « lorsque le caractère abusif d'une clause des conditions générales des contrats a été reconnu dans le cadre d'une telle procédure, les juridictions nationales sont tenues, également dans le futur, d'en tirer d'office toutes les conséquences qui sont prévues par le droit national, afin que ladite clause ne lie pas les consommateurs ayant conclu avec le professionnel concerné un contrat auquel s'appliquent les mêmes conditions générales » (CJUE, 26 avr. 2012, aff. C-472/10, *Invitel* ; *JCP* n° 28, 9 juill. 2012, 840, note G. Paisant ; *D.* 2013, p. 945, obs. E. Poillot ; *RTD eur.* 2012, p. 666, n° 7, obs. C. Aubert de Vincelles).

<sup>4</sup> G. Viney : « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs », *JCP* 1988, I, 3355.

<sup>5</sup> *V. not.* Cass. 1<sup>er</sup> civ., 5 oct. 1999, n° 97-17559 ; *Bull. civ.* I, n° 260, p. 169 ; *D.* 1999, AJ p. 52, obs. C.R. ; *D.* 2000, p. 110, G. Paisant ; *JCP* 2000, I, 241, n°3, obs. G. Viney ; *CCC* 1999, n°182, note G. Raymond ; *PA* 24 mars 2000, note H. K. Gaba ; *v. ég.* Cass. 1<sup>er</sup> civ., 21 oct. 2003, n° 01-13239, non publiée ; *CCC* 2004, comm. n°65, G. Raymond.

cesser” (...) mais d’interdire au professionnel de recourir dans l’avenir à des clauses semblables »<sup>1</sup>.

81. ***L’extension de la sanction du réputé non-écrit.*** La récente réforme du droit de la consommation opérée par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014<sup>2</sup> a cependant fait évoluer de manière très positive la prise en compte de la problématique de l’instrumentalisation à grande échelle des clauses abusives par les professionnels. Entre autres dispositions, deux articles offrent désormais la faculté aux associations de consommateurs et aux agents de la DGCCRF de demander à la juridiction saisie à l’occasion d’un litige particulier de « déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le défendeur ou le prévenu avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés, et de lui ordonner d’en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés »<sup>3</sup>. En ce sens la décision rendue à l’occasion d’un litige isolé pourra avoir des répercussions très étendues puisque la loi nouvelle organise ainsi un effet *erga omnes* pouvant bénéficier à l’ensemble des consommateurs éventuellement concernés par cette clause jugée abusive.

Cette faculté représente une avancée considérable vers une meilleure protection des consommateurs et vers une moralisation du comportement des entreprises. Elle pourra avoir une réelle portée dissuasive puisque à l’occasion d’un seul litige de nombreux autres conflits qui auraient été potentiellement étouffés par la dissuasion engendrée par les clauses abusives pourront voir le jour. L’équation réalisée par les professionnels quant à l’intérêt de l’insertion de telles clauses susceptibles désormais d’être décelées dans l’ensemble des contrats déjà conclus ne se révélera plus aussi nette pour les entreprises. Celles-ci pourraient cependant encore pallier cet inconvénient majeur de la régulation des pratiques de consommation en évitant que de telles clauses n’arrivent à la connaissance du juge, en transigeant par exemple. La combinaison de cette disposition avec l’obligation faite au juge de relever d’office de manière adventice la nature abusive d’une clause rendra cependant une telle dissimulation particulièrement ardue.

82. ***Insuffisance de l’indemnisation.*** Il demeure que l’indemnisation du préjudice collectif se heurtait par le passé à une certaine réserve des juges<sup>4</sup>. On peut douter que la dissuasion exercée par l’action en suppression cumulée à l’allocation de dommages-intérêts soit effective. Les sommes allouées aux associations en considération de ce préjudice, dont la difficulté d’évaluation est constamment dénoncée, se révèlent généralement faibles, voire symboliques. La « sanction » pécuniaire, bien que dans de rares affaires non négligeable, demeure dans une grande majorité des cas insuffisante relativement au bénéfice estimé de l’insertion de ces clauses pour le professionnel, et donc insuffisante pour atteindre l’effet dissuasif recherché.

---

<sup>1</sup> G. Paisant : « Les limites de l’action collective en suppression de clauses abusives », note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2005, 3 espèces, n° 03-16935, n°02-20633 et n°03-13778 ; *JCP* 2005, II, 10057.

<sup>2</sup> C. Aubert de Vincelles, N. Sauphanor-Brouillaud : « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, p. 879.

<sup>3</sup> Alinéa 2 de l’article L. 421-2 et alinéa 3 de l’article L. 421-6 du Code de la consommation pour les associations de consommateurs et d’autres organismes cités dans l’alinéa 1<sup>er</sup> de l’article L. 421-6 du Code de la consommation.

<sup>4</sup> En ce sens, M. Luby, note sous CJCE, 24 janv. 2002, aff. C 372/99 ; *Rec. CJCE* 2002, p. 819, *RTD com.* 2003, p. 195 ; v. ég. C. Rondey, note à propos de 4 arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> févr. 2005, *D.* 2005, p. 487.

83. **Diffusion de la décision.** La « sanction-réputation », par la publication de la décision rendue à l'encontre du professionnel dont la faculté est offerte au juge par la loi à l'article L. 421-9 du Code de la consommation<sup>1</sup> présente l'avantage de diffuser de manière large l'existence des clauses abusives identifiées dans les contrats de tel professionnel. Cette mesure, dont certains auteurs appelaient de leurs vœux l'application plus fréquente<sup>2</sup>, est de nature à nuire à la réputation du professionnel et contribue dès lors à décourager l'insertion de ces stipulations. Il s'agit cependant d'une simple faculté pour le juge<sup>3</sup>, qui refuse parfois ladite publication<sup>4</sup> ou d'aller au bout de la logique qui la sous tend<sup>5</sup>.

84. **Les actions dépassant la « victime » de la clause.** L'article L. 141-1 du Code de la consommation<sup>6</sup> offre également la possibilité à la DGCCRF d'intenter une action tendant à la suppression de clauses abusives et illicites devant la juridiction civile. Quant à l'action en représentation conjointe, instituée par la loi Neiertz du 18 janvier 1992 permettant à une association de consommateurs d'exercer une action contre un professionnel ayant causé un dommage d'une même origine à plusieurs consommateurs dès lors que deux d'entre eux au moins lui en donnent mandat écrit, elle n'avait donné lieu en 2008 qu'à 5 actions en 16 ans d'existence. On peut ainsi considérer qu'elle s'est révélée une « action mort-née » plutôt qu'une véritable class action française<sup>7</sup>. L'introduction en droit français d'une véritable action de groupe opérée par la réforme du droit de la consommation du 17 mars 2014 est cependant de nature à susciter l'espoir<sup>8</sup>, d'autant que le recours à cette action est rigoureusement préservé par l'article 423-25 du Code de la consommation qui sanctionne « les clauses ayant pour objet ou effet d'interdire à un consommateur de participer à une action de groupe ». Une telle disposition emporte des interrogations quant aux clauses relatives aux litiges susceptibles de subir la sanction du réputé non écrit prévue par la clause. Si les clauses de médiation préalable ne semblent pas devoir craindre pour leur applicabilité dans la mesure où l'empêchement de participer à une action de groupe n'est alors que temporaire, la question se pose avec une bien plus grande acuité concernant les clauses attributives de compétence exclusive<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> Cet article dispose en son alinéa premier : « La juridiction saisie peut ordonner la diffusion, par tous moyens appropriés, de l'information au public du jugement rendu. Lorsqu'elle ordonne l'affichage de l'information en application du présent alinéa, il est procédé à celui-ci dans les conditions et sous les peines prévues par l'article 131-35 du Code pénal ».

<sup>2</sup> V. not. J. Calais-Auloy : « Faut-il améliorer le système français de lutte contre les clauses abusives ? » disponible : [http://www.minefe.gouv.fr/fonds\\_documentaire/dgccrf/02\\_actuelite/ateliers\\_conso/atelier20h.htm](http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actuelite/ateliers_conso/atelier20h.htm).

<sup>3</sup> Le juge qui refuse de faire droit à cette demande doit cependant motiver sa décision (Cass. 1<sup>er</sup> civ. 5 oct. 1999 *préc.*). Il semble qu'il puisse par ailleurs ordonner la publication d'office (en ce sens, v. D. 2000, p. 110, obs. G. Paisant).

<sup>4</sup> Pour un exemple, v. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 21 oct. 2003, n<sup>o</sup> 01-13239, non publiée ; CCC 2004, comm. n<sup>o</sup>65, G. Raymond.

<sup>5</sup> Sur la réformation d'un jugement qui avait ordonné à un opérateur téléphonique d'envoyer un SMS à ses abonnés pour les informer de la suppression de nombreuses clauses abusives de leurs contrats v. CA Versailles, 4 févr. 2004 ; D. 2004, p. 635, note V. Avena-Robardet.

<sup>6</sup> L'article L. 141-1 VI dispose : « L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut également demander à la juridiction civile ou, s'il y a lieu, à la juridiction administrative d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ».

<sup>7</sup> L. Boré : « L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », D. 1995, p. 267.

<sup>8</sup> V. Rebeyrol : « La nouvelle action de groupe », D. 2014, p. 940 ; N. Molfessis : « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », D. 2014, p. 947.

<sup>9</sup> V. not. sur la question Th. Clay et D. Mainguy : « Arbitrage et action de groupe », JCP 2015, n<sup>o</sup> 573. La clause d'arbitrage est, en tout état de cause, inapplicable aux relations de consommation en matière interne en vertu de l'article 2061 du Code civil. La clause attributive de compétence territoriale, déjà également soupçonnée

85. **Relevé d'office par le juge.** La loi « pour le développement de la concurrence au service des consommateurs » du 3 janvier 2008<sup>1</sup>, enterrant définitivement une jurisprudence malheureuse de la Cour de cassation<sup>2</sup>, avait considérablement renforcé la protection effective accordée à la partie faible qui est, par principe, moins au fait de ses droits que ne l'est le professionnel. L'article L. 141-4 du Code de la consommation qui en est issu disposait : « Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ». Ce texte représentait déjà une avancée certaine pour la protection effective des droits des consommateurs, mais on pouvait regretter, comme certains auteurs, que la réforme n'accorde au juge qu'une faculté et ne lui impose pas de relever d'office les dispositions du Code de la consommation<sup>3</sup>. Cette simple faculté risquait en effet d'engendrer des disparités dans l'application des dispositions du code, certains consommateurs bénéficiant de l'aide du juge pour faire respecter leurs droits alors que d'autres, dépendant de la conviction du juge, n'auraient pas pu bénéficier du changement de perspective manifesté par la loi.

« Si le juge acquiert le pouvoir de se saisir d'office, ce n'est pas parce qu'il supplée la carence d'un consommateur non initié, non rompu aux affaires, c'est parce qu'il est aussi le garant du respect des lois qui ont pour but de mettre de l'ordre dans les affaires commerciales et de moraliser les relations contractuelles entre les professionnels et les consommateurs »<sup>4</sup>. Le nouvel angle d'approche est effectivement patent dans les réformes récentes du droit de la consommation, qui tendent à estomper la distinction entre ordre public de protection et de direction. Cet objectif de moralisation de l'ensemble des pratiques contractuelles, propice à un fonctionnement idéal du marché et à une saine concurrence<sup>5</sup>, n'aurait pu être atteint sans

---

par la législation relative aux clauses abusives, est également susceptible d'empêcher la participation à l'action de groupe. Ces stipulations seront selon toute probabilité susceptibles de voir leur applicabilité en cas d'action de groupe réduite à néant.

<sup>1</sup> Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, dite loi Châtel.

<sup>2</sup> Qui était par ailleurs en contradiction avec la position de la CJCE sur le sujet ; Sur l'évolution, v. G. Poissonnier : « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D.* 2008, p. 1285 ; G. Raymond : « Modifications au droit de la consommation », in *J.-Cl. Conc. Cons.* Fasc. 10 Actualité : présentation de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs ; H. Croze : « Pouvoir de relever d'office les moyens tirés du Code de la consommation », *Procédures* 2008, comm. 80 ; v. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 22 janv. 2009, n°05-20176 ; *Bull. civ.* I, n° 9 ; *CCC* 2009, comm. 88, G. Raymond ; *D.* 2009, p. 365, note V. Avena-Robardet et *AJ*, p. 908, note S. Piedelièvre ; *RTD com.* 2009, p. 421, obs. D. Legeais ; *PA* 8 avr. 2009, p. 6, note G. Poissonnier.

<sup>3</sup> G. Poissonnier : « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », *CCC* 2009, ét. 5, p.10 ; O. Gout : « L'accès au droit des consommateurs », *PA* 30 mai 2008, n°109, p. 20 ; La jurisprudence de la CJCE a par ailleurs très nettement pris position en en faveur de l'obligation de relever d'office la violation des dispositions consuméristes par les décisions *Claro* (CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05 ; *D.* 2006, *AJ* p. 2910, obs. V. Avena-Robardet et p. 3027, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2007, p. 109, note L. Idot ; *JCP* 2007, I, chron. p. 16, n° 1, Ch. Seraglini ; *JDI* 2007, p. 581, note A. Mourre), *Pannon* (CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08 ; *D.* 2009, p. 2312, note G. Poissonnier ; *JCP* 2009, p. 336, note G. Paisant) et *Asturcom* (CJCE, 6 oct. 2009, aff. C-40/08 ; *D.* 2009, p. 2312, note G. Poissonnier, p. 2548 et pan. p. 2959, Th. Clay ; *RTD civ.* 2009, p. 684, note P. Remy-Corlay ; *Gaz. Pal.* 2010, p. 12, note. G. Poissonnier et J.-Ph. Tricoit).

<sup>4</sup> G. Raymond : « Modifications au droit de la consommation », in *J.-Cl. Conc. Cons.* Fasc. 10 Actualité : présentation de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

<sup>5</sup> On peut en effet noter que les pratiques des professionnels consistant à insérer systématiquement des clauses abusives, insuffisamment réprimées, entraîne comme conséquence, certes indirecte, une distorsion de concurrence. Un opérateur économique qui diminue les réclamations de ses clients est nécessairement avantagé par rapport à un concurrent qui n'insérerait aucune clause de ce type, pourtant plus respectueux des droits des consommateurs. Ainsi la répression des clauses abusives dépasse le seul intérêt consommériste et fait sens dans le domaine voisin de la concurrence.

adopter une politique de lutte contre les clauses abusives plus rigoureuse que celle en vigueur. La réforme du droit de la consommation opérée par la loi du 17 mars 2014 a clairement adopté une telle approche globale de la finalité du droit de la consommation en imposant au juge d'écarter d'office, « après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat »<sup>1</sup>.

La question de la dissuasion opérée par l'insertion de ces clauses ne semble cependant pas complètement réglée car la multiplication des acteurs pouvant participer à la découverte de ces clauses n'apparaît pas à elle seule suffisante à endiguer la prolifération de ces clauses dans les contrats proposés aux consommateurs. La mise en place du système des listes de clauses noires ou grises semble représenter une opportunité à saisir pour asseoir la légitimité de sanctions plus adéquates, propres à contrecarrer la pratique de la dissuasion illégitime utilisée par les professionnels pour décourager les réclamations de leurs clients.

### C. Les moyens de l'efficacité

86. **Renforcer l'aspect dissuasif des sanctions.** Malgré l'extension croissante du nombre d'acteurs pouvant participer à la découverte et à la suppression de ces clauses, la protection accordée au consommateur en matière de clauses abusives se révélait, avant la réforme récente, ineffective car insuffisante à contrebalancer l'intérêt qu'ont les professionnels à l'insertion de ces stipulations dans leurs contrats types. La permanence de ces comportements incite toujours à se pencher sur la manière la plus adaptée pour définir<sup>2</sup> et sanctionner ces fautes lucratives<sup>3</sup>, de manière à modérer ces applications choquantes de l'approche économique du droit.

Un nombre limité d'options, qui pourraient dans certaines circonstances se cumuler, semble pouvoir opérer une dissuasion suffisante sur les professionnels. Le renforcement des sanctions existantes doit être envisagé (1°) avant de rechercher de nouveaux modes d'intimidation judiciairement organisés (2°) pour tenter d'empêcher la volonté du seul professionnel de dicter la conduite du consommateur en cas de différend.

1° par l'amélioration de l'efficacité des sanctions traditionnelles

87. **L'évaluation du préjudice des associations.** L'indemnisation du préjudice des associations de consommateurs est aujourd'hui insuffisante à compenser le bénéfice retiré par les professionnels de l'insertion de clauses abusives. Or l'allocation aux associations d'une

---

<sup>1</sup> Nouvel alinéa 2 de l'article L. 141-4 du Code de la consommation.

<sup>2</sup> L'introduction de la notion de faute lucrative en droit français est notamment proposée par le rapport Catala portant avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, couplée à la sanction des dommages et intérêt punitifs, puis plus récemment par le Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile, par A. Anziani et L. Bêteille, Session extraordinaire de 2008-2009, n°558.

<sup>3</sup> J. Méadel : « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *PA* 17 avr. 2007, n°77 p. 6 ; R. Mésa : *Les fautes lucratives en droit privé*. Thèse, ULCO, 2006 ; « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », *Gaz. Pal.* 21 nov. 2009, n° 325, p. 15 ; P.-D. Vignolle : « La consécration des fautes lucratives : une solution au problème d'une responsabilité civile punitive ? », *Gaz. Pal.* 14 janv. 2010, n°14, p. 7.

meilleure indemnisation du préjudice collectif semble souhaitable<sup>1</sup> pour plusieurs raisons, par ailleurs complémentaires dans le but à atteindre. D'une part, elle leur accorderait les moyens dont ces associations ne disposent pas toujours pour exercer l'action en suppression, les incitant par ricochet à multiplier ces actions. D'autre part, l'accroissement des montants des condamnations, auquel s'ajouterait la vigueur nouvelle dont pourraient faire preuve les associations pour éradiquer ces stipulations, apparaît de nature à réduire l'attrait que présente l'insertion systématique de ces clauses pour les professionnels.

Le principe étant posé, l'épineuse question de la quantification du préjudice reste entière<sup>2</sup>. Les frais relatifs à l'action engagés par l'association pour la défense de l'intérêt des consommateurs doivent logiquement être mis à la charge du professionnel qui succombe. Au-delà, les frais engagés par l'association dans le cadre de sa mission d'information et de protection des consommateurs pourraient également venir grossir le montant des sommes accordées en réparation<sup>3</sup>.

Concernant l'évaluation du préjudice collectif des consommateurs, bien que certains auteurs se prononcent en faveur de son invariable fixation à une somme symbolique<sup>4</sup>, à défaut de pouvoir attribuer en droit français des dommages intérêts punitifs, il semble pourtant que ce préjudice puisse prétendre à une certaine substance et soit susceptible de représenter autre chose qu'un « prétexte trouvé par le législateur pour fonder le droit d'agir des groupements »<sup>5</sup>. Pour son évaluation, pourraient être pris en compte notamment le nombre approximatif des contrats contenant la ou les clauses abusives, la durée pendant laquelle le type de contrat en cause a été proposé aux consommateurs, « l'importance et la portée des clauses incriminées »<sup>6</sup>, ou encore une estimation, si elle est possible, du montant du préjudice subi par les consommateurs du fait du jeu des clauses<sup>7</sup>.

Cette indemnisation du préjudice collectif des consommateurs se justifiait notamment par le fait que les contrats déjà conclus contenant des clauses abusives n'étaient pas impactés par une décision de justice, qu'elle résulte d'une action des associations de consommateurs ou d'une procédure intentée par un consommateur isolé. L'effet relatif des décisions de justice interdisait en effet que ces décisions puissent valoir pour les contrats précédemment signés par le professionnel avec d'autres consommateurs, même s'il était reconnu « qu'il existe un intérêt à ce que les clauses litigieuses figurant dans les contrats antérieurement conclus soient

---

<sup>1</sup> En ce sens *not.* J. Calais-Auloy : « Faut-il améliorer le système français de lutte contre les clauses abusives ? disponible :

[http://www.minefe.gouv.fr/fonds\\_documentaire/dgccrf/02\\_actualite/ateliers\\_conso/atelier20h.htm](http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_conso/atelier20h.htm).

<sup>2</sup> Sur cette question, v. J. Franck : « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », *Études du droit de la consommation, Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 409.

<sup>3</sup> V. en ce sens *not.* G. Raymond propose d'inclure dans le montant réparant le préjudice personnel des associations de consommateurs une part de leur frais généraux (note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 5 oct. 1999, n<sup>o</sup> 97-17559 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 260, p. 169 ; CCC 1999, n<sup>o</sup>182) ; v. *ég.* TGI Nanterre, 15 oct. 2001, CCC 2001, comm. 182, G. Raymond.

<sup>4</sup> En ce sens *not.* G. Raymond ; *J.-Cl Conc. Cons.*, fasc. 820, n<sup>o</sup>94 ; N. Leblond : *J.-Cl Conc. Cons.*, fasc. 1210, n<sup>o</sup>77.

<sup>5</sup> S. Carval : *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Préf. G. Viney, LGDJ, 1995, *sp.* n<sup>o</sup>189, p. 202.

<sup>6</sup> Proposé par le professeur Guy Raymond, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2005 *préc.*

<sup>7</sup> V. à ce sujet le jugement du TGI de Nanterre du 15 juin 2001 *préc.* au sujet du préjudice d'une publicité trompeuse qui prend en compte le nombre des abonnements conclus et les montants indûment prélevés par l'opérateur téléphonique pour déterminer le préjudice subi par l'association de consommateurs.

supprimées »<sup>1</sup>. La dissuasion opérée par ces clauses dans l'esprit des consommateurs restait ainsi, avant la récente réforme, entière, de même que le préjudice silencieux qui en résultait. Seule une initiative du professionnel était à même de faire cesser cet état de fait, en informant directement ses clients de l'existence de ces clauses dans leurs contrats et en les modifiant<sup>2</sup>.

88. **Le caractère obligatoire de la publication de la décision.** Ce préjudice pouvait cependant être atténué par une large diffusion de la décision informant les consommateurs concernés de la réelle teneur de leurs droits, par des modes de communication susceptibles de les toucher directement<sup>3</sup>. La publication, déjà évoquée, qui n'est qu'une faculté pour le juge<sup>4</sup>, gagnerait certainement à être rendue obligatoire<sup>5</sup>, puisque « ce sera bien souvent grâce à elle – si du moins elle est organisée dans de bonnes conditions – que les consommateurs non présents à l'action, mais qui ont contracté avec le même professionnel ou avec un professionnel pratiquant la même clause, pourront être informés de la nullité de cette clause, alors qu'ils l'ignorent très souvent »<sup>6</sup>. Le sort des consommateurs non présents à l'action semble désormais correctement pris en compte puisque la réforme du droit de la consommation a prévu la faculté pour le juge d'ordonner l'information par le professionnel de tous les consommateurs potentiellement impactés par la clause déclarée abusive. Elle semble ainsi constituer une mesure de réparation en nature appropriée mais pourrait également être considérée comme une sanction particulière de la grande négligence du professionnel qui continue d'insérer des clauses noires dans les modèles de contrats proposés aux consommateurs. Au-delà de l'information des consommateurs concernés, la publication de la décision opère par ailleurs deux dissuasions complémentaires : la prévention de la récidive pour le fautif, mais également la prévention de ces mêmes comportements fautifs chez d'autres professionnels non visés par la décision diffusée<sup>7</sup>. « Cette mesure peut donc avoir un effet non négligeable en faveur de l'assainissement des pratiques contractuelles »<sup>8</sup>.

L'amélioration des sanctions existantes a déjà en partie été réalisée par la loi dite Hamon. Ces améliorations n'interdisent cependant pas de rechercher de nouvelles sanctions plus efficaces dans la lutte contre la dissuasion illégitime.

---

<sup>1</sup> TGI Paris, 21 févr. 2006, RG n°04/02910, cité par le professeur Natacha Sauphanor-Brouillaud : « Les remèdes en droit de la consommation : clauses noires, clauses grises, clauses blanches, clauses proscrites par la jurisprudence et la commission des clauses abusives », *RDC* 2009, p. 1629.

<sup>2</sup> V. l'exemple donné par le professeur Natacha Sauphanor Brouillaud : « Les remèdes en droit de la consommation : clauses noires, clauses grises, clauses blanches, clauses proscrites par la jurisprudence et la commission des clauses abusives », *RDC* 2009, p. 1629.

<sup>3</sup> V. *not.* la publication sur le site internet du fournisseur d'accès ; CA Versailles, 14<sup>e</sup> ch., 14 mars 2001.

<sup>4</sup> La réforme du droit de la consommation en date du 17 mars 2014 n'a pas modifié ce point.

<sup>5</sup> En faveur d'une diffusion systématique de la décision, v. *not.* J. Franck : « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », *Études du droit de la consommation, Liber amicorum J. Calais-Auloy*. Dalloz, 2004, p. 409.

<sup>6</sup> G. Viney : « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relatives aux actions en justice des associations agréées de consommateurs », *JCP* 1988, I, 3355.

<sup>7</sup> S. Carval : *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Préf. G. Viney, LGDJ, 1995, *sp.* n°240, p. 266, qui parle respectivement de « dissuasion spéciale » et de « dissuasion générale ».

<sup>8</sup> G. Viney : « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relatives aux actions en justice des associations agréées de consommateurs », *JCP* 1988, I, 3355.



## 2° par la recherche de nouvelles sanctions

89. **Sanctions civiles et sanction pénale.** De nouvelles pistes s'écartant des modes de sanction traditionnels ont été proposées pour renforcer l'effectivité des actions civiles (a). Il conviendra également, remontant le courant actuel de dépenalisation, de s'interroger sur l'opportunité et la possibilité du recours à une sanction pénale, ultime outil dissuasif (b) pour contraindre la volonté des professionnels.

a) Le recours à des sanctions civiles plus efficaces

90. **Le renforcement des sanctions civiles.** Partant du constat que les solutions actuelles sont en partie insatisfaisantes en terme de protection accordée aux consommateurs, et en l'absence de réelle dissuasion infléchissant les comportements des professionnels, il apparaît nécessaire de renforcer les sanctions de ces comportements, en permettant la suppression de ces clauses dans les contrats en cours (1), ou en appuyant sur la dimension punitive de la réparation du préjudice collectif des consommateurs (2).

1) Vers une possible suppression des clauses abusives dans les contrats en cours

91. **Une autre voie de sanction de l'illicéité.** Les mécanismes désormais en vigueur écartent l'application de ces clauses pour l'avenir, mais le sort des consommateurs parties à des contrats déjà conclus reste incertain dans la mesure où l'extension du bénéfice de la déclaration du caractère abusif d'une clause ainsi que l'information des autres contractants ne semble être qu'une faculté pour le juge, ce qui ne permet pas d'exclure complètement toute dissuasion illégitime. La question est de savoir si la dissuasion opérée par une clause abusive dans un contrat déjà conclu avec un consommateur pourrait être considérée comme un agissement illicite de la part du professionnel. Les conséquences d'une telle qualification seraient lourdes pour le professionnel, car il pourrait alors être contraint de supprimer les clauses abusives ou illicites de ses contrats déjà conclus avec les consommateurs au jour du jugement.

La réponse à cette question en appelle à la notion d'illicite, longtemps restée incertaine. En effet, qu'est ce qu'une clause illicite ? Est-ce une clause interdite par un texte ? Est-ce une clause déclarée comme telle par une juridiction pénale ? Au premier abord, la distinction opérée dans certains textes du Code de la consommation qui visent les clauses abusives et les clauses illicites n'incite pas à reconnaître leur possible parenté. Mais cet obstacle n'emporte pas la conviction<sup>1</sup>. Une précision jurisprudentielle apportée au sujet de la notion de clause illicite autorise à considérer certaines clauses abusives comme appartenant à la catégorie mère des stipulations illicites.

Dans une décision du 25 mars 2010, la première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi estimé que « l'agissement illicite, au sens des articles L. 421-2 et L. 421-6 du Code de la consommation, n'est pas nécessairement constitutif d'une infraction pénale »<sup>2</sup>. Serait-ce aller trop loin, avec pour ligne de fuite une protection efficiente des droits des consommateurs, que

<sup>1</sup> En ce sens G. Viney : « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relatives aux actions en justice des associations agréées de consommateurs », *JCP* 1988, I, 3355.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 25 mars 2010, n<sup>o</sup>09-12678 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 76 ; *D.* 2010, act. 886, obs. X. Delpech et jur. 1842, note N. Dupont ; *RTD com.* 2010, p. 599, obs. B. Bouloc.

de penser qu'une clause présumée abusive de manière irréfragable, désignée comme telle par un texte, pourrait donner lieu à l'application des articles L. 421-2 et L. 421-7, permettant ainsi la possible suppression de ces clauses dans les contrats en cours ? En dépit du silence de la jurisprudence sur ce point, nous ne le pensons pas. Permettre la suppression de ces clauses dans les contrats en cours serait certes une mesure dont la mise en œuvre risquerait de se révéler ardue. Une telle mesure présenterait néanmoins l'avantage de ne plus tolérer que la volonté d'un seul puisse écarter du contentieux de nombreux petits litiges qui, mis bout à bout, entraînent un préjudice certain pour la communauté des consommateurs. Une meilleure réparation du préjudice collectif, lorsque la nature abusive d'une stipulation n'est pas contestable, serait de nature à infléchir les comportements des professionnels en amoindrissant les bénéfices escomptés de la dissuasion illégitime.

2) Vers la reconnaissance d'une dimension punitive de la réparation du préjudice collectif

92. **La nécessité d'une dissuasion économiquement efficiente.** « Seule (...) une sanction économique significative est en mesure de dissuader les professionnels de continuer de faire figurer ces clauses, dont ils connaissent parfaitement le caractère abusif, dans leurs modèles de contrats. Une telle sanction est une condition essentielle de l'effectivité de la lutte contre ces clauses "proposées" aux consommateurs »<sup>1</sup>. Malgré l'opposition de certains auteurs<sup>2</sup>, l'attribution de dommages-intérêts punitifs, révélateurs de la dimension de peine privée de la responsabilité civile propre à effectuer le « perfectionnement de la fonction normative de la responsabilité » selon Mme Carval<sup>3</sup>, est une piste sérieusement prise en compte pour améliorer la sanction des fautes lucratives<sup>4</sup>. Cette mesure est ainsi mise en avant par de nombreux auteurs comme une solution possible au problème de l'absence de sanction dissuasive<sup>5</sup> en cas de non-respect de la législation sur les clauses abusives. Il a même été avancé que « les dommages-intérêts dont (une association) demande l'octroi constituent toujours des dommages-intérêts punitifs, bien que la jurisprudence ne le proclame jamais expressément »<sup>6</sup>. Pratiquée à couvert par les juges du fond et non systématiquement censurée par une juridiction suprême qui parfois détourne son regard, la peine privée « pour être certaine, n'en reste pas moins clandestine »<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> G. Paisant : « Les limites de l'action collective en suppression de clauses abusives », *JCP* 2005, II, 10057.

<sup>2</sup> V. not. R. Méta : « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », *Gaz. Pal.* 21 nov. 2009, n°325, p. 15 en faveur de la consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites.

<sup>3</sup> S. Carval : *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Préf. G. Viney, LGDJ, 1995, *sp.* n°336, p. 381.

<sup>4</sup> La proposition de loi n°657 portant réforme de la responsabilité civile, enregistrée au Sénat le 9 juillet 2010, propose d'insérer dans le code civil l'article n° 1386-25 autorisant le juge, sous certaines conditions, à condamner l'auteur du dommage à des dommages-intérêts punitifs, répartis par le juge entre la victime et un fond d'indemnisation de dommages similaires. Dans le même sens : *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile*. A. Anziani et L. Bêteille, Session extraordinaire de 2008-2009, n°558, recommandation n°24. Le rapport Catala portant réforme du droit des obligations et de la prescription avait également proposé l'introduction des dommages intérêts punitifs dans sa proposition d'article 1371 du Code civil.

<sup>5</sup> Notamment pénale.

<sup>6</sup> L. Boré : *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*. Préf. G. Viney, coll. Bibl. dr. privé, LGDJ, 1997, p. 309.

<sup>7</sup> S. Carval : *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Préf. G. Viney, LGDJ, 1995, *sp.* n° 116, p. 123.

93. **Une possible relation entre présomption irréfragable et faute.** Peut-être pourrait-t-il être tiré parti de la stigmatisation de certaines clauses comme irréfragablement présumées abusives pour ériger en véritable faute leur insertion ? La première chambre civile de la Cour de cassation a déjà reconnu, sur les fondements des articles L. 421-2 du Code de la consommation et 1382 du Code civil que « la stipulation de clauses abusives constitue en elle-même une faute de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs »<sup>1</sup>. Un auteur a ainsi pu voir dans la démarche de la Cour l'institution d'une « responsabilité objective, une sorte de responsabilité pour risque juridique »<sup>2</sup>. Il n'apparaît dès lors pas impensable de qualifier l'insertion de ces clauses noires de fautes pouvant alternativement donner lieu à l'attribution de dommages et intérêts punitifs au bénéfice des associations de défense des intérêts des consommateurs agissant en réparation du préjudice collectif engendré par l'insertion de ces clauses dès lors qu'elles identifient ces pratiques illicites. Le préjudice « réel » étant insusceptible de quantification exacte, la reconnaissance des dommages et intérêts punitifs, permettant de s'abstraire du principe de l'équivalence nécessaire entre le préjudice subi et les dommages et intérêts attribués, rendrait alors acceptable d'attribuer à ces associations des montants importants de nature à les inciter à agir, les érigeant en « procureurs privés »<sup>3</sup>.

94. **Une avancée dans la rigueur de la sanction.** L'introduction des dommages-intérêts punitifs, dont il a été jugé que le principe n'est pas contraire à l'ordre public international français à condition que leur montant ne soit pas disproportionné au regard du préjudice ni des manquements contractuels<sup>4</sup>, serait de nature à opérer une réelle dissuasion sur les professionnels dont le bilan avantage/inconvénients de l'insertion de ces clauses serait inversé. Le professeur Jean Calais-Auloy en appelait, avant la réforme, à la générosité des juges pour l'évaluation des préjudices et propose, comme plusieurs auteurs<sup>5</sup>, l'introduction de la notion de dommages intérêts punitifs. Si cette piste ne semble pas avoir été choisie, la responsabilité de la sanction de l'insertion de telles clauses manifestement abusives a été en partie attribuée à l'autorité administrative. Cette faute est en effet désormais sanctionnée par la puissance publique puisque la loi dite Hamon du 17 mars 2014 a instauré une amende administrative<sup>6</sup>, d'un montant de 15 000 euros pour les personnes morales, sanctionnant l'insertion de clauses noires dans les contrats de consommation. Une telle amende comporte cependant l'inconvénient de ne pas développer d'effet incitatif sur les plaideurs potentiels, qui ne retirent de cette dernière aucun avantage si ce n'est celui de voir l'auteur du comportement fautif sanctionné à ce titre.

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2005, n°02-20633 ; *Bull. civ.* I, n° 63, p. 56 ; *RTD civ.* 2005, p. 393, note J. Mestre, B. Fages ; *D.* 2005, p. 489, obs. C. Rondey ; *JCP* 2005, I, 141, n°15, obs. J. Rochfeld ; *RDC* 2005, p. 718, note D. Fenouillet.

<sup>2</sup> D. Fenouillet : « La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives : un pas en avant, deux pas en arrière ! », *RDC* 2005, p. 718.

<sup>3</sup> Expression utilisée par le professeur Suzanne Carval : *thèse préc. sp.* n°306, p. 346.

<sup>4</sup> À la condition toutefois que leur montant ne soit pas disproportionné au regard du préjudice ni des manquements contractuels : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 09-13303 ; *Bull. civ.* I, n° 248 ; *D.* 2011, AJ. p. 24, note I. Gallmeister et p. 423, note F.-X. Licari ; *RTD civ.* 2011, p. 122, obs. B. Fages ; *JCP* 2011, p. 257, note J. Juvénal et chron. n°158, p. 284, n°12, note C. Nourissat ; *L'essentiel droit des contrats* 01 janv. 2011, n°1 p. 6, comm. G. Guerlin.

<sup>5</sup> *V. not.* G. Raymond : note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2005, *préc.* ; O. Gout, « L'accès au droit des consommateurs », *PA* 30 mai 2008, n°109, p. 20. n°19.

<sup>6</sup> Prévue par l'article L. 132-2 du Code de la consommation.

b) L'opportunité d'une dissuasion pénale ?

95. **La tentation répressive.** Les sanctions déployées par la loi nouvelle semblent de nature à dissuader les professionnels de continuer d'insérer des clauses qu'ils savent abusives. D'une part la découverte et la sanction de ces clauses est facilitée puisque le juge doit désormais les relever d'office. D'autre part elles sont plus rigoureusement et plus largement sanctionnées, notamment par une possible amende administrative et par le potentiel effet *erga omnes* d'une décision isolée. Enfin, leur utilité semble grandement amoindrie dans la mesure où l'information des consommateurs concernés est rendue possible par la loi. Ces mesures d'éradication des clauses abusives et leurs sanctions seront cependant fonction de l'écho qu'elles obtiendront auprès des magistrats et des pouvoirs publics et de l'habileté des professionnels à évacuer les contentieux éventuels à l'amiable pour se préserver du regard éventuel du juge, de l'administration ou des associations de consommateurs. La fonction dissuasive de ces clauses ne peut ainsi être totalement écartée. La tentation reste donc grande de se tourner vers la voie répressive comme complément des dispositions prévues pour tenter de contrecarrer la volonté des professionnels d'évacuer des conflits qui pourraient naître de leur activité avec les consommateurs.

L'arme de dissuasion par excellence reste indubitablement la sanction pénale<sup>1</sup> : « la menace d'une sanction pénale semble parfois seule susceptible de faire véritablement pression sur le professionnel réfractaire »<sup>2</sup>. Il a ainsi pu être affirmé au sujet de l'action des associations en suppression des clauses abusives que « dans la mesure (...) où elle favorise la prise de connaissance, par la justice, d'actes contraires aux prescriptions de la loi civile (l'utilisation de modèles de contrats comportant des clauses illicites), elle n'est pas aussi éloignée qu'on pourrait le croire d'une action répressive. Il aurait d'ailleurs été tout à fait concevable, nous semble-t-il, qu'à la sanction réparatrice qu'est la suppression soit adjointe une sanction punitive à laquelle le juge aurait pu avoir recours dans les hypothèses où, par exemple, aurait été prouvé devant lui le fait que le professionnel défendeur connaissait le caractère illicite des clauses en question »<sup>3</sup>. Il semble par ailleurs qu'une sanction pénale s'appuyant sur la définition donnée par l'article L. 132-1 du Code de la consommation, si elle avait été prévue par le législateur, n'aurait pas nécessairement contrevenu au principe de légalité des délits et des peines<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Sur le droit pénal de la consommation, v. not. Ph. Guillermin : « Droit de la consommation : l'absence d'une véritable alternative à la voie pénale », *AJ Pénal* 2008, p. 73.

<sup>2</sup> J. Ghestin et I. Marchessaux -Van Melle : « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*. LGDJ, bibl. dr. privé, tome 261, 1996, p. 1, *sp.* p. 58.

<sup>3</sup> S. Carval : *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Préf. G. Viney, LGDJ, bibl. dr. privé, 1995, *sp.* n° 184, p. 194.

<sup>4</sup> En effet, le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur la notion de déséquilibre significatif telle qu'utilisée dans l'article L. 132-1 du Code de la consommation pour déclarer conforme à la constitution et au principe de la légalité des délits l'incrimination portée par l'article L. 442-6-I 2° du code de commerce : « au regard de la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de la légalité des délits » (Conseil Constitutionnel, 13 janv. 2011, n° 2010-85-QPC ; *D.* 2011, p. 415, note Y. Picod et p. 392, chron. M. Chagny ; *RTD civ.* 2011, p. 121, note B. Fages). Certes, c'est en raison de la précision du contenu de la notion par la jurisprudence que le Conseil constitutionnel a pu décider ainsi. Lors de l'introduction de la notion, en l'absence de jurisprudence, la solution eut peut-être été contraire. Il semble cependant instructif de savoir que la notion n'est pas considérée comme, en elle-même, porteuse d'un risque d'arbitraire qui ne saurait être circonscrit par l'œuvre de la jurisprudence.

Bien que la tendance verse plutôt en faveur de la dépénalisation du droit des affaires, il est notable que le choix de la voie pénale a pourtant été fait à l'occasion de la transposition de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs en droit français par la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs. Pour être considérée comme une pratique commerciale déloyale, l'article L. 120-1 du Code de la consommation impose que la pratique en cause soit « contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ». Il est notable que le terme « pratique commerciale trompeuse » a remplacé celui de « publicité trompeuse ». Ce changement de vocable, qualifié de simple « subtilité sémantique »<sup>1</sup>, pourrait en réalité s'avérer décisif dans l'appréhension du domaine visé par les dispositions nouvelles. S'écartant du domaine traditionnel de ces pratiques, il est légitime de s'interroger sur la vocation de ces textes à s'appliquer à d'autres pans du droit de la consommation, et en particulier à l'imposition par les professionnels aux consommateurs de contrats contenant des clauses abusives.

96. ***Une pratique sanctionnable.*** La pratique commerciale consistant en l'action de proposer aux consommateurs des contrats contenant systématiquement des clauses listées comme noires semble susceptible d'être qualifiée de contraire aux exigences de la diligence professionnelle. Le terme de diligence professionnelle est défini par la directive par référence aux « pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité ». Or la proposition de conclure un contrat contenant des clauses abusives par un professionnel ne semble à tout le moins pas constitutive d'une manifestation du principe de bonne foi. La seconde exigence posée par le texte pour la qualification de déloyale d'une pratique est l'altération substantielle du comportement économique des consommateurs, définie à nouveau par la directive comme celle « compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ».

On peut s'interroger sur la définition du terme « décision commerciale ». Une interprétation restrictive de la notion conduirait à la limiter à une décision d'achat du bien ou service en cause. Il semble qu'au contraire il faille privilégier une acception large du terme. En effet, la directive définit la décision commerciale comme « toute décision prise par un consommateur concernant l'opportunité, les modalités et les conditions relatives au fait (...) d'exercer un droit contractuel en rapport avec le produit<sup>2</sup> ». Le raccourci qui peut être opéré par le biais d'interprétations larges entre le comportement économique du consommateur et l'exercice d'un droit contractuel peut sembler singulier. Il est cependant dicté par les définitions que donne la directive. Il convient par ailleurs de noter que le simple fait que la pratique soit susceptible d'altérer la décision d'exercer un droit contractuel est suffisant pour qu'elle puisse être considérée comme déloyale.

Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses et agressives. L'article L. 121-1 du Code de la consommation définit la pratique

---

<sup>1</sup> C. Ambroise-Castérot : « Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008 », *AJ Pénal* 2009, p. 22.

<sup>2</sup> L'utilisation du terme produit semble inappropriée, puisqu'en réalité ce terme désigne également les droits et obligations.

commerciale trompeuse. Le rassemblement de morceaux choisis emporte la conviction que la proposition de contrats contenant des clauses abusives pourrait être qualifiée de pratique commerciale trompeuse :

« I. Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes :

2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants :

f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ;

g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ; »

La sanction de cette infraction est de deux ans d'emprisonnement et/ou d'une amende de 37 500 euros au plus<sup>1</sup>. Par ailleurs, en cas de condamnation, l'article L. 121-4 du Code de la consommation impose au juge d'ordonner la publication du jugement, peine automatique dérogatoire au principe de la nécessité des peines<sup>2</sup>.

97. **La qualification de pratique commerciale déloyale.** La rédaction large des textes transposant la directive européenne est propre à autoriser une interprétation extensive de ce que pourrait constituer une pratique commerciale déloyale, et de considérer que le fait pour le professionnel de proposer au consommateur un contrat contenant des stipulations interdites susceptibles de l'induire en erreur sur la nature ou l'étendue de ses droits constitue une pratique commerciale déloyale. Cette interprétation permettrait de sanctionner pénalement, sans faire l'économie d'une appréciation au cas par cas, les professionnels proposant des contrats contenant des clauses interdites. Elle devrait cependant à notre sens être réservée à la proposition de contrats contenant des clauses qui sont stigmatisées comme noires et donc nécessairement abusives. Le contraire reviendrait à admettre la pénalisation de comportements qui ne sont pas véritablement déloyaux dans la mesure où persiste un doute sur la nature abusive des clauses contenues par le contrat proposé. La sanction peut paraître particulièrement rigoureuse mais elle permettrait cependant certainement de moraliser les comportements des professionnels.

Conçu à l'origine comme une atteinte justifiée à la force obligatoire de la convention<sup>3</sup>, le traitement réservé aux clauses abusives tend à se rapprocher d'une véritable limite à la liberté des conventions. C'est bien sur cette voie qu'il convient de s'engager si l'on compte éradiquer les pratiques commerciales de professionnels peu scrupuleux : il ne s'agit plus de réputer non applicable une stipulation engendrant un déséquilibre significatif, mais bien d'en interdire l'insertion qui, en elle-même, porte préjudice à la collectivité des consommateurs. La volonté unilatérale du professionnel, exprimée dans les clauses abusives, de broyer toute velléité du consommateur de faire valoir ses droits devrait, avec la réforme du droit de la consommation, être mieux combattue. Si en effet la plus grande liberté doit être accordée aux contractants pour gérer les conflits susceptibles de les opposer par contrat, il n'est pas souhaitable que la volonté d'un seul puisse, dans les faits, engendrer une dissuasion illégitime allant à l'encontre de la loyauté contractuelle et, plus généralement, de l'objectif d'une saine concurrence.

---

<sup>1</sup> L'article L. 141-6 renvoie à l'article L. 213-1 du Code de la consommation.

<sup>2</sup> La conformité de cette disposition avec la Constitution a été affirmée par le Conseil constitutionnel le 29 sept. 2010 ; *D.* 2011, p. 54, obs. B. Bouloc.

<sup>3</sup> La sanction du réputé non écrit dénie tout effet à la clause contenue dans le contrat pour revenir au droit commun.

\*  
\*   \*  
\*

### *Conclusion du Chapitre 1*

98. ***L'appréhension du conflit et l'évitement du litige par la certitude convenue.*** Les parties disposent d'une certaine latitude afin d'organiser la prévention du conflit ou d'éviter que celui-ci ne soit porté devant un juge. Pour anticiper et gérer leurs différends, les contractants font usage de leur liberté contractuelle et n'hésitent pas à insérer dans leur convention des stipulations destinées tantôt à prévenir l'inexécution par leur caractère comminatoire, tantôt à déterminer les conséquences de l'inexécution, en fixant une peine ou un maximum de réparation. Le regard que portent la loi et la jurisprudence sur de telles clauses est le plus souvent bienveillant, sans pour autant laisser toute latitude aux parties, dont la volonté initiale pourra, dans certaines hypothèses, ne pas être respectée. Ces « vecteurs de pouvoirs susceptibles de perturber l'équilibre du contrat ou de porter atteinte à certains droits fondamentaux »<sup>1</sup> doivent en effet parfois être envisagés avec une certaine méfiance afin de ne pas se transformer en outils de domination contractuelle.

L'examen des peines privées démontre que les parties sont libres de tenter de prévenir la survenance d'un conflit lié à l'inexécution, et le cas échéant de s'écarter, du moins dans un premier temps, du traitement ou de l'appréciation par le juge de leur différend. On peut cependant regretter, au sujet de la clause pénale, que la remise en cause par le juge de la peine convenue intervienne parfois avec trop peu d'égard pour la volonté des parties de s'appuyer sur la composante punitive de cette stipulation et attente ainsi à la faculté des parties de prévoir efficacement l'issue d'un éventuel litige.

L'intervention judiciaire se révèle également croissante dans le domaine des clauses limitatives de réparation, se fondant par ailleurs sur des critères dont la lisibilité et la prévisibilité peuvent être mises en doute. Elle peut alors être perçue comme un facteur d'incertitude diluant l'effet dissuasif des litiges des clauses pénales et limitatives de réparation. Si, dans ces hypothèses, la volonté des parties est bridée, dans la gestion de leur conflit, par le législateur ou le juge qui déjouent leurs prévisions légitimes et économiquement rationnelles, la matière des clauses abusives est un domaine dans lequel ce contre-pouvoir apparaît encore trop faible pour assurer l'exercice effectif des droits des consommateurs. La dissuasion opérée par les stipulations imposées par une partie joue alors à plein.

La certitude n'est cependant pas la seule arme de dissuasion du contentieux dont sont susceptibles de faire usage les contractants. Les mécanismes codifiés par notre droit civil et, bien qu'objet d'innovations jurisprudentielles, en définitive très classiques, sont exploités à dessein par les parties pour prévenir ou régler des conflits liés à l'inexécution des obligations contractuelles, ou pour dissuader toute action qui en découlerait. Satisfaisants pour traiter certaines problématiques, ces outils sont cependant apparus dans une certaine mesure inadaptés à des opérations dont l'envergure, la durée et la nécessaire pérennité des relations entre entreprises imposent un traitement particulier.

---

<sup>1</sup> M. Mekki : « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », *RDC* 2006, p. 1051.

D'une manière plus générale, les clauses pénales, résolutoires ou limitatives de responsabilité, en tentant de fixer des certitudes convenues sur lesquelles une partie pourra s'appuyer en cas de différend, figent d'une certaine manière le contentieux en se concentrant sur certains aspects de celui-ci. Or dissuader le contentieux n'est pas nécessairement synonyme de prévoir avec certitude chacune des hypothèses pouvant y donner lieu. La souplesse qui fait défaut à ces outils de dissuasion des conflits doit dès lors être recherchée ailleurs, par la stipulation d'autres moyens adaptés plus particulièrement à certaines catégories de conflits accordant une plus grande confiance en la volonté renouvelée des parties une fois le conflit survenu. Aussi l'anticipation du conflit, par sa prévention ou par l'élaboration de modes de traitement de celui-ci par la volonté des parties, constitue-t-elle également un moyen élaboré d'évitement du traitement juridictionnel du contentieux.

## Chapitre 2 - La dissuasion par la prévention et le traitement des conflits

99. **Le recours au contrat afin de sortir du cadre juridictionnel.** La détermination de solutions imposées par le contrat, déjà envisagées, ne se révèle pas totalement satisfaisante dans certains conflits et radicalement inutile ou inappropriée dans d'autres. Il peut à juste titre leur être reproché leur manque de souplesse. Les aspirations des parties sont davantage orientées vers une appréhension moins contentieuse de leurs relations, recentrée sur la gestion amiable des différends, afin de préserver « toutes choses fragiles qu'un jugement risque de brutaliser inutilement »<sup>1</sup>. À cette fin, il est fréquent que les parties souhaitent envisager l'action en justice comme le dernier recours, préférant tenter d'éloigner ou de régler le conflit par des voies plus consensuelles. Ainsi, « la recherche de l'accord, particulièrement grâce à l'intervention d'un tiers, conciliateur ou médiateur par exemple, est révélatrice de la volonté des justiciables de se réapproprier leur litige qui avait pu leur paraître confisqué par les juristes »<sup>2</sup>.

La définition et la mise en œuvre obligatoire de procédures non contentieuses de prévention et de traitement de leur différend, bien plus originales et méconnues, permettent aux parties de garder le contrôle sur leur différend, de le gérer, en réalisant « l'économie des débats purement juridiques ou processuels »<sup>3</sup>. Ce faisant, elles s'éloignent<sup>4</sup> ainsi souvent du droit pur appelé à saisir relations et comportements, lequel n'apparaît plus au centre des préoccupations des parties. D'autres composantes non juridiques entrent alors en ligne de compte pour régler au mieux les différends survenant entre elles.

100. **La place centrale de la volonté.** Cette aspiration de plus en plus courante, impulsée par un mouvement de grande ampleur amorcé aux États-Unis dans les années 1970 et attestée par le développement exponentiel des modes alternatifs de règlement des conflits traduit la reconnaissance par les contractants de l'adage « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon

---

<sup>1</sup> Y. Desdevises : V° Conciliation et médiation in *Dictionnaire de la justice*. L. Cadiet (dir.), Paris, PUF, 2004, p.198.

<sup>2</sup> Ch. Jarrosson : « La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ? », in L. Cadiet et L. Richer (dir.) : *Réforme de la justice, réforme de l'État*. PUF, 2003, p. 185, *sp.* p. 187.

<sup>3</sup> J. El Hakim : « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats », *RIDC* 1997, p. 347, *sp.* p. 348.

<sup>4</sup> Ch. Jarrosson : « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RIDC* 1997, p. 325, *sp.* p. 326 : « Les modes alternatifs ne sont pas dans le non droit : au contraire, ils se situent dans le droit, mais ils s'y meuvent *ailleurs* ou autrement que les procédés juridictionnels classiques ».



procès ». Un peu malgré elle, la fonction juridictionnelle et ses failles<sup>1</sup> inciteraient les parties à rechercher leur propre justice. Une issue autoritaire fondée uniquement sur le droit semble désormais largement envisagée comme un mauvais remède, trop long, coûteux, complexe et impactant en terme d'image. De nombreux conflits semblent pouvoir être résolus par les parties à la seule force de leur volonté<sup>2</sup>. La matière des modes alternatifs de règlement des conflits est cependant fuyante lorsqu'il s'agit de mesurer son efficacité. Il a ainsi été observé que « les MARC, l'arbitrage, la médiation, la transaction sont, dans leur pratique, invisibles, protégées par la confidentialité, se déployant dans des sphères rendant très difficile une observation extérieure de type vraiment scientifique ou statistique »<sup>3</sup>. En l'absence de quantification objective, le fait que les parties aient massivement recours à ces modes semble constituer un indice fort de leur utilité ou du moins de l'impression qu'elles ont sur les contractants.

De très nombreuses clauses ont été élaborées par la pratique pour favoriser la résolution amiable des conflits pouvant survenir au cours de l'exécution d'un contrat. Ces stipulations élaborent des cheminements conflictuels, organisant un passage imposé par le temple de la concorde que les parties ont, souvent dès le stade de la conclusion de leur contrat, aménagé avec un soin tout particulier. Le droit pur n'est pas la clef de voûte de ce temple et semble bien au contraire n'y apparaître qu'en arrière plan. Cette propension à l'amiable ne s'est par ailleurs pas arrêté aux domaines dans lesquels les parties ont la libre disposition de leurs droits. Conçus comme de véritables compléments à la justice étatique, les modes de traitement des conflits se sont peu à peu vu attribuer droit de cité dans des matières classiquement hors d'atteinte de la volonté des parties : le droit pénal ou l'état des personnes se sont progressivement ouverts à ces modes amiables, en contrepartie d'un développement corrélatif de l'application du droit processuel aux MARC<sup>4</sup>.

101. ***L'élargissement des critères pris en compte aux fins de traitement du conflit.*** Dans ces procédures de traitement amiable, l'éloignement du droit se fait nettement ressentir dans l'approche du conflit dès son éclatement : plutôt que de s'attacher à déterminer qui a tort ou qui a raison, et donc de déterminer un gagnant et un perdant juridique, les modes amiables focalisent sur les fondements du conflit, qu'ils vont tenter de résorber non pas en trouvant la solution juridiquement juste, mais en apaisant le désaccord. « Si l'on veut bien considérer qu'un litige ne se pose pas à l'origine en termes juridiques, mais a d'abord des racines psychologiques (incompréhension) ou techniques (dysfonctionnement), qui forment la véritable substance du litige, lequel va ensuite être traduit en termes juridiques, on comprend que le travail du médiateur ne sera pas limité à une solution juridique, mais s'étendra à une prise en considération des éléments de fond qui ont présidé à la naissance du litige »<sup>5</sup>. Similairement, la

---

<sup>1</sup> Même si « l'encombrement des tribunaux est le plus mauvais argument que l'on puisse trouver au développement de la médiation » selon P. Level (« À propos de la médiation dans la vie des affaires », *JCP E* 1989, n° 46, II, p. 641, *sp.* p. 644).

<sup>2</sup> Le professeur Bertrand Moreau souligne cependant que la médiation « ne doit pas devenir un substitut économique viable pour une organisation juridictionnelle défectueuse au risque de constituer une forme subtile de déni de justice » : B. Moreau : « Qui a peur de la médiation ? », *Gaz. Pal.* 23-24 mai 2001, p. 16.

<sup>3</sup> M.-Cl. Rivier : « L'efficacité de la solution contractuelle », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.) : *La contractualisation de la production normative*. Dalloz, 2008, p. 219, *sp.* p. 220.

<sup>4</sup> X. Lagarde : « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », in P. Chevalier, Y. Desveiges et Ph. Milburn (dir.) : *Les modes alternatifs de règlement des litiges : Les voies nouvelles d'une autre justice*. Mission de recherche Droit et Justice, La documentation française, 2003 p. 45.

<sup>5</sup> Ch. Jarrosson : « Médiation et conciliation : définition et statut juridique », *Gaz. Pal.* 1996, 2, doct. p. 951, *sp.* p. 953.

solution librement choisie par les parties pour mettre fin au conflit pourra être fondée sur d'autres composantes que le droit pur, telles des considérations commerciales.

L'horizon contemplé par ces modes amiables de gestion des conflits apparaît alors plus large que le seul aspect juridique et en appelle aux autres composantes du conflit pour le traiter de manière plus efficace socialement, en résorbant le conflit. Ce traitement par les parties se révèle souvent plus adéquat puisque les parties sont les mieux placées pour déterminer une solution conforme à leurs intérêts respectifs. Parfois cependant, ces modes alternatifs se révèlent inefficaces et le recours à une solution autoritaire s'imposera. Il a d'ailleurs été estimé que privilégier de manière excessive ces méthodes amiables constituerait un danger pour la société tout entière, en jetant « les bases d'une société qui ne comprendra plus le sens de la norme »<sup>1</sup>.

Cette vision semble quelque peu radicale notamment car la norme et le droit sous-tendent la plupart du temps le recours aux négociations amiables. C'est en effet le point de fuite de ces procédures qui se définissent, afin d'être efficaces, par rapport à l'application de la norme dont elles constituent l'alternative. Ces stipulations permettent par ailleurs de saisir des opportunités d'action que la norme peine à considérer ou pour lesquelles elle est radicalement inutile en raison de la précocité de la situation. Les clauses de prévention des conflits présentent ainsi une utilité propre qui se déploie en complément de la norme et non nécessairement en substitution de celle-ci.

102. ***Les avantages des stipulations anticipant le contentieux.*** La stipulation de ces clauses dès la conclusion du contrat présente plusieurs avantages. La prévention du différend en est évidemment un de taille, qui postule l'élargissement de la notion de conflit. Celui-ci pourra englober une simple difficulté lors de l'exécution du contrat, bien avant que les prétentions des parties soient conçues et formulées<sup>2</sup>. La fixation des procédures adaptées pour traiter les différends dont la survenance a été anticipée dès l'accord initial permet en outre, à la condition que les clauses soient complètes et rédigées avec soin, de pouvoir actionner rapidement ces mécanismes, sans discussion inutile, lorsque le conflit redouté sera advenu. Par ailleurs, lorsque les parties évoluent dans un cadre conflictuel, elles peuvent être réticentes à actionner des modes alternatifs de règlement des litiges qui font la part belle à la négociation. Il est en effet fréquemment avancé que les parties ne souhaitent pas être à l'initiative d'une proposition de règlement amiable du conflit car cela pourrait être interprété par l'adversaire comme un aveu de faiblesse des positions juridiques, et ce alors même que la voie amiable pourrait se révéler concluante. La mise en place de procédures obligatoires tendant à la résolution amiable du différend écarte ce frein, puisque la partie sollicitant le traitement amiable de la difficulté ne fait que se conformer aux prescriptions du contrat lui-même sans que cela ne préjuge de la force de sa position juridique.

Les clauses organisant le traitement amiable du conflit ne représentent pas pour autant une panacée. En effet, il est des hypothèses dans lesquelles elles pourront se révéler inefficaces car le conflit est déjà trop cristallisé et la relation des parties d'ores et déjà irrémédiablement affectée. Dans d'autres hypothèses, elles peuvent permettre « à un débiteur récalcitrant ou de mauvaise foi, de retarder encore davantage le règlement de son dû en simulant de participer à la

---

<sup>1</sup> B. de Belval : « Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit », *Gaz. Pal.* n° 127-129, 6 mai 2012, p. 11.

<sup>2</sup> En ce sens, v. Ch. Jarrosson : « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RIDC* 1997, p. 325, *sp.* p. 329.

négociation pour se dérober ensuite à son aboutissement »<sup>1</sup>. Ces procédures obligatoires se révèlent alors inutilement coûteuses en temps et en argent lorsque les parties ne souhaitent plus réellement collaborer ensemble. C'est la raison pour laquelle ces stipulations sont le plus fréquemment insérées dans des accords dans lesquels la relation des parties est vouée à se poursuivre au-delà du conflit. Leur intérêt semble plus limité dans d'autres hypothèses.

103. **Pluralité des modèles.** Les mécanismes mis en place par ces clauses sont variés et font appel à plusieurs modèles. Les modes alternatifs de règlement des conflits, constamment enrichis par la pratique, tendent en effet à mélanger les différents rôles qui peuvent être confiés aux tiers. Le médiateur, ce tiers facilitateur, pourra par exemple, dans certains modèles, être dans un premier temps sollicité en tant que source d'information sur une donnée du conflit. Ces méthodes alternatives de règlement des différends, « en se diversifiant, (...) superposent les étapes et mélangent la nature des interventions des pouvoirs des tiers. Elles deviennent ainsi de plus en plus complexes »<sup>2</sup> et s'imbriquent les unes aux autres pour permettre un traitement efficace du conflit en fonction de son aspect le plus saillant.

Cette diversification et ce mélange des pouvoirs du tiers découlent de la prise en compte par les parties des différentes dimensions et composantes du conflit. En effet, les différents stéréotypes auxquels font appel les parties correspondent parfois particulièrement bien à une certaine catégorie de conflit. La classification proposée par Christopher W. Moore<sup>3</sup> distingue 5 types de conflits différents : les conflits relationnels, les conflits informationnels, structurels, de valeurs et les conflits d'intérêts. Seuls nous apparaissent devoir être utilement exploités pour notre étude les conflits relationnels, les conflits informationnels et, dans une certaine mesure, les conflits d'intérêts. Bien qu'il apparaisse illusoire de cloisonner les différends en catégories étanches dans la mesure où le plus souvent s'entremêlent plusieurs facteurs déclenchant, il n'est pas inutile de tenter d'identifier les moteurs principaux des différents conflits pour choisir le traitement le plus approprié. C'est ainsi que seront, pour notre étude, distingués les conflits d'évaluation, qui se rapprochent de la catégorie des conflits informationnels et des conflits d'intérêts selon la classification de Moore et qui sont souvent utilement apaisés par un avis extérieur porteur d'information, des différends plus personnels, les conflits relationnels, que l'on tentera de résoudre en mettant à distance les personnes ayant assisté à la naissance du conflit, par des procédures d'escalade ou l'adjonction d'un tiers dont le stéréotype est la médiation.

Seront ainsi étudiées dans un premier temps les stipulations insérées par les parties dans leur contrat et prévoyant le règlement amiable des différends de dimension relationnelle (Section 1<sup>ère</sup>) puis celles anticipant le traitement des conflits d'évaluation (Section 2).

## Section 1<sup>ère</sup> La gestion des conflits relationnels

104. **La composante relationnelle des conflits.** Il peut sembler étrange de consacrer une section au traitement des conflits relationnels, dans la mesure où une très grande majorité des

---

<sup>1</sup> Au sujet du préalable de conciliation, mais applicable à tous les modes de traitement fondés sur la volonté renouvelée des parties : J. El Hakim : « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats », *RIDC* 1997, p. 347, *sp.* p. 348.

<sup>2</sup> Ph. Fouchard : « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », *in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle. Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*. Litec, 2001, p. 95.

<sup>3</sup> C. W. Moore : *The Mediation Process*. 3<sup>rd</sup> ed. Jossey-Bass, San Francisco, 2003.

conflits comporte une dimension relationnelle. Plus marquée dans les conflits en matière familiale ou en matière sociale notamment, cette dimension peut également se révéler prédominante dans des conflits entre entreprises commerciales. Il n'est en effet pas rare que des partenaires commerciaux soient confrontés à un conflit en réalité généré par l'incompréhension ou l'animosité des parties en présence. Or la justice qui dit le droit, si elle met fin au litige en tranchant entre les prétentions des parties, laisse généralement subsister le conflit sous-jacent, non traité, à l'issue de la procédure. Il en résulte ainsi une solution socialement insatisfaisante. La médiation semble alors la solution adéquate pour ces conflits que la pureté du droit laisse subsister. Cela tend à expliquer l'attraction manifeste et probablement immémoriale exercée par une vision consensualiste de la gestion des conflits.

105. ***La confiance en la volonté future des parties.*** Pour tenter de résoudre les conflits de manière plus satisfaisante que par la détermination autoritaire d'une décision juridique, les contractants intègrent dans leurs conventions des stipulations visant à leur permettre de se comprendre à nouveau, et de repartir sur des bases relationnelles plus saines. Elles insèrent à cet effet des « clauses de rencontres » ou « d'arrangement amiable », prévoyant qu'en cas de conflit, les parties s'engagent à se rencontrer pour tenter d'y trouver une issue consensuelle en s'imposant une obligation de négocier de bonne foi. Ce faisant les parties parient sur leur rationalité et leur bonne volonté réciproques pour tenter de gérer le conflit avant que celui-ci ne s'envenime et ne dégénère en litige. Elles font ainsi pleinement confiance en leur volonté future pour résoudre les difficultés pouvant survenir, abandonnant la vision manichéenne et le raisonnement binaire<sup>1</sup> de la justice rendue par une juridiction, où l'un perd et l'autre gagne.

Le recours à ces modes alternatifs de règlement des conflits devrait être privilégié pour le traitement de certains conflits. Dès lors qu'une dimension personnelle affleure au contrat objet du différend, ou plus généralement que les parties sont vouées à conserver de bonnes relations par la suite, ces modes de traitement doux se révèlent particulièrement indiqués. Ils apparaissent efficaces lorsque le conflit ne repose pas essentiellement sur des considérations juridiques, ou lorsque la solution juridique se révélerait insatisfaisante pour les deux parties du fait de son angle d'approche nécessairement limité<sup>2</sup>. Par ailleurs, même lorsque l'issue du litige éventuellement porté devant un juge ne fait pas de doute, ces modes de traitement peuvent revêtir un intérêt certain. Cela peut être le cas non seulement parce qu'ils tentent de régler le conflit par l'accord de volonté, ce qui est toujours plus satisfaisant et psychologiquement plus gratifiant pour les parties que de se voir imposer une solution, mais encore car une telle solution amiable peut éviter les inconvénients reconnus aux procédures juridictionnelles, à savoir leurs coûts, lourdeurs et longueurs, mais également aléas. La raison, exprimée par la volonté des parties, supplante alors la guerre.

Cet objectif de règlement amiable, souvent exprimé dans le contrat, se manifeste également très fréquemment lors de la survenance du conflit, et ce spontanément même en l'absence de clause. L'impulsion première des parties au conflit est en effet de tenter de le régler à moindres frais et le plus rapidement possible. Cet objectif ne peut cependant parfois être atteint qu'en prenant en compte la dimension psychologique de certains différends. En ce sens, les clauses d'escalade

---

<sup>1</sup> Terme employé par le professeur Marie-Daphné Perrin : « Conciliation-Médiation », *PA* 26 août 2002, n° 170, p. 4 et s.

<sup>2</sup> J.-P. Martel : « Quelles conditions pour une médiation réussie ? », *PA* 1 juillet 1999, n°138, p. 17 : « Le recours à la médiation est grandement facilité lorsque l'on est en présence d'un litige dont la solution juridique immédiate n'apporte pas ou n'est pas susceptible d'apporter une réponse satisfaisante ou suffisante à la situation litigieuse ».

imposent aux parties confrontées à un conflit la mise en place d'une procédure tendant à désindividualiser le conflit (§1). Les clauses de médiation ou de conciliation, instruments centraux du règlement amiable des différends qui ont fait l'objet d'une abondante littérature, permettent également une prise de distance par rapport au conflit, par l'intermédiation d'un tiers (§2).

### §1 Les négociations directes : les clauses d'escalade

106. **L'appel à une vision d'ensemble pour pacifier les relations.** Ces clauses organisent une procédure d'escalade, aussi appelée « *senior executive appraisal* »<sup>1</sup>, qui doit être appliquée en cas de survenance d'un conflit. Cette procédure est souvent prévue dans les contrats informatiques qui connaissent déjà la résolution des difficultés techniques par l'escalade des moyens mis en œuvre pour les régler, par étapes successives. La technique de l'escalade est de manière générale très souvent employée en pratique au sein d'entreprises hiérarchiquement structurées, notamment pour les négociations de contrats, mais a également été utilisée comme première étape d'une procédure de résolution des conflits entre les organismes sociaux et le secteur de l'assurance<sup>2</sup>. En cas d'impasse dans les discussions entre les négociateurs d'origine, leurs supérieurs seront appelés à intervenir pour décider quelle doit être la position de l'entreprise, et déterminer si le point en suspend est acceptable ou non. Cette technique de négociation a naturellement été étendue par les praticiens à la gestion des conflits. Elle se révèle d'autant plus opportune que les parties sont désireuses de continuer à travailler ensemble une fois le conflit résolu, et se rencontre en particulier fréquemment dans les contrats de groupement d'entreprises pour la réalisation d'un projet donné<sup>3</sup>. En présence d'un conflit, les interlocuteurs privilégiés généralement désignés par le contrat doivent dans un premier temps tenter de résoudre la difficulté rencontrée par le biais de négociations directes. Si ces interlocuteurs échouent à trouver une solution amiable au conflit, celui-ci gravit un échelon et est alors adressé aux dirigeants des entreprises qui entreprendront, entre eux, des discussions tendant à la résolution amiable du conflit.

107. **Les avantages de l'escalade.** Cette technique, par ailleurs bien souvent spontanément utilisée par les parties sans qu'elle soit formellement prévue au contrat présente plusieurs avantages. Le premier d'entre eux est peut être sa vertu dissuasive, car escalader le différend à un niveau élevé de responsabilité au sein de l'entreprise peut être perçu par les opérationnels directement au contact du conflit comme un signal d'échec. En ce sens, il a pu être remarqué qu'« il n'est pas rare (...) que la simple menace de recourir aux directions générales des parties, amène les représentants de ces dernières au sein des comités des groupements à se mettre d'accord »<sup>4</sup>.

Ce mode de règlement amiable du conflit par la négociation permet d'autre part l'objectivisation du conflit, ou plutôt sa « dé-subjectivisation ». Selon Ch. Jarrosson, « cette disposition est importante car elle prend en compte le fait que les personnes qui suivent au sein de l'entreprise, un dossier au jour le jour, ne sont pas les mieux placées pour jeter sur lui un

---

<sup>1</sup> J.-M. Mousseron : *Technique contractuelle*. Éditions juridiques F. Lefebvre, 4<sup>e</sup> éd., 2010, *sp.* n° 1634 p. 660 ; v. ég. I. Hanger : « Senior executive appraisal mediation », *ADR Bulletin* (2000) Vol. 3, n° 4, Article 1.

<sup>2</sup> Procédure détaillée dans l'article du professeur Bruno Oppetit : « Arbitrage, médiation et conciliation », *Rev. arb.* 1984, p. 307, *sp.* p. 319.

<sup>3</sup> M. Dubisson : « La négociation d'une clause de règlement de litige », *DPCI* 1981, p. 77, *sp.* p. 79.

<sup>4</sup> M. Dubisson : « La négociation d'une clause de règlement de litige », *DPCI* 1981, p. 77, *sp.* p. 79.

regard neuf et dénué d'arrière pensées contentieuses »<sup>1</sup>. Il arrive que le différend naisse de l'incapacité des personnes qui s'y affrontent à efficacement communiquer entre elles du fait de leur mésentente et de leur implication directe dans le conflit. Leur capacité de négociation sera alors impactée par leur impossibilité personnelle à faire marche arrière, à l'égard d'eux-mêmes ou de leur hiérarchie, ou à faire prévaloir les intérêts de l'entreprise dans son ensemble. Confier la résolution du différend à des personnes qui n'y ont jusqu'alors pas directement participé permet ainsi de se dégager de cette dimension personnelle qu'ont imprimé au conflit ses acteurs initiaux, ce qui peut en faciliter l'issue amiable. Par ailleurs, les dirigeants possèdent une vision plus globale des intérêts de l'entreprise et seront plus à même de prendre une décision conforme aux objectifs de celle-ci. La balance des intérêts se fera alors de manière plus complète, envisageant des composantes dont les acteurs directs n'ont peut être même pas connaissance.

108. **L'efficacité de ces stipulations.** La combinaison de ces avantages fait de ces clauses d'escalade un moyen efficace de régler certains conflits par la négociation commerciale plutôt que par le droit pur. En ce sens, « il s'agit en réalité d'une modalité particulière de négociation, amiable et volontaire, directe et structurée, entre les cadres supérieurs bien informés des parties décidées à régler leur différend en fonction de considérations d'ordre commercial et de rentabilisation plutôt que sur la base de discussions de nature exclusivement juridique »<sup>2</sup>. Parfois cependant les négociations directes, même menées à un niveau élevé, ne suffisent pas à résorber le conflit par la concorde. L'intermédiation d'un tiers apparaît alors comme un facteur de facilitation de négociations raisonnées et apaisées.

## §2 Les négociations assistées : les clauses de médiation et de conciliation

109. **La promotion contemporaine des négociations assistées.** La mise à distance des protagonistes du conflit, permettant de renouer la communication entre les parties, est une technique qui se révèle souvent efficace pour l'apaisement et le règlement des différends. Les négociations directes entre les parties pour tenter de résoudre les difficultés à l'amiable apaisent un nombre incalculable de dissensions. L'adjonction d'une personnalité tierce, entraînant l'objectivisation du différend et permettant à l'information de circuler à nouveau est un facteur de réussite des modes de règlement amiables. Cette méthode de traitement des conflits semble devoir étendre son domaine d'action sans limite<sup>3</sup> et est encouragée<sup>4</sup>, voire parfois imposée<sup>5</sup>, par le législateur<sup>6</sup>, ce qui semble alors rendre le recours aux clauses de conciliation préalable

---

<sup>1</sup> Ch. Jarrosson : « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Colloque de l'institut des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, 1990, p. 141, *sp.* p. 158.

<sup>2</sup> N. Antaki : « Les contrats de médiation commerciale », in C. Samson et J. McBride : *Solutions de rechange au règlement des conflits. Alternative dispute resolution*. Les presses de l'Université Laval, Ste Foy, Québec, 1993, p. 1, *sp.* p. 7.

<sup>3</sup> V. sur l'extension de la médiation et la multiplication des initiatives en ce domaine l'enquête de F. Creaux-Thomas : « La médiation : opportunité ou "gadget" ? », *JCP* 2009, n° 51, p. 558.

<sup>4</sup> Ainsi devant le tribunal d'instance, la procédure ordinaire de l'article 829 du CPC prévoit que l'assignation est « à fin de conciliation et, à défaut, de jugement ».

<sup>5</sup> Notamment devant le bureau de conciliation au conseil des prud'hommes et devant le tribunal paritaire des baux ruraux.

<sup>6</sup> Cette extension du recours à l'amiable apparaît peu souhaitable à certains auteurs, en raison précisément de l'assujettissement du succès de cette démarche à la volonté des parties ; v. J.-P. Viennois : « L'amiable », *RGDP* 1999, p. 471, *sp.* p. 500.

superfétatoire<sup>1</sup>. Qu'il s'agisse de tenter d'apaiser des conflits familiaux, sociaux, commerciaux, de consommation ou encore portant sur des domaines imprégnés de considérations d'ordre public tels que le droit pénal<sup>2</sup> ou la propriété intellectuelle<sup>3</sup>, l'intermédiation d'un tiers pour tenter d'aplanir le conflit et de le régler hors du droit d'une manière satisfaisante pour les parties semble une méthode appropriée, tant pour pacifier les relations sociales que pour gérer efficacement l'office judiciaire<sup>4</sup>. Le recours à cette technique est fortement encouragé tant au niveau européen<sup>5</sup> que national par des dispositions très favorables, notamment lorsqu'elle s'insère dans un processus judiciaire déjà enclenché<sup>6</sup>. Cette faveur pour la recherche d'une solution amiable au conflit, pour « une forme de justice sans juge »<sup>7</sup>, se traduit également par le fait que les clauses de médiation préalable insérées dans des contrats de consommation, alors même qu'elles peuvent avoir pour objet de différer l'action en justice<sup>8</sup>, ne sont pas considérées comme des clauses abusives par principe<sup>9</sup>, même s'il semble que la grande faveur dont elles ont bénéficié soit en passe de s'atténuer<sup>10</sup>.

Les praticiens, qu'il s'agisse des entreprises utilisatrices, des avocats ou encore des centres de médiation ne s'y sont pas trompés et ont fait de cette technique un élément central des modes amiables de traitement des conflits, s'engageant par ailleurs pour certains par des chartes à y recourir<sup>11</sup>. De nombreux règlements de médiation ont été élaborés par les centres tels que la CCI ou le CMAP, celui de la CNUDCI semblant être le plus communément usité dans le commerce international.

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-20004 ; *Bull. civ.* V, n° 326 ; *D.* 2012, p. 2969 ; *D. act.* 8 janv. 2013, note B. Inès.

<sup>2</sup> L'article 41-1, 5° du Code de procédure pénale offre la faculté pour le procureur de la République de faire procéder à une médiation pénale entre l'auteur des faits et la victime. L'annuaire statistique de la justice fait état de 24 000 affaires traitées par médiation pénale en 2008 ; sur le sujet, v. Th. Lebéthot : « Le cadre juridique de la médiation pénale », *AJ Pénal* 2011, p. 216 ; E. Maurel : « Le recours à la médiation pénale par le procureur de la République », *AJ Pénal* 2011, p. 219.

<sup>3</sup> E.-A. Télémaque : « La médiation en propriété intellectuelle : un outil de prévention et de pacification des litiges à consommer sans modération », *Gaz. Pal.* 11 mars 2008, n° 71, p. 8.

<sup>4</sup> La médiation est d'ailleurs désormais conçue comme « un outil important de l'administration de la justice » : G. Deharo : « Rationalité juridique et opportunité économique : la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice ? », *PA* 13 février 2012, n° 31, p. 3.

<sup>5</sup> Directive européenne 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, transposée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 nov. 2011.

<sup>6</sup> L'article 131-2 du CPC prévoit en effet que le juge se retire pour permettre aux parties de tenter de trouver un accord. Le juge n'est pas dessaisi de l'affaire, mais suspend simplement son déroulement antagoniste pour laisser une chance à l'accord amiable d'advenir.

<sup>7</sup> L. Cadiet : « Construire ensemble une médiation utile », *Gaz. Pal.*, 18 juil 2015, n° 199, p. 10.

<sup>8</sup> Certes la médiation ne rentre pas dans le schéma donné par l'article R. 132-2 10°, puisqu'il ne s'agit pas de « supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice » mais de différer dans le temps cet exercice dans le but louable de régler le litige par la concorde.

<sup>9</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2005, n° 03-19692 ; *Bull. civ.* I, ° 64 p. 56 ; *RDC* 2005, p. 718, note D. Fenouillet et p. 1141, note X. Lagarde ; *JCP E* 2005, act. 69, obs. C. Pelletier.

<sup>10</sup> L'article 4.5 de la charte « médiation consommation » (disponible : <http://www.mediation-conso.fr/charte.html>) exclut en effet que la médiation de la consommation constitue un préalable obligatoire à l'action du consommateur. Une lecture *a contrario* laisse à penser qu'à l'inverse, le consommateur pourrait imposer au professionnel le recours à la médiation. v. *ég.* H. Kenfack : « La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoires hors de toute instance », *D.* 2015, p. 384.

<sup>11</sup> Charte de la médiation inter-entreprises du 22 novembre 2005 pour les entreprises du CAC 40 (disponible : <http://www.etudes.ccip.fr/rapport/188>), et la charte des cabinets d'avocats pour la résolution amiable des conflits du 16 oct. 2006 pour les avocats.

110. **Le modèle de la médiation.** La médiation constitue la base à partir de laquelle s'est construite la grande majorité des modes alternatifs de règlement des conflits. Elle est « au cœur des modes alternatifs, une sorte de notion-mère, de notion-souche, par rapport à laquelle toutes les autres se définissent »<sup>1</sup>. Les clauses de médiation préalable constituent ainsi, en quelque sorte, le fer de lance de la spécificité conceptuelle des modes alternatifs de règlement des conflits devant précéder l'action en justice. L'étude de cette stipulation incite dès lors à se projeter pour établir un régime propre applicable à ces clauses destinées à écarter l'action en justice. Dans les pas de l'éclaireur, le chemin à parcourir se révélera probablement moins long pour les autres MARC.

Il est désormais très fréquent que les parties insèrent dans leur convention une clause prévoyant le recours à la médiation avant toute procédure juridictionnelle. Certaines clauses n'imposent pas réellement le recours à cette procédure de négociation assistée, mais y font simplement référence. En ne prévoyant qu'une simple faculté pour les parties de recourir à la médiation, elles présentent en définitive pour seul intérêt de suggérer aux parties cette possibilité une fois le conflit advenu, sans leur imposer d'obligation de recourir à une telle procédure. Nous ne nous arrêterons pas sur ces clauses, en raison de leur peu d'intérêt pratique. L'étude menée ici se focalisera sur les clauses imposant un préalable de conciliation ou de médiation aux parties avant la saisine d'un juge, auxquelles il est désormais donné pleine efficacité sous certaines conditions, dont le nombre semble aller croissant. Ainsi il est tout d'abord nécessaire que le caractère obligatoire de la procédure ressorte clairement de la stipulation<sup>2</sup> que la jurisprudence semble appliquer fidèlement<sup>3</sup>. Plus récemment, la Cour de cassation<sup>4</sup> a imposé que des conditions particulières de mise en œuvre soient détaillées dans la clause afin que celle-ci s'impose préalablement à la saisine d'un juge. La tentation d'imposer aux parties de préciser à l'excès les conditions de la procédure nous semble cependant devoir être combattue, en particulier s'agissant de stipulations se reposant sur la volonté future des parties<sup>5</sup>. L'opportunité de la distinction entre la conciliation et la médiation, sujette à débat, devra tout d'abord être éprouvée (A), pour cerner la notion dont les conséquences devront être envisagées par la suite (B).

---

<sup>1</sup> Ch. Jarrosson : « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RIDC* 1997, p. 325, *sp.* p. 332.

<sup>2</sup> Et non pas d'un usage professionnel par exemple : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 mai 2003, n° 01-01291 ; *Bull. civ.* I, n° 108, p. 85 ; *JCP* 2004, II, 10021, note R. Colson ; les juges font par ailleurs parfois preuve d'une extrême rigueur pour apprécier le caractère obligatoire de la clause. En exemple, Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-18202 ; *JCP E* 2010, 1656, n° 17, obs. J. Raynard ; *Procédures* 2010, comm. 232, A. Bugada.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> oct. 2014, n° 13-17920 ; *D.* 2014, p. 2004 et p. 2541, obs. Th. Clay ; *D.* 2015, p. 287, obs. N. Fricero ; *Gaz. Pal.* 10 janv. 2015, n° 10, p. 21, note L. Lauvergnat ; H. Barbier : « Les clauses de conciliation s'appliquent à toute procédure, et avant toute procédure ! », *D.* 2015, p. 131.

<sup>4</sup> Cass. com. 29 avr. 2014, n° 12-27004 ; *Bull. civ.* IV, n° 76 ; *D.* 2014, p. 1044 et p. 2541, obs. Th. Clay ; *D.* 2015, p. 287, obs. N. Fricero ; *AJCA* 2014, p. 176, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 2014, p. 655, obs. H. Barbier ; *JCP* 2014, act. 607, obs. H. Croze ; *JCP* 2014, 711, O. Sabard.

<sup>5</sup> Le professeur Hugues Kenfack (« La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoires hors de toute instance », *D.* 2015, p. 384) semble en effet proposer d'inclure dans la clause un certain nombre de détails tels la désignation du médiateur, la détermination de sa rémunération, les conséquences de son refus d'accepter sa mission, le lieu de la médiation, etc. Ces précisions, si elles peuvent en effet se révéler évidemment utiles une fois la nécessité de mettre la procédure en œuvre, ne devraient pas être imposées comme une « exigence » pour qu'une clause de médiation soit qualifiée d'obligatoire. On peut en effet se demander s'il n'est pas démesuré d'imposer de prévoir autant de détails concernant une clause prévoyant une procédure dont le succès reposera sur la volonté commune des parties et n'emportant aucune conséquence autoritaire sur leur relation en cas d'échec.



## A. L'intérêt de la distinction entre médiation et conciliation

111. **La définition des termes.** La médiation a été définie par certains auteurs comme un « mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes (en raison le plus souvent de son autorité personnelle), à proposer à ceux-ci un projet de solution, sans se borner à s'efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation »<sup>1</sup>. De cette définition ressort une distinction de la médiation et de la conciliation, le médiateur étant force de proposition là où le conciliateur n'apparaît que comme un facilitateur de la communication<sup>2</sup>. Selon certains auteurs, « le médiateur est un conciliateur interventionniste qui a pour mission d'utiliser sa capacité de persuasion pour critiquer les propositions divergentes des parties et en proposer de nouvelles en vue d'atteindre le but ultime qui demeure la conclusion d'une entente finale à laquelle elles adhèrent volontairement »<sup>3</sup>. La distinction ainsi posée semble cependant bien fragile, voire tout simplement inutile<sup>4</sup>. Des auteurs ont ainsi considéré exactement l'opposé de ce qui vient être énoncé<sup>5</sup>.

Pour le professeur Charles Jarrosson, la conciliation n'implique pas nécessairement l'intervention d'un tiers, les parties pouvant se concilier seules, alors que la médiation ferait nécessairement appel à un tiers « qui fait des propositions en vue d'éteindre le litige »<sup>6</sup>. « Le médiateur est un conciliateur particulièrement actif et (...) entre médiation et conciliation, il n'y a pas vraiment de différence de nature, mais tout au plus une différence de degré dans l'implication du tiers »<sup>7</sup>. L. Cadiet semble en accord avec cette position<sup>8</sup>, citant à l'appui une décision de la Cour de cassation qui énonce 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 Code de procédure civile tendant au règlement amiable des litiges et, par voie de conséquence, exclusive de tout pouvoir juridictionnel »<sup>9</sup>. La référence à la mission de concilier les parties, appartenant au juge, impliquerait en effet que la médiation soit une modalité de la conciliation.

---

<sup>1</sup> V° Médiation in G. Cornu (dir.) : *Vocabulaire Juridique*. Association H. Capitant, 9<sup>e</sup> éd., Quadrige, PUF, 2011.

<sup>2</sup> En ce sens également v. A. Bolze : « Le procès, risque à éviter : les modes alternatifs de règlement des litiges », *RGDA* 2010, n° 3, p. 841.

<sup>3</sup> N. Antaki : « Les contrats de médiation commerciale », in C. Samson et J. McBride : *Solutions de rechange au règlement des conflits. Alternative dispute resolution*. Les presses de l'Université Laval, Ste Foy, Québec, 1993, p. 1, *sp.* p. 7.

<sup>4</sup> M.-D. Perrin : « Conciliation-Médiation », *PA* 26 août 2002, n° 170, p. 4.

<sup>5</sup> V. *not.* Th. Jacomet et F. Chekarna : « La médiation, mode de règlement conventionnel des litiges, son essor, ses avantages, sa pratique », *Bull. Joly* 1997, n° 376 p. 1037.

<sup>6</sup> Ch. Jarrosson : « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Colloque de l'institut des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, 1990, p. 141, *sp.* n°7, p. 143 ; en ce sens *ég.* v. F. Megerlin : « La médiation en matière de commerce international : aspects pratiques de droit international privé », *PA* 26 août 2002, n° 170, p. 69 ; M. Guillaume-Hoffnung : « Le rôle de la volonté dans la médiation », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, études à la mémoire du professeur A. Rieg*. Bruylant, 2000, p. 427, *sp.* p. 436.

<sup>7</sup> Ch. Jarrosson : « Médiation et conciliation : définition et statut juridique », *Gaz. Pal.* 1996, 2, *doctr.* p. 951, *sp.* p. 952.

<sup>8</sup> L. Cadiet : « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *Ritsumeikan Law Review*, 2011, n° 28, p. 147, *sp.* p. 150.

<sup>9</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juin 1993, n° 91-15332 ; *Bull. civ.* II, n° 211, p. 114 ; *JCP* 1993, I, 3723, n° 3, *obs.* L. Cadiet.

Sans s'appuyer particulièrement sur la distinction terminologique entre médiation et conciliation, il a été avancé que deux types de médiateurs peuvent être distingués en pratique : le tiers « aviseur », qui va tenter de rapprocher les parties en les éclairant de son avis et en leur proposant ainsi une solution, et le tiers « facilitateur », qui « intervient davantage sur le processus que sur le contenu »<sup>1</sup>.

Un nombre croissant d'auteurs<sup>2</sup> évite de s'abimer dans la distinction et semble considérer, ou du moins utiliser par commodité conciliation et médiation comme des termes interchangeables hors des cas dans lesquels le législateur fait référence à la conciliation ou à la médiation pour désigner des procédures particulières appelées à se déployer à l'ombre du juge. Hormis les cas dans lesquels les termes conciliation et médiation sont ainsi utilisés pour désigner une procédure de négociation entre les parties en marge d'une procédure judiciaire, il apparaît en effet que la distinction soit sans intérêt pratique. Les parties rédigeant les clauses imposant le recours à un tiers facilitateur des négociations ne distinguent généralement pas entre médiation et conciliation. Les conséquences attachées à ces processus par la jurisprudence<sup>3</sup> et la loi<sup>4</sup> sont identiques lorsqu'il s'agit des clauses de médiation ou de conciliation. Le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, rétablissant le livre V du Code de procédure civile, donne une définition unifiée de la médiation et de la conciliation conventionnelle. La médiation recouvre ainsi « 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 »<sup>5</sup>. L'approche unitaire sera ainsi privilégiée pour les besoins de la présente étude. Les deux termes seront, dans les développements qui suivent, employés indistinctement et considérés comme interchangeables.

## B. Les effets des clauses de médiation préalable

112. **Obligations et sanctions attachées à la clause.** Les clauses de médiation préalable imposent aux parties l'obligation de mettre en œuvre le processus de médiation et de négocier de bonne foi pour tenter de trouver une issue amiable au conflit (1°). La réussite du processus étant exclusivement conditionnée à la bonne volonté des parties, on eût pu croire que la renonciation à une telle obligation réciproque des parties serait largement admise par les juges, et que son absence de mise en œuvre n'emporterait que peu de conséquences pratiques. Or la jurisprudence attribue une vigueur particulière à cette obligation en attachant des conséquences procédurales à son non respect (2°).

---

<sup>1</sup> A. Pekar-Lempereur : « La technique de conciliation : les six étapes du processus », *Gaz. Pal.* 4-6 oct. 1998, p. 36.

<sup>2</sup> G. Blanc : « La conciliation comme mode de règlement des différends dans les contrats internationaux », *RTD com.* 1987, p. 173 ; Ph. Fouchard : « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, *Mél. Ph. Kahn*. Litec, 2001, p. 95 ; P. Ancel et M. Cottin, note sous Cass. Ch. Mixte, 14 févr. 2003, *D.* 2003, p. 1386.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 avr. 2009, n° 08-10866 ; *Bull. civ.* I, I, n° 78 ; *D.* 2009, p. 1284, note X. Delpech et p. 2959, note Th. Clay ; *RLDC* 2009, n° 61, act p. 13 ; *JCP* 2009, n° 47, 462, note J. Béguin ; *JCP* 2009, n° 43, 369, note S. Amrani-Mekki ; *JCP* 2009, n° 26, 43, note O. Cuperlier ; *Procédures* 2009, comm. 203, H. Croze.

<sup>4</sup> V. art. 2238 du Code civil.

<sup>5</sup> Art. 1530 du Code de procédure civile.

## 1° La consistance de l'obligation de négocier

113. **Les obligations issues des clauses de médiation.** Les clauses de médiation imposent aux parties lors de la survenance d'un conflit de nommer un tiers et de se rencontrer pour tenter, par des négociations de bonne foi, de trouver un accord mettant fin au différend. Deux obligations de faire<sup>1</sup> sont ainsi classiquement imposées aux parties par une telle stipulation, d'une intensité par ailleurs différente. La première obligation, de résultat, impose aux parties de nommer ou de faire nommer un médiateur et de participer aux réunions de médiation. La force imprégnant cette obligation ne pose pas de difficulté. Il serait difficile pour une partie de soutenir qu'elle a rempli l'obligation de tenter de résoudre le litige à l'amiable alors qu'elle n'a pas participé aux réunions tendant à cette résolution, ou qu'elle a refusé de participer à la désignation du tiers. En l'absence de désignation du tiers, ou de participation aux réunions de conciliation ou de médiation, l'obligation sera logiquement considérée comme inexécutée. La partie refusant de participer aux réunions se rendrait ainsi coupable d'une faute contractuelle pouvant entraîner sa condamnation à des dommages-intérêts. Participer à la négociation n'est cependant pas le seul engagement d'une partie à une clause de médiation ou de conciliation ; un certain comportement de sa part est également exigé, celui de négocier de bonne foi. L'obligation de négocier de bonne foi est considérée comme une obligation de moyens, dictée par la relativité qui s'impose pour l'appréciation d'une attitude, ainsi que par la règle selon laquelle la mauvaise foi ne se présume pas.

114. **Intensité de l'obligation de négocier et résultat.** On peut cependant s'interroger sur la teneur réelle de la clause de médiation préalable. Il est acquis qu'en aucun cas une telle clause ne devrait imposer aux parties de conclure un accord. Leur seule obligation est de tenter de bonne foi de résoudre le conflit qui les oppose. La notion de bonne foi, pour utile qu'elle soit, apparaît dans certains cas problématique. La question a fort bien été posée par Ch. Seraglini : « Est-il fautif de refuser toute concession à son adversaire lorsque l'on est sûr de son droit ? Peut-on accuser de mauvaise foi celui qui refuse de négocier parce qu'il estime que son partenaire contractuel n'a rempli aucune de ses obligations nées du contrat et entend en imposer une seule, celle d'obligatoirement négocier »<sup>2</sup>. Il apparaît effectivement dans cette circonstance que l'obligation de négocier de bonne foi ne saurait être qu'une déclaration de façade, car il ne peut être imposé à quiconque de renoncer à un droit sous prétexte de faire des propositions ou contrepropositions raisonnables. Il faut ainsi admettre que dans les cas où aucune incertitude ne plane sur les droits et obligations des parties, comme en l'absence de toute contestation sérieuse<sup>3</sup>, une clause de médiation ou de conciliation pourra paraître inutile, et « très largement dépourvue d'effet positif contraignant »<sup>4</sup>. Pire, en imposer le respect strict représenterait pour les contractants une perte de temps et d'argent préjudiciable. Une telle stipulation pourrait

---

<sup>1</sup> Au-delà de ces deux obligations de faire, certains auteurs, notamment le professeur Charles Jarrosson (« Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RIDC* 1997, p. 325) et le professeur Loïc Cadiet (« Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *PA* 5 mai 2000, n°90, p. 30) avaient proposé de découvrir dans cette clause une obligation de ne pas faire s'imposant aux parties ayant conclu une clause de médiation préalable : celle de ne pas porter le différend en justice avant la fin du processus de médiation, sauf renonciation des deux parties au processus. La solution choisie pour assurer le respect d'une telle obligation par la jurisprudence est rigoureuse, puisqu'elle reconnaît en cette clause une fin de non-recevoir conventionnelle ; v. *infra* n° 118.

<sup>2</sup> Ch. Seraglini, obs. sous Cass. Ch. Mixte, 14 févr. 2003, *JCP* 2003, I, 164, *sp.* n° 9.

<sup>3</sup> v. *infra* n°120.

<sup>4</sup> Ch. Seraglini, obs. sous Cass. Ch. Mixte, 14 févr. 2003, *JCP* 2003, I, 164, *sp.* n° 9.

même en ce cas se transformer en une arme dilatoire à la disposition de la partie n'ayant pas intérêt à l'obtention rapide d'une décision juridictionnelle.

Pour autant, il ne semble pas que le recours aux procédures amiables de traitement des différends puisse être aussi radicalement déclaré inutile. Il arrive parfois que, radicalement opposée à toute négociation avec l'opposant, une partie se ravise durant la médiation et que le processus, mal enclenché, aboutisse à un accord. Par ailleurs, même lorsque les parties sont certaines de leur bon droit, l'approche amiable peut se révéler intéressante car permettant des solutions sur mesure éloignées de celles que pourraient décider une autorité juridictionnelle. Ainsi, « la médiation trouvera également une justification spécifique dans la solution des situations conflictuelles dont l'issue ne se situe pas dans la sanction pécuniaire d'obligations constatées valables mais dans une proposition de remodelage des relations des parties, ce qui ne relève plus de l'office du juge ou de l'arbitre et appelle l'accord des parties, provoqué par le médiateur »<sup>1</sup>. L'abandon d'une solution manichéenne semble constituer la grande force des modes amiables de règlement des conflits, permettant l'élaboration d'accords sophistiqués répondant aux plus près aux aspirations des parties. La stipulation d'une clause de médiation se révélera ainsi, dans la grande majorité des cas, utile et efficace dans le traitement amiable des conflits entre les partenaires contractuels. Dans ce cas, la violation de l'obligation de négocier une solution amiable ne mériterait-elle pas d'être sanctionnée ?

115. **La question de la sanction de l'irrespect de la clause.** Dans certaines hypothèses, le principe de la sanction ne fait pas de doute. C'est le cas par exemple lorsqu'une partie refuse radicalement de discuter. Le principe de la violation étant acquis, se pose alors la question de la consistance de la sanction, mais également de sa preuve. La médiation étant couverte par une obligation de confidentialité, la preuve de la mauvaise foi dans le respect de cette confidentialité pourra apparaître des plus difficiles, d'autant que cette confidentialité est « une condition de l'impartialité du juge amené à connaître ultérieurement du différend »<sup>2</sup>. Cela impliquerait que l'action sanctionnant le non respect de l'obligation de négocier de bonne foi soit portée devant un autre juge que celui auquel sera confié la mission de trancher le différend originel. Ainsi dès lors que la mauvaise foi se manifesterait autrement que par la non-participation effective aux opérations de médiation, sa preuve se révélera compliquée à rapporter<sup>3</sup>.

116. **L'inadéquation de la sanction contractuelle.** La détermination des sanctions applicables à la violation de l'obligation mise à la charge des parties par la clause n'est pas plus aisée ni satisfaisante. L'exécution forcée de l'obligation est illusoire : on ne saurait contraindre une partie à négocier de bonne foi alors qu'elle n'en a pas réellement l'intention, à moins de se satisfaire d'une hypocrisie manifeste. Seule l'attribution de dommages et intérêts semble envisageable, mais surgit alors l'épineuse question du préjudice. Quel dommage est en effet infligé à qui se voit refuser de négocier une solution amiable à un conflit en contravention à une obligation de négocier ? Le préjudice ne saurait être que la perte d'une chance d'éviter les coûts de l'action en justice, puisque même si des négociations de bonne foi avaient eu lieu, rien ne permet d'affirmer qu'elles auraient abouti à un accord. Or l'engagement de frais de justice ne

---

<sup>1</sup> P. Level : « A propos de la médiation dans la vie des affaires », *JCP E* 1989, n° 46, II, p. 641, *sp.* p. 644.

<sup>2</sup> X. Lagarde : « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. arb.* 2000, p. 377, *sp.* p. 393.

<sup>3</sup> X. Lagarde : « Rapport sur la fin de non-recevoir tirée d'une clause instituant un préalable obligatoire de conciliation », *La procédure civile. BICC* 2004, hors série, rencontre Université-Cour de cassation.

constitue pas, selon la jurisprudence, en soi un préjudice indemnisable<sup>1</sup> autrement que par l'article 700 du CPC. La volonté initiale des parties trouve ainsi sa limite dans leur volonté lors du traitement du conflit, sur laquelle elles avaient pourtant probablement porté les plus grands espoirs pour résoudre amiablement le conflit.

Les sanctions contractuelles de la violation de ces clauses sont donc clairement insatisfaisantes. « Le souci de donner auxdites clauses leur efficacité maximum doit se traduire par une recherche, non des obligations qu'elles feraient naître, mais des moyens d'en stimuler la fibre conciliatrice »<sup>2</sup>. Pour ne pas laisser vaines les clauses de médiation préalables, la jurisprudence s'est ainsi résolue à leur attribuer des conséquences processuelles pour pallier la difficile, voire impossible sanction contractuelle de leur violation<sup>3</sup>.

## 2° Les conséquences procédurales des clauses de médiation

117. **La vigueur de l'effet sur la procédure.** Pour saisir tout l'impact de la volonté initiale des parties et les effets de celle-ci sur la procédure régissant le contentieux lors de la survenance du litige, il importe d'examiner précisément les conséquences attachées à la stipulation d'une clause de conciliation préalable. On observe ainsi la faveur patente à l'égard du règlement amiable, par la médiation, des conflits avant toute action en justice se manifestant à travers les conséquences procédurales attribuées à ces stipulations dès lors qu'elles sont considérées comme constituant de véritables préalables à l'action<sup>4</sup>. Ces conséquences sont d'une grande vigueur lorsqu'une juridiction étatique est amenée à connaître de la violation de la clause. En matière d'arbitrage en revanche, le respect de la clause de médiation préalable semble pour l'instant plus incertain<sup>5</sup>.

L'inadéquation des sanctions contractuelles de la violation de l'obligation de tenter de résoudre amiablement le différend par la médiation a poussé la jurisprudence à adopter une vision moins contractuelle que processuelle de ces stipulations, et à leur reconnaître un lien fort avec l'action en justice qu'elles ont pour but de rendre inutile, ou plus prosaïquement d'écarter le temps de la recherche d'une solution amiable. Pour ce faire, la jurisprudence s'est manifestement appuyée

---

<sup>1</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 juill. 2004, n° 03-15155 ; *Bull. civ.* II, n° 365, p. 309 ; *Dr. et proc.* 2005, comm. 29, obs. F. Vinckel ; *D.* 2004, p. 2195.

<sup>2</sup> X. Lagarde : « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. arb.* 2000, p. 377, *sp.* p. 396.

<sup>3</sup> Sur la question, *v. not.* Ch. Boillot : « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », *RTD com.* 2010, p. 243.

<sup>4</sup> La jurisprudence a récemment eu l'occasion de préciser que pour qu'une telle négociation assistée soit obligatoire préalablement à l'exercice de l'action en justice, la clause la prévoyant devait établir des « conditions particulières de mise en œuvre » (Cass. com. 29 avr. 2014, n° 12-27004 ; *Bull. civ.* IV, n° 76 ; *D.* 2014, p. 1044 et p. 2541, obs. Th. Clay ; *D.* 2015, p. 287, obs. N. Fricero ; *AJCA* 2014, p. 176, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 2014, p. 655, obs. H. Barbier ; *JCP* 2014, act. 607, obs. H. Croze ; *JCP* 2014, 711, O. Sabard). Par cette décision, la Cour de cassation vient restreindre l'impact de clauses négligemment rédigées par les parties sans que celles-ci ne se soient précisément accordées sur une procédure à suivre dans le cadre de ces négociations amiables.

<sup>5</sup> En matière d'arbitrage international, il a en effet été décidé, par une justification juridique orthodoxe, que, « le moyen tiré d'une méconnaissance, par l'arbitre, d'une clause de conciliation préalable n'entre pas dans les cas d'ouverture prévus par l'article 1502 » : CA Paris, 4 mars 2004 ; *Rev. arb.* 2005, p. 143, note F.-X. Train, qui propose de substituer le fondement de l'article 1502-3 pour contester le pouvoir des arbitres de trancher une contestation qui n'a pas fait l'objet d'une tentative de négociation amiable. Une telle position, si elle est justifiée en droit, ne permet pas d'imposer le respect de la clause de conciliation préalable, allant ainsi à rebours de la tendance favorable à la justice négociée.

sur l'analyse opérée par le professeur Loïc Cadiet selon laquelle l'obligation de négocier se subdivise en 3 et non deux obligations distinctes, la troisième obligation découverte étant une obligation de ne pas faire : ne pas porter le différend en justice avant que sa tentative de traitement amiable ait eu lieu<sup>1</sup>.

118. **La qualification de fin de non-recevoir.** La chambre mixte de la Cour de cassation, par un arrêt en date du 14 février 2003, très abondamment commenté, a mis fin à la divergence entre la première<sup>2</sup> et la deuxième chambre civile<sup>3</sup> de la Cour de cassation. Elle a en effet décidé 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 »<sup>4</sup>. La qualification de fin de non-recevoir peut être considérée comme particulièrement lourde de signification. Selon la définition donnée par l'article 122 du Code de procédure civile<sup>5</sup>, la fin de non-recevoir n'est autre que la sanction du défaut de droit d'agir. La clause de conciliation ou de médiation préalable constitue une renonciation temporaire des parties à leur droit de porter le différend en justice. Les effets de la fin de non-recevoir sont identiques à ce en quoi pourrait résulter l'exécution en nature de la clause : pour pouvoir agir en justice, le demandeur doit s'exécuter.

On peut s'interroger sur le fait de savoir si le respect de ce préalable de médiation s'imposera en toutes circonstances. Le seul fait de ne pas mettre en œuvre la procédure de conciliation prévue contractuellement ne saurait être considéré comme une renonciation implicite au recours à la conciliation<sup>6</sup>. Le déclenchement de la procédure juridictionnelle par le demandeur lui interdit, fort logiquement, de soulever, par la suite, la fin de non-recevoir tirée de l'absence de mise en œuvre de la clause de médiation préalable, car alors sa volonté de renoncer au bénéfice de la clause semble indubitable.

---

<sup>1</sup> En ce sens, un auteur considère également que les clauses de médiation et de conciliation constituent une manifestation provisoire de l'obligation de ne pas agir en justice (Ph. Grignon : « L'obligation de ne pas agir en justice », *in Mél. Ch. Mouly*. Litec, 1998, p. 115, *sp.* p. 120).

<sup>2</sup> Qui avait décidé que le préalable de conciliation n'était pas obligatoire, mais pis encore, que la violation de l'obligation de mettre en œuvre la médiation ou la conciliation n'était assortie d'aucune sanction : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 23 janv. 2001, n° 98-18679 ; *Bull. civ. I*, n°11, p. 7 ; *D.* 2001, somm. p. 3088, obs. J. Penneau ; *JCP* 2001, IV, 1484 ; *RTD civ.* 2001, p. 359, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP* 2001, I, 330, obs. G. Virassamy ; *Rev. arb.* 2001, p. 749, note Ch. Jarrosson ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 mars 2001, n° 98-15502 ; *Bull. civ. I*, n° 58 p. 37 ; *D.* 2001, jur. p. 1868, note B. Edelman ; *JCP* 2002, II, 10014, note F. Pollaud-Dullian ; *JCP E* 2001, p. 1050, note C. Caron et p. 1382, note F. Sardain ; *Rev. arb.* 2001, p. 749, note Ch. Jarrosson.

<sup>3</sup> Cass. 2<sup>er</sup> civ., 6 juill. 2000, n° 98-17827, non publiée ; *D.* 2001, somm. p. 3088 ; *RTD civ.* 2001, p. 359, obs. J. Mestre et B. Fages ; *CCC* 2001, n° 2, note L. Leveneur ; *Rev. arb.* 2001, p. 749, note Ch. Jarrosson.

<sup>4</sup> Cass. Ch. Mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19423 ; *Bull. ch. Mixte* n° 1, p. 1 ; *D.* 2003, p. 1386, note P. Ancel et M. Cottin et p. 2480, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2003, p. 294, obs. J. Mestre et B. Fages et p. 349, obs. R. Perrot ; *JCP* 2003, I, 128, obs. L. Cadiet, n°142, n° 13, obs. G. Virassamy et n° 164, *sp.* n° 9, obs. Ch. Seraglini ; *JCP E* 2003 n°19, p. 707, comm. H. Croze et D. Gautier ; *Rev. arb.* 2003, p. 403, note Ch. Jarrosson ; *CCC* 2003, comm. 84, L. Leveneur ; *Procédures* 2003, comm. 93, H. Croze ; *PA* 2003, n° 51, p. 13, note L. Bernheim ; *RDC* 2003, n° 1, p. 182, note L. Cadiet ; *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> avr. 2003, n° 91, p. 8, note Th. Montéran ; depuis Cass. com., 17 juin 2003, n° 99-16001 ; *Bull. civ. IV*, n° 101, p. 112 ; *D.* 2003, IR, p. 1945 ; *RTD civ.* 2004, p. 136, obs. R. Perrot ; *JCP* 2003, IV, 2437 ; *Procédures* 2003, comm. 213, R. Perrot ; *RDC* 2004, p. 417, obs. X. Lagarde ; *Gaz. Pal.* 9-10 juill. 2004, p. 7, obs. E. du Rusquec ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 30 oct. 2007, n° 06-13366 ; *Bull. civ. I*, n°329 ; *PA* 20 mars 2008, p. 10, note G. Huchet.

<sup>5</sup> Qui dispose que : « 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 de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

<sup>6</sup> Cass. com. 28 nov. 1995, n° 94-12285, non publiée ; *Rev. arb.* 1996, p. 613, note Ch. Jarrosson.

Des exceptions doivent être réservées, au regard de la finalité « première » de la clause de médiation préalable, qui est de permettre aux parties de donner une chance au règlement amiable de leur différend avant de le porter au contentieux. Jusqu'à récemment, la clause de médiation préalable semblait avoir un champ d'application encore plus large et s'imposait non pas tant dans la temporalité que dans la finalité. Il était en effet admis que la fin de non-recevoir pouvait être régularisée en cours d'instance, ce qui revenait à considérer que la clause avait pour objectif de contraindre les parties à négocier pas uniquement à l'aube du procès mais plutôt avant d'obtenir une solution juridictionnelle à leur litige<sup>1</sup>. Une telle décision semblait contraire à la lettre de la clause de médiation préalable imposant l'obligation de ne pas saisir le juge avant d'avoir mis en œuvre la clause. Elle se justifiait cependant au regard de l'esprit plus général de la clause, qui est d'éviter que le conflit ne soit tranché par le juge avant que les parties n'aient tenté de négocier amiablement une solution. Statuer différemment porterait ainsi atteinte à la finalité de la clause et entraînerait des conséquences procédurales prenant l'exact contrepied de l'objectif de célérité de la justice puisque l'invocation du non respect de la clause au cours d'une procédure judiciaire déjà bien engagée aurait nécessairement pour effet d'anéantir la procédure déjà engagée, obligeant les parties à repartir de zéro.

C'est pourtant la voie qu'a récemment consacré la chambre mixte de la Cour de cassation qui a décidé<sup>2</sup> que la fin de non-recevoir opposée en cas de non respect d'une clause de médiation préalable ne peut faire l'objet d'une régularisation en cours d'instance. Pour « inopportunes »<sup>3</sup> que soient les conséquences d'une telle solution, elle semble tout a fait justifiée en droit puisque effectivement le droit d'action des parties était temporairement indisponible au moment de l'introduction de l'action en raison de l'absence de mise en œuvre de la clause. Il peut être inféré d'une telle décision que la fin de non-recevoir tirée du non respect d'une clause de médiation préalable est radicalement insusceptible de régularisation<sup>4</sup>. Cela revient à appuyer l'importance accordée au fait que la négociation doit avoir lieu préalablement à l'action en justice.

Ne serait-il pas plus logique, dans cette perspective, de circonscrire temporellement la possible invocation du défaut d'action et de ne permettre celle-ci qu'à l'aube de l'instance et non une fois celle-ci déjà engagée au fond ? Une telle position présenterait l'intérêt d'éviter que les clauses imposant un préalable à l'action en justice ne soient détournées de leur objectif dans un but dilatoire, engendrant une perte de temps et de moyens préjudiciables aux parties qui pourraient se retrouver à la merci de leur adversaire peu scrupuleux. Ce serait alors la qualification de fin de non-recevoir elle-même qu'il conviendrait de modifier, afin de consacrer une autre qualification plus respectueuse de ce conditionnement temporel de la clause. Nombre d'auteurs s'accordent ainsi pour dénoncer l'inadéquation de la qualification de fin de non-

---

<sup>1</sup> Une décision (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 déc. 2010, n° 09-71575 ; *Bull. civ.* II, n° 212 ; *D. act.*, 18 janv. 2011, obs. C. Tahri ; *RTD civ.* 2011, p. 170, obs. R. Perrot) avait en effet admis que « le défaut de mise en œuvre d'une clause d'un contrat 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 ».

<sup>2</sup> Cass. Ch. Mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19684 ; *D. act.* 6 janv. 2015, obs. M. Kébir ; *D.* 2014, p. 298, note Ch. Boillot ; *D.* 2015, p. 287, obs. N. Fricero ; *JCP* 2014, 1328, obs. G. Deharo ; *JCP* 2015, 115, note N. Dissaux ; *Procédures* 2015, n° 30, note H. Croze ; *AJCA* 2015, p. 128, obs. K. de la Asuncion Planes ; *Gaz. Pal.* 10 mars 2015, obs. S. Amrani-Mekki ; la solution vient sans surprise d'être reprise par la 2<sup>ème</sup> chambre civile : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 janv. 2015, n° 13-24269, non publiée ; H. Barbier : « Les clauses de conciliation s'appliquent à toute procédure, et avant toute procédure ! », *D.* 2015, p. 131.

<sup>3</sup> N. Dissaux, note crit. à la *JCP* 2015, 115.

<sup>4</sup> Dans le cas contraire, l'article 126 du CPC aurait validé la régularisation en cours d'instance.

recevoir et les effets délétères qu'elle est susceptible d'engendrer. En effet, « qui ne voit que l'invocation tardive d'une telle exception (de conciliation) - par exemple, pour la première fois dans les conclusions récapitulatives - est l'expression d'une stratégie dilatoire (au sens péjoratif et non au sens propre) et que donner effet à cette dernière reviendrait à trahir l'esprit de la conciliation, qui, faut-il le rappeler, doit être un facteur de simplification et non de complication du litige ? »<sup>1</sup>.

119. **Médiation et disponibilité des droits.** Cette tentative de règlement amiable du conflit ne semble par ailleurs avoir de sens que lorsque les droits en question peuvent faire l'objet d'une transaction, sauf à soumettre l'accord sur des droits indisponibles à un juge<sup>2</sup> ou à se contenter d'un protocole d'accord de force contractuelle. Permettre aux parties de rechercher un accord qui serait nécessairement contraire à l'ordre public, très fragile de ce fait, serait en effet peu judicieux. Pourtant certains auteurs se sont prononcés en sens contraire, arguant que la conciliation pourrait tout de même se révéler utile lorsque les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, dans un but somme toute pédagogique, « simplement pour amener les parties à réfléchir sur leur action et sur l'économie qu'elles vont donner à leurs demandes »<sup>3</sup>. Certes, la discussion dans une tentative d'apaisement ne saurait en elle-même être néfaste et pourrait aboutir à un apaisement du conflit de nature à faire disparaître le litige. Il semble cependant légitime de s'interroger sur la vigueur procédurale alors accordée à cette obligation de se mieux comprendre sans toutefois pouvoir valablement s'accorder.

À l'instar d'autres clauses relatives aux litiges, la clause de médiation préalable n'est pas affectée par l'invocation de la nullité du contrat qui la contient<sup>4</sup> en raison de sa finalité. Conclue pour éviter le procès, elle devrait pouvoir trouver à s'appliquer, sauf exception, dans tous les cas dans lesquels le procès pourrait être intenté par les parties, hormis ceux dans lesquels les vices affectant le contrat se cristallisent précisément sur la clause, ce qui semble devoir être une hypothèse marginale considérant son caractère peu contraignant. Il apparaît ainsi que la clause de médiation préalable pourrait être invoquée avec succès pour écarter, temporairement, la poursuite d'une action tendant au prononcé de la nullité ou de l'inexistence du contrat. En cela, la clause de médiation préalable jouit de la même autonomie par rapport au contrat principal que les clauses aménageant la compétence<sup>5</sup>.

120. **Clause de médiation préalable et référé.** On s'est également interrogé sur la question de savoir si le non respect d'une telle clause pourrait être invoqué par une partie pour faire échec à la saisine du juge des référés<sup>6</sup>. La Cour d'appel de Paris avait en effet, antérieurement à l'arrêt de la chambre mixte, décidé que le juge des référés pouvait être saisi d'une demande urgente nonobstant l'existence d'une clause de conciliation<sup>7</sup>. Plusieurs cours d'appel ont par la suite adopté la même solution<sup>8</sup>. Une décision de la troisième chambre civile de la Cour de cassation

<sup>1</sup> X. Lagarde : « Rapport sur la fin de non-recevoir tirée d'une clause instituant un préalable obligatoire de conciliation », *BICC 2004, La procédure civile*. hors série, rencontre Université-Cour de cassation.

<sup>2</sup> *V. infra* n° 545.

<sup>3</sup> A. Bénabent : « La fin de non-recevoir tirée d'une clause instituant un préalable obligatoire de conciliation », *BICC 2004, La procédure civile*. hors série, rencontre Université-Cour de cassation.

<sup>4</sup> *V. Cass.* 2° civ., 6 juill. 2000, n° 98-17827, *préc.* qui justifie cependant sa position par l'interprétation de la clause.

<sup>5</sup> *v. infra* n° 273.

<sup>6</sup> *v. sur le sujet* G. Huchet : « La clause de médiation et le traitement de l'urgence », *PA 2008*, n°218, p. 3.

<sup>7</sup> CA Paris, 14° ch., sect. A, 4 juillet 2001, *BICC 2002*, n° 549, n° 125.

<sup>8</sup> CA Toulouse, 9 mars 2006, *juris-data* n° 2006-299563 ; CA Aix-en-Provence, 19 juin 2007, *Juris-data* n° 2007-342525 ; CA Paris, 30 janv. 2008 ; *Gaz. Pal.* 29 mars 2008, n° 89, *somm.* p. 38 ; CA Rouen, 21 oct. 2008,



en date du 28 mars 2007<sup>1</sup> s'est prononcée dans le même sens pour une action tendant à la conservation ou l'établissement de preuves avant tout procès prévue par l'article 145 du Code de procédure civile<sup>2</sup>.

Quant au référé-provision, justifié par l'absence de contestation sérieuse de l'obligation, plusieurs auteurs<sup>3</sup> semblent avancer que la clause de conciliation ou de médiation préalable devrait y faire obstacle en absence d'urgence<sup>4</sup>, car le référé provision serait, « peu ou prou, un préjugement »<sup>5</sup>. La Cour de cassation s'est également, semble-t-il, prononcée en ce sens<sup>6</sup>. Cependant, en absence de contestation sérieuse et donc d'incertitude sur les droits et obligations respectifs des parties, il est peu probable que le demandeur soit prêt à transiger. Le risque d'utilisation du préalable obligatoire de médiation en tant qu'instrument d'une tactique dilatoire d'une partie est alors encore plus grand.

En opportunité, le jeu d'une telle clause de temporisation pour faire obstacle aux procédures rapides peut ainsi être questionné. La raison d'être du référé provision est en effet d'obtenir une mesure provisoire justifiée par l'absence de doute sur les droits d'une partie. En l'absence d'un tel doute, est-il réellement judicieux et juste d'opposer un obstacle temporel, qui se révélera en ce cas souvent être un obstacle purement formel, à une mesure qui apparaît justifiée ? De plus, il est possible que cette faculté ouverte aux parties d'écarter l'application de la clause de conciliation préalable lorsqu'elles sollicitent du juge le prononcé de mesures provisoires ne soit pas, en termes psychologiques, propice au succès des opérations de règlement amiable du différend. En effet, « il est difficile de se défaire de l'idée que le recours au juge, fût-il le juge du provisoire, va dans de nombreux cas être interprété par l'autre partie comme une véritable déclaration de guerre judiciaire, ou à tout le moins comme un acte hostile, et hypothéquer ainsi toute possibilité réelle de parvenir à une solution amiable »<sup>7</sup>. C'est la raison pour laquelle, lorsqu'ils concluent une stipulation imposant des négociations obligatoires préalables à toute action en justice, les contractants devront sérieusement se poser la question de savoir si l'hypothèse du recours en référé provision ne devrait pas être écartée du préalable de la négociation obligatoire. Rien ne semblerait en effet s'opposer à ce que les contractants aménagent avec plus de précisions les cas dans lesquels la stipulation ne devrait pas trouver à s'appliquer.

---

Juris-data n° 2008-006444 ; *RDC* 2009, n° 3, p. 1160, note C. Pelletier ; *CCC* n° 4, avril 2009, comm. 101, N. Mathey.

<sup>1</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 mars 2007, n° 06-13209 ; *Bull. civ.* III, n° 43, p. 37 ; *Procédures* 2007, com. 104, R. Perrot ; *JCP* 2007, I, 200, n° 9, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2007, p. 807, obs. Ph. Théry.

<sup>2</sup> Article 145 CPC : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

<sup>3</sup> H. Croze et D. Gautier, comm. sous Cass. Ch. Mixte, 14 févr. 2003, *JCP E* 2003 n°19, p.707 ; note X. Lagarde sous Cass. 1<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2005, *RDC* 2005, n° 4, p. 1141.

<sup>4</sup> L'urgence est en effet de nature à justifier l'octroi d'une provision : CA. Paris, 14<sup>e</sup> Ch., sect. B, 13 oct. 2006 ; *BICC* 2007 n° 653, n° 131 : « La clause instituant une procédure de médiation préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si une partie l'invoque. Toutefois, une telle clause ne prive pas le juge des référés du pouvoir d'allouer, dans les conditions de l'article 873 du nouveau code de procédure civile, une provision au créancier si l'urgence justifie de passer outre le processus de règlement amiable du conflit ».

<sup>5</sup> H. Croze et D. Gautier, comm. sous Cass. Ch. Mixte, 14 févr. 2003, *JCP E* 2003 n°19, p.707.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 9 nov. 2006, n° 05-19443, non publiée.

<sup>7</sup> C. Pelletier : « Clause de conciliation et référé », note sous CA Rouen, 21 oct. 2008, *Juris-data* n° 2008-006444 et sous CA Paris, 7 mai 2008, *Juris-data* n° 2008-365486 ; *RDC* 2009, n° 3, p. 1160, *sp.* n° 7.

En droit, le respect du préalable de conciliation est la stricte application de la force obligatoire des conventions et de l'article 1134 du Code civil. Passer outre en raison de l'inadéquation de la mesure au moment où elle devrait être mise en œuvre serait une atteinte injustifiée à ce principe fondamental. C'est pourquoi bien qu'il ne semble pas adéquat de refuser l'accès au référé provision au créancier manifestement dans son droit, l'obligation de négocier induite par la clause de médiation ne devrait pas pour autant disparaître en ce cas à défaut de précision des parties. Même lorsque les droits respectifs des parties sont clairement définis, l'intérêt pour la négociation n'apparaît pas pour autant nul, notamment pour restaurer la communication ou trouver des voies de traitement du conflit plus appropriées que la simple provision qui pourrait être accordée au demandeur.

121. **Une sanction efficace mais rigoureuse.** La rigueur de la sanction de la non mise en œuvre de la clause de médiation préalable a été dénoncée<sup>1</sup> : « il faudra désormais prendre au sérieux les clauses de conciliation préalable, car si leur effet positif est faible (nul n'est tenu de se concilier et le conciliateur n'est pas un arbitre), en revanche leur effet négatif est désormais puissant et peut contrarier efficacement la mise en œuvre d'un contentieux judiciaire »<sup>2</sup>. Il semble en effet que pouvoir soulever l'irrecevabilité de la demande en tout état de la procédure contrevienne à l'objectif de la clause, qui est de favoriser le règlement du conflit avant de se présenter devant les tribunaux. La disparité de régime entre la clause compromissoire et la clause de médiation préalable a également été soulevée comme une source potentielle d'écueils procéduraux, du moins allant à rebours de la cohérence chronologique de traitement du conflit<sup>3</sup>. Cette inégalité de traitement est susceptible d'entraîner une possible instrumentalisation à mauvais escient d'une clause aspirant à la concorde.

122. **Incidence sur les délais de la mise en œuvre de la stipulation.** Afin d'assurer la sécurité du recours à ces procédures de tentative de règlement amiable des différends avant tout recours au juge, la Chambre mixte de la Cour de cassation a également posé le principe de la suspension du cours de la prescription à compter de la « mise en œuvre » de la clause de médiation jusqu'à son issue<sup>4</sup>. Une telle solution était impérative pour préserver les droits des parties de faire entendre leur cause devant un juge en cas d'échec de la procédure amiable, mais laissait en suspend la définition du moment de la « mise en œuvre de la clause ». On aurait pu croire que la réforme du droit de la prescription aurait consacré cette solution d'une logique absolue. Il n'en a rien été, puisque la rédaction de la loi du 17 juin 2008 qui a modifié l'article 2238 du Code civil<sup>5</sup> pourrait être interprétée comme ne concernant que les accords de médiation intervenant « après la survenance d'un litige ». Or la clause de conciliation préalable est contenue dans le contrat initial, et ne devrait pas nécessiter d'accord postérieur à la naissance du litige pour entraîner la suspension de la prescription.

---

<sup>1</sup> X. Lagarde : « Rapport sur la fin de non-recevoir tirée d'une clause instituant un préalable obligatoire de conciliation », *La procédure civile. BICC 2004*, hors série, rencontre Université-Cour de cassation.

<sup>2</sup> H. Croze et D. Gautier, comm. sous Cass. Ch. Mixte, 14 févr. 2003, *JCP E 2003* n°19, p. 707.

<sup>3</sup> X. Lagarde : « Rapport sur la fin de non-recevoir tirée d'une clause instituant un préalable obligatoire de conciliation », in *La procédure civile. BICC 2004*, hors série, rencontre Université-Cour de cassation.

<sup>4</sup> La Chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé que la suspension ne concerne que les délais de prescription. La clause de conciliation est ainsi sans effet en matière de déchéance du droit à réparation de l'agent commercial prévue par l'article L. 134-12 du Code de commerce (Cass. com. 27 sept. 2005, n° 03-18579 ; *JCP E 2006*, 1207, note. M. Faure-Abbad).

<sup>5</sup> L'article 2238 al. 1 du Code civil dispose désormais : « 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 ».

Malgré ce que l'on pourrait qualifier d'imprécision, il ne fait pas de doute que la solution dégagée par la jurisprudence doit être pérenne. Le raisonnement est implacable : dès lors qu'une partie est empêchée d'agir en raison de l'absence de mise en œuvre de la clause de conciliation préalable, la prescription doit être suspendue. L'article 2234 du Code civil<sup>1</sup> prévoit expressément la suspension de la prescription en cas d'empêchement résultant du contrat. La fin de non-recevoir conventionnelle tirée du non respect de la clause de conciliation justifie à ce titre pleinement et sans ambiguïté la suspension du délai de prescription. Cette solution dégagée au sujet de la clause de médiation ou de conciliation préalable mériterait sans aucun doute d'être consacrée par la loi mais également d'être étendue à tous les autres modes de traitement amiable des litiges dont l'objectif est précisément d'écarter, au moins momentanément, les parties du prétoire. En l'absence d'une telle règle de clémence relative à la suspension des délais de prescription, les modes alternatifs de règlement des litiges sont en effet voués à se déployer fébrilement dans un temps contraint qui semble peu propice à des discussions sereines.

123. ***L'aura de la concorde.*** L'insertion d'une clause de médiation préalable dans un contrat constitue ainsi pour les parties la faculté d'influer sur le déroulement de la procédure. Elle est appuyée par une jurisprudence nettement favorable au plein effet de la clause, et ce même en cas de doute sur son interprétation, comme le démontre une décision décidant que le préalable de médiation devait être appliqué, alors même que le contrat prévoyait explicitement le recours au juge en cas de « refus de la médiation »<sup>2</sup>. Son objet particulier, le litige qu'il importe de résoudre par la concorde emporte une autre de ses spécificités, qu'elle partage d'ailleurs avec d'autres clause ayant le même objet, sa « circulation ». Il est en effet admis que la clause circule avec le contrat qui la contient. Elle pourra ainsi être opposée au subrogé et ce même en l'absence de sa connaissance personnelle de la clause<sup>3</sup>.

Cette bienveillance, peut-être parfois qualifiable d'excessive<sup>4</sup>, des juges s'explique notamment par la tendance incontestable en faveur de la solution négociée des conflits. Le respect de la clause de médiation participe à l'allègement des rôles de certaines affaires, du moins dans un premier temps et, en contribuant au désengorgement des tribunaux, tend vers une plus grande disponibilité du service public de la justice. La médiation semble indubitablement bénéfique à la justice et à son organisation lorsqu'elle est envisagée sous l'angle d'un service public. Sa contribution à la Justice absolue, conçue comme « bien autre chose »<sup>5</sup> qu'un service public, peut dans certaines circonstances être mise en doute. L'intérêt qu'elle peut présenter pour les parties qui y recourent semble cependant important. La solution négociée, manifestation de volonté actuelle des parties, doit certainement être préférée à la solution imposée : elle est

---

<sup>1</sup> « La prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure ».

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 avr. 2009, n° 08-10866 ; *Bull. civ.* I, n° 78 ; *D.* 2009, p. 1284, note X. Delpech qui relève que « le doute quant à l'interprétation de la clause- profite à la médiation ».

<sup>3</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 avr. 2011, n° 10-30721 ; *Bull. civ.* III, n° 58 ; *D.* 2011, act. p. 1282 ; *JCP* 2011, doct. 1030, n° 8, obs. G. Loiseau ; *Procédures* 2011, comm. 220, R. Perrot ; *JCP* 2011, 1397, n° 3, obs. Th. Clay.

<sup>4</sup> On peut en effet s'interroger, avec un auteur, sur la pertinence d'une solution si rigoureuse : « en présence d'une clause de médiation non obligatoire, ne vaudrait-il pas mieux compter sur la capacité de persuasion du juge à provoquer une médiation plutôt que sur une fin de non-recevoir consistant à renvoyer les parties à une médiation dont l'une des deux ne veut pas » ? (O. Cuperlier : « Une nouvelle avancée de la médiation ? », note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 avr. 2009, *JCP* 2009, n°26, 43).

<sup>5</sup> B. Vatié : « La justice est elle un service public ? », *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à P. Drai*. Dalloz. 2000, p. 141, *sp.* p. 147.

mieux acceptée, plus contextualisée et mieux exécutée de ce fait. Peut-être cette justification téléologique et, finalement, quelque peu idéaliste de la clause de médiation, censée contribuer à la pacification des conflits contractuels, devrait-elle être dépassée pour aborder les solutions consensuelles auxquelles elle aboutit avec une plus grande objectivité. Le regard que portent les juges sur la transaction apparaît à cet égard éclairant<sup>1</sup>.

La clause de médiation permet aux parties une véritable gestion du déroulement du conflit et de son éventuelle cristallisation en litige, et ce notamment par la maîtrise du temps. « L'entreprise trouve dans la clause de médiation le moyen d'intégrer les impératifs juridiques de gestion des litiges dans la mise en œuvre de sa stratégie en s'appropriant l'exercice du droit d'action »<sup>2</sup>. La temporisation qu'elle induit permet par ailleurs aux parties une anticipation du litige s'il venait à devoir être tranché par un juge, pour gérer le conflit et ses suites, notamment en termes de communication<sup>3</sup> ou d'allocation de ressources dans l'anticipation de la procédure. L'efficacité processuelle de la clause de médiation permet aux parties « d'aménager le risque juridique généré par l'action en justice sur l'exercice de l'activité entrepreneuriale. De sorte que la médiation apparaîtrait, sous cet éclairage, comme la manifestation d'un phénomène plus global d'hybridation des rationalités managériales et judiciaires permettant de rationaliser l'aménagement de l'exercice de l'action au profit de la stratégie de l'entreprise »<sup>4</sup>.

## Section 2 La gestion des conflits d'évaluation

124. *L'élaboration de processus spécifiques.* Consciente de ce que parfois les divergences d'évaluation d'une même situation sont à l'origine de conflits pouvant mettre en péril le projet tout entier, la pratique contractuelle a forgé des remèdes souples, adaptables à souhait, pour tenter de prévenir ou, à défaut, de résoudre ces différends de manière rapide et efficace. Par ces procédures non contentieuses, les parties entendent tenter d'éviter le traitement trop formel et chronophage de leur différend.

Ces remèdes en appellent parfois uniquement à la bonne volonté des parties, constituant en une procédure de renégociation d'un contrat devenu déséquilibré. Mais parfois aussi, conscientes de ce que leurs positions ne pourront être assouplies sans un point de vue extérieur, elles ont prévu l'intervention de tiers pour tenter de régler le conflit d'évaluation qui pourrait les opposer, par l'information. Le recours à des tiers qualifiés pour éclairer les parties ou leur donner un avis tend à pallier l'asymétrie d'information, à l'origine de nombreux différends. Les contractants vont alors prévoir le suivi du projet par une personnalité extérieure susceptible de désamorcer certains différends, ou de les régler par des procédures adaptées dans des délais souvent bien inférieurs à ceux que les procédures juridictionnelles sont susceptibles d'offrir.

Issues du développement outre-Atlantique des modes de résolution amiable des conflits à partir des années 70, ces techniques originales visant à saisir le conflit dès avant sa naissance se sont peu à peu répandues, par le biais des contrats internationaux, dans d'autres systèmes juridiques. Leur origine américaine continue cependant de se faire ressentir, car bien que des traductions aient pu être trouvées, leur désignation en anglais reste toujours très répandue. On nous pardonnera ainsi d'utiliser ces termes anglais, dont l'emploi se justifie tant par la référence aux

---

<sup>1</sup> V. *infra* n° 417.

<sup>2</sup> G. Deharo : « L'efficacité économique de la clause de médiation », *PA* 26 oct. 2011, n° 213, p. 3.

<sup>3</sup> G. Deharo : « L'efficacité économique de la clause de médiation », *PA* 26 oct. 2011, n° 213, p. 3.

<sup>4</sup> G. Deharo : « L'efficacité économique de la clause de médiation », *PA* 26 oct. 2011, n° 213, p. 3.

modèles originaux que par la volonté d'exclure la confusion que la traduction française est susceptible d'entraîner.

La démarche qui anime nombre de ces stipulations apparaît résolument positive et s'appuie sur la bonne foi des parties, sur l'esprit de collaboration dont elles doivent faire preuve pour résoudre aux mieux les conflits des opposant, et impliquant « des attitudes, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun »<sup>1</sup>. Cet esprit, flamboyant dans les clauses de *hardship*, transparait également des clauses instaurant des procédures de suivi du contrat comme les *dispute boards*. Il n'est pas non plus absent des clauses organisant le recours à l'expertise d'un tiers, car souvent ces clauses sont stipulées dans l'espoir de la continuation du contrat, que les parties se rapprochent spontanément en conséquence de l'avis émis par ce tiers ou qu'elles se soumettent à sa décision.

Le traitement des conflits d'évaluation par ces procédures peut réussir à désamorcer le différend. Mais ne serait-il pas préférable d'essayer d'éviter sa naissance même ? Produits de cette réflexion impliquant de se projeter en amont du différend, certaines clauses appréhendent le conflit d'évaluation ou tentent de le prévenir (§1<sup>er</sup>). Elles constituent cependant très souvent le préalable au déploiement de mécanismes plus vastes de traitement du conflit (§2).

### §1<sup>er</sup> L'appréhension et la prévention des conflits d'évaluation

125. « *Mieux vaut prévenir que guérir* ». Cet adage semble illustrer une tendance contemporaine des orfèvres contractuels de se préoccuper désormais non seulement de la résolution des conflits, mais également plus généralement de la prévention des difficultés qui pourraient surgir durant l'exécution d'un contrat, et ce dès le stade de sa conclusion<sup>2</sup>. Ce phénomène d'anticipation des difficultés se révèle particulièrement nécessaire dans les projets de grande envergure ou dont la durée rend probable la survenance d'éléments perturbateurs. Ces clauses sont d'ailleurs en pratique insérées, dans l'écrasante majorité des cas, dans des contrats se déployant sur une durée très longue. Leur nécessité se fait en effet ressentir au regard de l'importance des enjeux en cause : une relation contractuelle durable, ou un projet dont la bonne fin doit transcender, du moins momentanément, les intérêts particuliers des contractants.

Les clauses d'adaptation<sup>3</sup> du contrat et les clauses instituant un comité d'expert pour suivre au plus près l'exécution du contrat sont deux manifestations marquantes de cet élan. Les clauses d'adaptation envisagent une difficulté en particulier de nature à semer le trouble entre partenaires contractuels : le changement de circonstances ou les modifications d'un élément déterminant de la relation des parties, tel le coût des matières premières. Pour tenter d'encadrer tant que faire se peut ces désordres imprévisibles, les parties vont tenter d'appréhender cette inconnue (A) pour circonscrire les cas dans lesquels l'existence d'un conflit va nécessiter un traitement, et précisément quel devra être le remède à appliquer. Si ces stipulations appréhendent le conflit, c'est pour mieux le prévenir (B).

---

<sup>1</sup> J. Mestre : « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.* 1986, p. 100.

<sup>2</sup> Cette aspiration à la prévention s'illustre notamment par la technique du *partnering*, qui confie la mission à un tiers d'organiser la communication et les relations entre les partenaires, parfois même avant la conclusion du contrat.

<sup>3</sup> Les clauses d'adaptation telles qu'envisagées dans les développements à suivre doivent être distinguées de celles confiant à un tiers la responsabilité d'« aménager les rapports contractuels » des parties, envisagées comme distinctes des clauses de *hardship* par J. Paulsson : « L'adaptation du contrat », *Rev. arb.* 1984, p. 249.

## A. L'appréhension de l'imprévisible par les clauses d'adaptation

126. **La rigidité du contrat, une faiblesse face à l'imprévu.** « Le contrat vécu sera rarement celui qui avait été conçu : il y a loin de la promesse des fleurs aux fruits, de l'idée de l'œuvre à l'œuvre elle-même »<sup>1</sup>. La robustesse contractuelle, dictée par le principe de l'intangibilité du contrat, source de sécurité juridique, se révèle parfois inadaptée aux opérations se déroulant sur le long terme ou d'une particulière complexité lorsque les circonstances ayant présidé à la conclusion du contrat viennent par la suite à être modifiées.

Or « le droit positif ne sait pas traiter l'imprévu. Lorsqu'il fait face à un élément perturbateur n'ayant pas fait l'objet de prévisions contractuelles, le contrat ne sait comment réagir. Le Code civil n'apporte en effet que deux réponses à cette situation délicate. Soit l'évènement revêt les caractères de la force majeure ; il mènera alors à l'extinction du contrat. Soit la perturbation ne s'avère pas réellement imprévisible, irrésistible et absolue ; dans ce cas, l'imprévu est rejeté aux confins du non-droit : il est ignoré. De ces deux branches de l'alternative, aucune ne permet au contrat de faire face à l'imprévu : dans la première, le contrat se retire face à l'imprévu ; dans la seconde, l'imprévu recule devant le contrat. Les solutions proposées souffrent d'un déficit de nuance : n'existerait-il aucun intermédiaire entre la défaite du contrat et la négation de l'imprévu ? »<sup>2</sup>. Les parties ont façonné cet intermédiaire par leurs stipulations contractuelles appréhendant l'imprévu, allant jusqu'à organiser le sacrifice de la force obligatoire de leur convention pour en préserver l'utilité. À cet effet, elles insèrent dans ces contrats des clauses spécifiques<sup>3</sup> dont le but est de favoriser la continuation de la relation contractuelle sur des bases non conflictuelles en prenant en compte les conséquences de cet imprévu. Une grande variété de ces clauses surgit de la pratique pour prévenir le différend, exploitant la souplesse potentielle du lien contractuel pour tenter d'apaiser le conflit avant que celui-ci ne dérive en un litige nécessitant un traitement juridictionnel.

127. **L'introduction d'une certaine souplesse contractuelle.** Les parties pourront ainsi parer à l'imprévisible, en s'en remettant à la puissance de leur bonne volonté au cours de l'exécution du contrat et en insufflant la flexibilité du roseau à leurs engagements. « Le contrat intangible fait place au contrat évolutif. La distinction classique entre les stades de la formation, puis de l'exécution du contrat s'atténue : la négociation initiale est susceptible de renégociations périodiques »<sup>4</sup>. Ce type de clause est particulièrement intéressant, en ce qu'il appréhende les situations dans lesquelles un conflit d'évaluation pourrait se développer, et en organise le traitement en s'appuyant sur la volonté des parties pour tenter de renégocier de bonne foi un contrat bousculé par des forces extérieures aux parties et par là sauver la convention. Or, si rien n'empêche les parties de renégocier leur convention en l'absence d'obligation en ce sens, il est marquant que par ces stipulations les parties s'imposent une véritable obligation de négocier.

La remise en cause de la force obligatoire du contrat doit cependant être encadrée afin de ne pas entraîner une véritable insécurité contractuelle. Conscientes de cet écueil, les parties

---

<sup>1</sup> Ph. Le Tourneau : « De l'art et de la manière de négocier et conclure les contrats internationaux », *Gaz. Pal.* 1996, doct. p. 8, *sp.* p. 11.

<sup>2</sup> L. Thibierge : *Le contrat face à l'imprévu*. Préf. L. Aynès, *Economica*, 2011, *sp.* n° 892, p. 503.

<sup>3</sup> Qualifiées par M. Mekki de « clauses d'adaptation active et passive » : M. Mekki : « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle » *RDC* 2006, p. 1051.

<sup>4</sup> M. Fontaine : « Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCI* 1976, p.7, *sp.* p. 42.

prévoient généralement des conditions devant être remplies pour que s'applique l'obligation de renégocier le contrat. Bien que les clauses d'adaptation automatique soient également une manifestation éclatante de la puissance de la volonté des parties pour faire face à l'imprévu, la spécificité des clauses de *hardship* nous incitera à concentrer notre étude sur l'appréhension par les prévisions des parties des circonstances potentiellement conflictuelles, plus larges que celles envisagées dans les clauses d'adaptation automatique. La pratique de ces clauses de *hardship* exerce d'ailleurs une attraction forte à l'égard du droit positif et du droit prospectif, qui s'oriente vers une reconnaissance des conséquences sur le contrat d'un bouleversement des circonstances. Le contexte et la spécificité de la clause de *hardship* devront dans un premier temps être abordés (1°) pour comprendre l'intérêt pour les parties de définir précisément les situations dans lesquelles la stipulation doit être actionnée (2°).

### 1° Contexte et spécificité de la clause de *hardship*

128. **Définition.** Définie comme « celle aux termes de laquelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre du contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur (*hardship*) injuste »<sup>1</sup>, la clause de *hardship* (traduite en français par les vocables clause d'imprévision, de dureté<sup>2</sup>, de sauvegarde, d'équité, de rééchelonnement, de dislocation économique<sup>3</sup> ou, plus fréquemment de révision<sup>4</sup> ou de renégociation) constitue l'exemple le plus caractéristique de la catégorie des clauses de renégociation ou d'adaptation non automatique.

#### a) Contexte de l'émergence de la clause de *hardship*

129. **Une efficacité économique.** Résultant du constat que « quel que soit le contexte, aucun contrat ne justifie des précautions infinies »<sup>5</sup>, elle s'est développée à partir des années 1970<sup>6</sup> en réponse aux besoins spécifiques de la pratique internationale<sup>7</sup>. Lorsque les éléments sur lesquels s'étaient fondées les parties pour définir l'équilibre de leur contrat sont bouleversés, il apparaît nécessaire d'élaborer un palliatif contractuel à l'absence, dans plusieurs systèmes

---

<sup>1</sup> B. Oppetit : « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *RIDC* 1974, p. 797.

<sup>2</sup> Ph. Le Tourneau : « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mél. P. Raynaud*, Dalloz – Sirey, 1985, p. 349, *sp.* p. 374.

<sup>3</sup> J.-M. Mousseron : *Technique contractuelle*. Éditions juridiques F. Lefebvre, 4<sup>e</sup> éd., 2010, *sp.* n° 1546, p. 623.

<sup>4</sup> Ces dénominations « francisées » de la clause de *hardship* sont critiquées comme inadaptées, sources de potentielles confusions, tout particulièrement pour le terme de clause de sauvegarde qui fait référence à une clause toute différente en droit international public, ou de connotations susceptibles d'influer sur l'attitude adoptée à l'égard de la clause, pour la clause d'équité ; v. M. Fontaine : « Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCI* 1976, p. 7, *sp.* p. 10.

<sup>5</sup> E. Mackaay : « L'efficacité du contrat- une perspective d'analyse économique du droit », in G. Lardeux (dir.) : *L'efficacité du contrat*. Dalloz, 2011, p. 31, *sp.* p. 33 : « pour aucun contrat, il ne vaudra la peine de préciser dans un écrit toutes les éventualités envisageables : à la fin, le coût que cela représenterait ne vaudrait pas la peine. L'idée d'un contrat "complet" est une vue de l'esprit ».

<sup>6</sup> Selon un auteur, l'évènement déclencheur de l'intérêt des praticiens pour ces clauses serait la crise du canal de Suez et les bouleversements entraînés sur les contrats pétroliers : E. Claudel : « Les techniques contractuelles », in P. Daillier, G. de La Pradelle et G. Habib (dir.) : *Droit de l'économie internationale*. CEDIN-Paris X, Paris, Pedone 2004, p. 901, *sp.* p. 905.

<sup>7</sup> B. Oppetit : « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *RIDC* 1974, p. 797.

juridiques, de la théorie de l'imprévision<sup>1</sup> et aux différences de traitement dans les pays qui lui reconnaissent une place en droit privé. Bien que l'évolution contemporaine tende vers la prise en compte des changements de circonstances dans un nombre croissant de législations étrangères<sup>2</sup> ainsi que dans les outils de référence tels les principes Unidroit (6.2.1 à 6.2.3), les Principes du droit européen du contrat (article 6. 111) ou dans la *lex mercatoria*<sup>3</sup>, des îlots de résistance se refusent à admettre un tel tempérament à la force obligatoire du contrat, pourtant identifié comme une source d'efficience<sup>4</sup>. Remédier à un déséquilibre affectant le contrat est essentiel, non seulement pour les parties, mais également plus largement pour la société. L'intérêt de la partie qui souffre du déséquilibre semble évident : éviter la ruine. Celui de son cocontractant est plus subtil mais tout aussi présent : obtenir la bonne exécution de l'opération considérée par le contrat. L'utilité sociale du contrat est également affectée par le déséquilibre. « Le contrat possède dès lors une durée de vie abrégée. Le déséquilibre, tel une maladie, le gangrène progressivement, ce qui risque fort d'entraîner une interruption prématurée des relations entre les partenaires. Par voie de conséquence, le contrat perd de sa valeur macro-économique, et son utilité sociale est considérablement restreinte »<sup>5</sup>.

130. **La position de principe.** En droit privé français, depuis la jurisprudence du *Canal de Craponne*<sup>6</sup> et l'affirmation jurisprudentielle de la prévalence du principe *pacta sunt servanda* sur la *clausula rebus sic stantibus*, il est constant que la théorie de l'imprévision ne saurait recevoir application dans les relations de droit privé<sup>7</sup>. Certaines exceptions ont cependant été

---

<sup>1</sup> Pour le professeur Gaël Piette, le domaine d'intervention de la clause de hardship serait plus étendu que celui recouvert par la théorie de l'imprévision, qui ne concernerait selon cet auteur que les obligations exprimées par une unité monétaire (G. Piette : *La correction du contrat*. Préf. M. Menjucq, PUAM, 2004, *sp.* n° 260, p. 149).

<sup>2</sup> Notamment les législations Italienne, Grecque, Néerlandaise ou encore Algérienne. Le système Allemand va jusqu'à admettre la modification de la convention par le juge en cas d'absence d'accord entre les parties en présence d'une situation d'imprévision ; La législation suisse admet qu'un changement de circonstances affectant l'équilibre originel entre les prestations réciproques des parties puisse motiver dans certaines circonstances la résolution ou la modification de la convention ; v. P. Van Ommeslaghe : « Les clauses de force majeure et d'imprévision « hardship » dans les contrats internationaux », *Rev. Dr. intern. et Dr. comp.* (belge), 1980, p. 7 ; P. Moisan : « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux », *Les cahiers de droit*, 1994, p. 281, disponible : <http://id.erudit.org/iderudit/043281ar>

<sup>3</sup> v. *not.* les conclusions de l'étude menée par M. Almeida Prado : *Le hardship dans le droit du commerce international*. Préf. H. Lesguillons, Bruylant, 2003, *sp.* p. 255 : « la *lex mercatoria* a intégré une règle matérielle concernant le hardship ».

<sup>4</sup> En ce sens, A.-J. Kerhuel : *L'efficience stratégique du contrat d'affaires- un champ d'action de la liberté contractuelle*. Préf. J. Mestre, PUAM, 2010, *sp.* p. 222 : « il reste que l'adaptation ainsi imposée au contrat, conduit à reconnaître l'existence d'un devoir de gestion contractuelle cohérente au stade de l'exécution justifié par l'efficience et qui, quoique juridiquement contestable en l'absence de reconnaissance de l'imprévision, correspond pourtant à un besoin de la pratique ».

<sup>5</sup> G. Piette : *La correction du contrat*, Préf. M. Menjucq, PUAM, 2004, *sp.* n° 281, p. 157.

<sup>6</sup> Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne* ; *D.* 1876, 1, p. 193, note A. Giboulot ; H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette : *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. t. 2, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2008, n° 165, p. 183 ; plus récemment, Cass. civ., 15 nov. 1933, *Gaz. Pal.* 1934, 1, p. 58 ou table quinqu. 1930-1935, n° 222 p. 279 ; Cass. com., 18 janv. 1950 ; *D.* 1950, p. 227 ; Cass. com. 18 déc. 1979, n° 78-10763 ; *Bull. civ.* IV, n° 339 ; *RTD civ.* 1980, p. 780, obs. G. Cornu ; *Gaz. Pal.* 1980, I, pan. 232 ; Cass. soc., 8 mars 1972, n° 71-40429 ; *Bull. civ.* V, n° 190, p. 116.

<sup>7</sup> Le principe inverse prévaut en matière administrative, traditionnellement justifié par la nécessité d'assurer la continuité du service public, depuis l'arrêt *Gaz de Bordeaux* (CE 30 mars 1916 ; *D.* 1916, 3, 25 ; *S.* 1916, III, p.17, note M. Hauriou ; Ce fondement a cependant été relativisé à la suite d'une décision du Conseil d'État du 12 mars 1976 (*AJDA* 1976, p. 528 et 552, concl. D. Labetoulle) qui admit l'application de la théorie de l'imprévision au moment de solder la relation du contractant avec l'administration, dont on a pu déduire que « la théorie de l'imprévision se justifie également par le droit du contractant à un certain équilibre financier » (*GAJC*, n° 165 *préc.* p. 192, n°5).



consacrées par le législateur, parfois par des lois de circonstance<sup>1</sup>, parfois de manière plus pérenne. C'est le cas notamment de la rémunération forfaitaire de la cession du droit d'exploitation en matière de propriété intellectuelle<sup>2</sup>.

En dehors de ces exceptions, la règle reste que le bouleversement de l'équilibre contractuel du fait d'un changement de circonstances, en l'absence de clause de *hardship*, ne libère pas le contractant qui subit la détérioration des conditions du contrat<sup>3</sup>. Il reste tenu d'exécuter les obligations qui en découlent, sans pouvoir imposer à son cocontractant l'adaptation du contrat aux circonstances nouvelles. À l'exception du cas particulier de l'intermédiaire commercial qui pourrait se prévaloir de l'interdiction de la revente à perte<sup>4</sup>, le contractant nouvellement défavorisé ne dispose en pratique d'aucune marge de négociation pour inciter son cocontractant à la révision.

Les faits de l'espèce ayant donné lieu à la position de principe ne font place à aucun doute quant à la rigueur de la règle : les conditions d'exécution d'une convention conclue plus de deux cents ans auparavant étant devenues d'une extrême rigueur, la cour d'Aix avait décidé de l'augmentation des redevances d'arrosages devant permettre de rééquilibrer le contrat. L'arrêt est cassé au motif que « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »<sup>5</sup>.

En raison des disparités de prise en compte de la situation d'imprévision dans les différents systèmes juridiques<sup>6</sup>, la clause de *hardship* présente un intérêt indéniable dans les contrats à long terme, que l'exécution s'étale dans le temps, soit périodique ou qu'elle ait lieu un certain temps après la conclusion du contrat. Elle se trouve très fréquemment insérée dans les contrats d'approvisionnement en pétrole, gaz naturel, acier, produits agricoles, dans les contrats

---

<sup>1</sup> Notamment à la suite des deux guerres mondiales, plusieurs lois ont été votées pour permettre la prise en compte des bouleversements entraînés par le conflit ; v. *not.* F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette : *Les obligations*. 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2009, *sp.* p. 485, n° 468 ; une telle intervention en faveur d'une certaine catégorie de contractants a incité un auteur à qualifier le droit des affaires de « droit sentimental » (G. Lagarde : « Le droit des affaires, droit sentimental ? », *Mélanges offerts à R. Savatier*. Dalloz, 1965, p. 491, *sp.* p. 495).

<sup>2</sup> L'alinéa premier de l'article L. 131-5 du CPI dispose : « En cas de cession du droit d'exploitation, lorsque l'auteur aura subi un préjudice de plus de sept douzièmes dû à une lésion ou à une prévision insuffisante des produits de l'œuvre, il pourra provoquer la révision des conditions de prix du contrat ». Sur les autres exceptions législatives au principe de la non-admission de la théorie de l'imprévision, v. B. Fauvarque-Cosson : « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, p. 67, *sp.* n°18.

<sup>3</sup> Le recours à l'amiable composition est cependant envisagé notamment par le professeur Eric Loquin et par E. Mezger (« L'arbitrage commercial et l'ordre public » *RTD com.* 1948, p. 611, *sp.* p. 617 : « l'amiable compositeur est en effet l'instrument idéal de la théorie de l'imprévision ») comme pouvant permettre un rééquilibrage du contrat par le juge qui, dans l'exercice de la mission qui lui a été confiée, serait en mesure de se libérer des stipulations contractuelles des parties, sans pour autant pouvoir les modifier pour l'avenir ; v. *infra* n° 525.

<sup>4</sup> L'intermédiaire revendeur dont le contrat avec le fournisseur prévoirait des variations de prix par des clauses d'indexation par exemple, mais engagé dans un contrat de revente avec un distributeur pourrait en effet invoquer l'interdiction de la revente à perte posée par les articles L. 442-2 et L. 442-3 du Code de commerce, et la complicité au délit du distributeur qui refuserait de modifier les conditions contractuelles pour l'inciter à renégocier ; examinant cette possibilité, v. T. Titone, F. Coulon et M. Dary : « Circonstances économiques et déséquilibre contractuel », *JCP E* 2011, 1435, p. 25, *sp.* p. 31.

<sup>5</sup> Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne, préc.*

<sup>6</sup> P. Van Ommeslaghe : « Les clauses de force majeure et d'imprévision "hardship" dans les contrats internationaux », *Rev. Dr. intern. Et Dr. comp.* (belge), 1980, p. 7, *sp.* p.40.

organisant la construction de grands ensembles, et plus généralement dans tous les contrats dont l'exécution est longue et dont l'équilibre dépend de facteurs hors du contrôle des parties<sup>1</sup>. Elle est par ailleurs envisagée comme un palliatif contractuel possible en période de crise<sup>2</sup>. Pour saisir la spécificité de la clause de *hardship*, il convient d'en cerner le domaine d'application en la distinguant des stipulations voisines.

b) Spécificité de la clause de *hardship*

131. **Une distinction nécessaire.** « Les clauses de flexibilité d'un rapport juridique à long terme, aujourd'hui admises et puissantes, vont dans le sens d'un équilibre entre mobilité et stabilité grâce au contrat »<sup>3</sup>. Partant du constat qu'une relation figée par un contrat trop rigide n'est source ni d'efficience ni de robustesse, de nombreuses stipulations ont été élaborées par la pratique pour organiser la souplesse contractuelle dans les rapports devant s'établir sur le long terme. Il semble essentiel de cerner l'originalité de la clause de *hardship* par rapport aux autres stipulations contractuelles envisageant les modifications de circonstances ayant présidé à la conclusion du contrat. La clause de *hardship* se distingue des clauses d'adaptation automatique (2), de plusieurs manières. D'une part, son champ d'action potentiel est bien plus large que celui des clauses d'adaptation automatiques, qui sont ciblées sur une variable en particulier. Ensuite, là où la clause d'adaptation automatique modifie la convention selon des normes préétablies dans le contrat initial, la clause de *hardship* fait appel à la volonté des parties pour modifier les termes du contrat si certaines conditions se réalisent. Elle se distingue également au premier regard par ses conditions d'application de la clause de force majeure (1). En définitive cependant, ce sont non pas les conditions relatives à l'évolution de la situation des parties mais bien les modalités de la modification des obligations contractuelles qui confèrent son originalité à la clause de *hardship* dans les deux cas<sup>4</sup>. Bien que la distinction soit parfois difficile à mettre en œuvre, notamment entre les clauses de force majeure et de sauvegarde, l'importance de la volonté des parties distingue la clause de *hardship*. Le résultat de la mise en jeu de la clause, souvent prédéterminé dans les clauses de force majeure ou d'adaptation automatique, sera en effet soumis à la volonté des parties en présence d'une clause de *hardship*.

1) Distinction de la clause de force majeure

132. **Le critère tiré du caractère de l'exécution.** Bien que les clauses de *hardship* soient parfois dénommées à tort par les rédacteurs de contrat « clauses de force majeure », elles se distinguent non seulement en raison des circonstances motivant leur application mais également au titre de leurs effets. La force majeure est classiquement définie par la jurisprudence comme la situation dans laquelle l'exécution des obligations nées du contrat est rendue rigoureusement impossible du fait de la survenance d'un événement imprévisible,

<sup>1</sup> Pour une liste non exhaustive des contrats qui intègrent fréquemment de telles clauses, v. P. Van Ommeslaghe : « Les clauses de force majeure et d'imprévision "hardship" dans les contrats internationaux », *Rev. Dr. intern. Et Dr. comp.* (belge), 1980, p. 7, *sp.* p. 8 ; M. Fontaine : « Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCI* 1976, p.7, *sp.* p. 15.

<sup>2</sup> v. *not.* M.-L. Cartier-Marraud et O. Akyurek : « Crise économique et révision des contrats. Une approche pratique des règles applicables », *Gaz. Pal.* 16 juin 2009, p. 2 ; J.-L. Juhan : « Le contrat bouleversé par la crise : vers un droit à la renégociation », *RLDC* 2009, 58, p. 4.

<sup>3</sup> M.-A. Frison-Roche : « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.* 1998, p. 43.

<sup>4</sup> Sur la distinction des clauses de *hardship* des clauses d'adaptation et de force majeure, v. J. Cédras : « L'obligation de négocier », *RTD com.* 1985, p. 265, *sp.* p. 286.

irrésistible et extérieur aux parties. La situation de *hardship* se distingue en théorie de celle de la force majeure puisque l'exécution de ses obligations par le débiteur n'est pas rendue impossible mais extrêmement plus onéreuse ou difficile.

La définition jurisprudentielle forme le socle de la force majeure, mais les parties font cependant souvent usage de la liberté contractuelle pour énumérer par une clause spéciale des événements qui seront considérés de nature à excuser l'inexécution de l'obligation affectée, et éventuellement déterminer la procédure qui devra être suivie par les parties pour tenter de remédier utilement de concert à la difficulté rencontrée. Faire le départ entre une exécution impossible et une exécution excessivement onéreuse peut être difficile. C'est pourtant cette distinction qui devra être opérée pour déterminer si le débiteur est libéré ou s'il reste tenu d'exécuter malgré l'adversité à laquelle il doit faire face.

L'article 1148 du Code civil énonce le principe de la libération du débiteur empêché en cas de force majeure<sup>1</sup>. Or l'objet de la clause de *hardship* n'est pas, du moins en première intention, la libération du débiteur, mais au contraire de tenter de trouver une solution de nature à sauver le contrat, pour l'adapter aux nouvelles circonstances ou, le cas échéant, y mettre fin. Cette différence de traitement est motivée par la rigueur de l'évènement affectant le débiteur : la force majeure l'empêche d'honorer sa promesse, lorsque le *hardship* qu'il subit ne fait que transformer une opération qu'on présume, lors de la conclusion du contrat, devant lui être profitable en une opération pour lui ruineuse. En ce sens, « lorsque des bouleversements économiques fondamentaux surviennent après la conclusion d'un contrat en dehors de toute prévisibilité des parties, en sorte que l'exécution de la convention devient insupportable pour l'une des parties et pourrait la conduire à la ruine, sans cependant que cette exécution soit réellement impossible, l'on ne saurait parler de force majeure »<sup>2</sup>.

133. ***La perméabilité contemporaine des modèles dans la pratique contractuelle.*** La distinction de ces deux clauses est-elle cependant nécessairement opportune ? Les effets attachés aux circonstances de *hardship* ou de force majeure ne sont pas identiques puisqu'en l'absence de stipulation spécifique, le débiteur est libéré de ses obligations dans le cas de force majeure alors qu'il reste tenu en situation de *hardship*. Pour autant, la pratique contractuelle prenant certaines libertés relativement aux conceptions classiques de ces deux notions tend à en estomper la distinction<sup>3</sup>. Les clauses de *hardship* prévoyant qu'à défaut d'accord entre les parties la convention sera résiliée sans préjudice se rapprochent dans leurs effets des conséquences de la force majeure. Par ailleurs, certaines impossibilités pour les parties d'exécuter scrupuleusement leurs obligations en présence d'un cas de force majeure pourraient être contournées lors d'une renégociation du contrat. En définitive, en présence de certains cas de force majeure, une renégociation de bonne foi pourrait se révéler utile pour éviter la disparition du contrat. C'est peut-être cette considération qui anime les rédacteurs de clauses confondant *hardship* et force majeure. La distinction entre les cas d'exécution rigoureusement impossible et ceux dans lesquels une modification du contrat pourrait en permettre la survie sera alors faite par les parties lors du constat de la situation en cause. En cas d'exécution

---

<sup>1</sup> « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ».

<sup>2</sup> P. Van Ommeslaghe : « Les clauses de force majeure et d'imprévision "hardship" dans les contrats internationaux », *Rev. Dr. intern. Et Dr. comp.* (belge), 1980, p. 7, *sp.* p.31.

<sup>3</sup> En ce sens, v. H. Konarski : « Force majeure and hardship clauses in international contractual practice », *RDAI* 2003, n° 4, *sp.* p. 425 ; v. ég. M. Almeida Prado : *Le hardship dans le droit du commerce international*. Préf. H. Lesguillons, Bruylant, 2003, *sp.* p. 165.

impossible, le contrat sera alors résilié. En cas d'exécution possible sous condition d'une modification du contrat, l'obligation de renégociation aura alors toute sa place dans le rapport contractuel.

## 2) Distinction des autres clauses prévoyant la révision du contrat

134. **Le critère de l'imprévisibilité.** « Quels que soient leurs domaines ou leurs modalités, les clauses d'adaptation ont pour objectif d'assurer l'équilibre de l'opération contractuelle. Les techniques qui vont leur permettre d'y parvenir sont multiples puisqu'elles ne connaissent comme limite que l'imagination des parties »<sup>1</sup>. À l'instar des clauses de *hardship*, les clauses organisant la révision du contrat mettent à la charge des parties la modification de leur convention pour faire face à une évolution des circonstances. Elles s'en distinguent cependant, plus ou moins artificiellement parfois, par le caractère prévisible des circonstances affectant le contrat. C'est précisément la notion d'imprévisibilité qui a été utilisée par certains auteurs<sup>2</sup> pour distinguer la clause de *hardship* des autres clauses, notamment de révision. Ces clauses complémentaires<sup>3</sup> se nourrissent du même esprit, qui est de permettre de conserver l'équilibre contractuel voulu à l'origine par les parties ou, à défaut, de mettre fin au contrat. Il conviendra cependant de bien distinguer ces clauses qui n'en appellent pas aux mêmes instruments pour arriver à leurs fins. La grande originalité de la clause de *hardship* est de s'appuyer sur l'esprit de collaboration des parties et de confier à leur volonté l'aménagement d'un contrat devenu instable.

135. **L'automatisme de la clause d'indexation.** La clause d'indexation, également dénommée clause d'échelle mobile, est fréquemment utilisée pour parer à la variation des éléments déterminants de l'équilibre des prestations au cours de la vie du contrat. Elle est définie comme « la clause accessoire à la fixation contractuelle d'origine d'une dette de somme d'argent payable à terme ou par prestations échelonnées, ayant pour objet d'en assurer la variation automatique, proportionnelle aux variations futures d'un paramètre objectif convenu : l'indice »<sup>4</sup>.

L'article L. 112-1 du Code monétaire et financier pose le principe de l'interdiction des clauses d'indexation en droit interne. L'article L. 112-2 du CMF précise cependant *a contrario* que sont licites les clauses d'indexation dont l'indice choisi présente une « relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties », dont l'appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond<sup>5</sup>, qui appliquent ce critère de manière souple. La modification du prix résultant de la clause d'indexation prévue au contrat est uniquement dépendante de l'indice. L'automatisme de la modification, en raison de la fixation d'un élément objectif, distingue les clauses d'indexation des clauses de *hardship*. D'une grande efficacité concernant les variations de prix, de telles clauses sont cependant nécessairement limitées à des bouleversements économiques prévisibles, tels l'augmentation du prix des matières premières ou l'inflation.

<sup>1</sup> R. Fabre : « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983, p.1, *sp.* p. 7.

<sup>2</sup> M. Fontaine : « Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCI* 1976, p.7, *sp.* p. 20.

<sup>3</sup> M. Fontaine : « Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCI* 1976, p.7, *sp.* p.13.

<sup>4</sup> G. Rouhette : « La révision conventionnelle du contrat », *RIDC* 1986, p. 370, *sp.* p. 396.

<sup>5</sup> Cass. com., 4 mars 1964 ; *Bull. civ.* IV, n° 121 ; *D.* 1964, p. 385 ; *JCP* 1964, II, 13713, note P. Esmein.

136. **Caractère limité de la clause d'indexation.** La clause d'indexation se distingue ainsi de la clause de *hardship* par son automaticité mais également par son étroitesse : elle n'appréhende qu'une modification prévisible de certaines données du contrat. Son champ d'intervention est en conséquence limité comparé à celui de la clause de *hardship*, qui peut déployer ses effets dans des situations plus complexes et totalement imprévues. Or, face à l'impossibilité d'anticiper l'imprévisible, les parties seront tentées de conclure des clauses de renégociation d'une portée plus étendue pour parer aux changements de circonstances susceptibles d'intervenir au cours de la vie de leur contrat. Elles disposent à cet effet d'une grande liberté pour préciser les mécanismes propres à assurer la souplesse du contrat face à l'imprévu. Il en résulte une large palette de stipulations, détaillant plus ou moins les procédures à mettre en œuvre pour tenter de sauver le contrat, ou, au pire, de ne pas rester contraint dans une relation contractuelle devenue déséquilibrée.

La clause de *hardship* est ainsi une manifestation éclatante de ce que « la liberté des parties et la force obligatoire de leurs accords sont, désormais, moins attachées à la détermination immédiate des effets du contrat appelés à se produire des mois ou des années plus tard qu'à la mise en place de mécanismes, librement négociés aujourd'hui mais devant s'appliquer avec une extrême vigueur, demain au jour de l'exécution du contrat. Le contrat se rapproche, alors, d'une sorte de "programme" librement négocié et convenu par les parties et qui, demain, avec tout autant de précision que d'autorité, indiquera à chacun des partenaires ce qu'il doit faire lui-même et attendre de l'autre »<sup>1</sup>. La finesse de la rédaction de ces clauses est une garantie de l'équilibre nécessaire entre souplesse et robustesse contractuelle, et mérite qu'on s'attache à la manière dont les parties vont appréhender les situations de *hardship*.

2° L'appréhension par les parties du changement de circonstances

137. **L'importance de la précision de la clause.** Les clauses prévoyant les conséquences d'un changement de circonstances étant issues de la pratique contractuelle et ignorées pour l'instant de la loi française, leur contenu est extrêmement variable, tant sur leurs conditions d'application que sur les mécanismes mis en place. Elles peuvent être bilatérales, les deux parties pouvant prétendre à une renégociation du contrat en cas de changement dans l'équilibre contractuel, ou unilatérales. L'efficacité de la stipulation dépend de la précision de sa rédaction. Une clause rédigée de manière trop générale risquerait de rester lettre morte en raison des divergences d'interprétation. C'est pourquoi il convient de circonscrire avec précision les éléments déclencheurs de la renégociation, les acteurs de cette renégociation ainsi que ses modalités et ses suites<sup>2</sup>.

L'étude entreprise ne saurait être exhaustive. Elle aura pour ambition de donner un aperçu des différentes tendances et approches présidant à la conclusion de ces clauses qui appuient sur l'importance de la formulation claire de la volonté des parties dans leur appréhension du potentiel conflit d'évaluation. Différents éléments doivent être pris en compte pour la rédaction de la clause de *hardship* dont le mécanisme sera applicable. Ces éléments sont intimement liés

<sup>1</sup> J.-M. Mousseron : *Technique contractuelle*. Éditions juridiques F. Lefebvre, 4<sup>e</sup> éd., 2010, *sp.* n° 1571, p. 632.

<sup>2</sup> B. Oppetit : « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *RIDC*, 1974, p. 799 : « Pour qu'une telle clause puisse fonctionner de manière satisfaisante, il est indispensable qu'elle prévoie les modalités de sa mise en œuvre : le critère qui détermine la réadaptation, les personnes habilités à y procéder, les modalités de la négociation et les conséquences qui en découlent ».

à l'opération envisagée par le contrat, et devront donc être adaptés en fonction du type de contrat conclu pour obtenir une clause « sur mesure » efficace. Certains auteurs<sup>1</sup> ont ainsi refusé d'élaborer une clause de *hardship* type, en raison de l'inévitable inadaptation d'une telle clause aux spécificités des obligations issues de chaque contrat. Il appartient en effet aux parties de faire preuve d'une grande finesse rédactionnelle pour atteindre une juste tension entre la sécurité nécessaire à toute relation contractuelle et la faculté pour les parties d'y déroger lorsque le besoin impérieux s'en fait sentir.

La stipulation d'une clause de *hardship* introduit une part d'incertitude dans le contenu du contrat, puisqu'en cas de changement de circonstances celui-ci pourra faire l'objet d'une renégociation. Si une telle flexibilité présente l'avantage de favoriser la pérennité de la relation contractuelle, elle constitue néanmoins une fragilité : ce qui a été conclu est susceptible d'être modifié ou parfois simplement anéanti. Une telle incertitude est acceptable pour les contrats à long terme dont la durée rend envisageable la survenance d'évènements perturbateurs. La sécurité et la prévisibilité nécessaires au commerce en souffrent cependant. C'est la raison pour laquelle les parties excluent parfois le jeu de la clause de *hardship* pendant une certaine durée à compter de la conclusion du contrat, de manière à envisager sereinement les premiers temps de la relation contractuelle. Elles stipulent ainsi parfois des « *honeymoon* »<sup>2</sup> clauses, interdisant de solliciter l'application de la clause avant l'écoulement d'un certain délai.

En tous cas, la définition des circonstances pouvant entraîner la mise en œuvre de la clause doit atteindre un certain degré de précision, nécessaire afin d'éviter toute ambiguïté sur la reconnaissance de l'opportunité de faire jouer la clause de *hardship*. Dans le cas contraire, il est possible que des conflits préliminaires portant sur la qualification des évènements constitutifs d'un cas de *hardship* ne surgissent avant même que les mécanismes envisagés par la clause ne puisse être mis en œuvre. Pour éviter un tel écueil, les parties doivent prendre la précaution de rédiger soigneusement les cas dans lesquels s'appliquera la stipulation et préciser les modalités de sa mise en œuvre. Leur volonté doit être précise pour encadrer les cas dans lesquels elle sera à nouveau sollicitée pour sauver le contrat, décider sa continuation ou encadrer sa mise à mort.

Deux éléments doivent être pris en considération pour déterminer les hypothèses dans lesquelles la clause trouvera à s'appliquer : les circonstances extérieures à la relation contractuelle (a) et les modifications qui en découlent sur l'exécution du contrat (b). La difficulté appréhendée par la clause trouve en effet son origine dans un élément imprévisible et extérieur à la relation contractuelle sur lequel aucune des parties ne peut influencer. Les conséquences sur le contrat de ces circonstances doivent quant à elles revêtir un certain degré de gravité pour que la stipulation ne puisse jouer que lorsque se présente une réelle difficulté d'exécution pour une partie.

---

<sup>1</sup> M. Fontaine : « Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCI* 1976, p.7, *sp.* p.43 : « La clause idéale, qui reprendrait à son compte de manière cumulative tous les perfectionnements évoqués serait une sorte de monstre juridique par son ampleur et sa complexité ; avant tout, sa mise au point représenterait une tâche tellement ardue qu'elle risquerait à elle seule de faire échouer la négociation initiale des parties ».

<sup>2</sup> Expression utilisée par Sir R. Goode : « *hardship clauses* », *Conference report*, « *Force Majeure and hardship* ». colloque ICC, 8 Mars 2001, disponible : <http://www.iccwbo.org/id1072/index.html>.

a) La délimitation des circonstances

138. **Variété des approches.** La première précaution qui doit systématiquement être prise pour éviter le conflit au stade de la demande de mise en jeu de la clause consiste à la rédiger de manière assez détaillée pour évincer tant que faire se peut le doute quant à son application aux circonstances. La précision de la rédaction sera également primordiale pour éviter que la latitude laissée par une stipulation trop large ne constitue une porte de sortie du contrat pour une partie qui voudrait s'en échapper. Les circonstances provoquant le bouleversement du contrat peuvent être appréhendées de différentes manières par les parties, qui pourront souhaiter donner une définition large de la situation de *hardship* ou au contraire tenter de circonscrire à certains événements l'application de la clause. On distingue ainsi plusieurs types de rédaction de la clause relativement aux circonstances (2). Quelle que soit l'approche choisie par les parties, certains caractères, assez proches de ceux présentés par la force majeure, se dégagent de ces prévisions (1).

1) Les critères relatifs aux circonstances

Les critères généralement reconnus comme déterminant les circonstances résultant en une situation de *hardship* sont au nombre de trois : l'extériorité, l'irrésistibilité et l'imprévisibilité.

139. **L'extériorité.** Le critère d'extériorité de l'évènement est essentiel. La modification ne doit en effet pas être causée par une partie, ce qui pourrait lui permettre de déclencher une renégociation du contrat à son bon vouloir. Il est cependant parfois avancé que cette extériorité ne doit pas être envisagée avec autant de rigueur que pour la force majeure et que la partie qui invoque la clause peut ne pas être tout à fait étrangère aux circonstances affectant l'équilibre du contrat, la limite étant constituée par le caractère déterminant de l'intervention de cette partie dans la réalisation de l'évènement<sup>1</sup>. Même si une telle position ne nous apparaît pas souhaitable en raison de la difficulté d'appréciation de la valeur de cette intervention et, en opportunité, de la faculté pour la partie qui sollicite la révision d'orienter les circonstances pour créer l'obligation de renégocier à la charge de son partenaire, les parties sont libres de déterminer les caractères des événements ouvrant la faculté d'invoquer les mécanismes de la clause.

140. **L'irrésistibilité.** Certaines clauses précisent parfois qu'au-delà de s'imposer aux parties et de ce fait de leur être extérieur, l'évènement doit également leur apparaître irrésistible. La partie invoquant la clause ne doit ainsi pas pouvoir s'abstraire des conséquences de cet évènement, « *could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences* »<sup>2</sup>.

141. **L'imprévisibilité.** Le critère d'imprévisibilité est également présenté comme revêtant une particulière importance, notamment pour distinguer la clause de *hardship* des autres clauses envisageant des modifications prévisibles des circonstances, telle la variation d'un indice. Il convient cependant de relativiser l'exigence d'imprévisibilité des circonstances. Un grand

---

<sup>1</sup> v. D. Francon : « La clause de *hardship* », in *Les troubles d'exécution du contrat en droit français et allemand. Rapport du 11<sup>e</sup> séminaire commun des facultés de droit de Montpellier et de Heidelberg*. Heidelberg, 1981, p. 299, *sp.* p. 309 : « la philosophie de la clause de *hardship* autorise à prendre en considération des événements dans lesquels a pu intervenir la partie qui souhaite invoquer la clause. Il importe cependant de vérifier que cette intervention n'a pas été le facteur déterminant du déclenchement de l'évènement car cela aboutirait à reconnaître au partenaire la possibilité de se délier du contrat sans engager sa responsabilité ».

<sup>2</sup> ICC *Hardship Clause* 2003, 2<sup>o</sup> b)

nombre d'hypothèses prévisibles peuvent être envisagées par les parties lors de la signature de leur contrat, qui ne sont donc pas conceptuellement imprévisibles. La survenance de l'évènement est cependant affectée d'une probabilité si faible qu'il semble impossible de tenter d'en anticiper les répercussions et que les parties ont décidé de ne rien prévoir à ce sujet. Il semble plutôt qu'en réalité ce soient les conséquences sur le contrat qui doivent être imprévisibles puisque c'est en définitive la modification de l'équilibre contractuel initial résultant du changement qui importe. C'est la raison pour laquelle on peut considérer qu'une clause précisant certains évènements prévisibles reste pourtant une clause de *hardship*<sup>1</sup>. En ce sens, certaines clauses visent des « évènements imprévisibles ou exclus par les prévisions qu'ont admises les parties »<sup>2</sup> ou prévoient la révision de certaines clauses du contrat dans le cas où un indice dépasserait un certain seuil. En ce cas, le dépassement du seuil précis a été envisagé par les parties, mais ses conséquences sont cependant érigées comme imprévisibles lors de la conclusion du contrat. La rédaction de l'ICC *Hardship* clause de 2003 laisse transparaître cette précision. L'évènement n'est pas imprévisible, il suffit qu'il présente un degré d'incertitude tel qu'on ne pourrait raisonnablement attendre d'une partie qu'elle le prenne en compte lors de la conclusion du contrat.

En définitive, il semble que le critère d'imprévisibilité puisse être appliqué tant aux circonstances qu'à leurs conséquences sur l'exécution du contrat. Dans la pratique cependant, il arrive que lesdits critères ne soient pas énoncés clairement. Un certain nombre de clauses font ainsi seulement cas d'une « modification fondamentale des circonstances » voire même simplement de « *changed circumstances* »<sup>3</sup>. La largesse d'une telle rédaction peut se révéler dangereuse si la clause organise la sortie du contrat ou son adaptation forcée par un tiers.

## 2) Les différents types de rédactions relatives aux circonstances

142. ***Le choix des circonstances.*** La description des circonstances de nature à permettre la renégociation des obligations emprunte généralement deux approches pouvant se cumuler entre elles. Les parties pourront tout d'abord choisir d'adopter une rédaction large des causes susceptibles de modifier la situation d'une partie, en précisant simplement les caractères que devront présenter les évènements dont il est utile de donner un exemple :

« *If during the performance of this Contract there should arise economic, political or technical circumstances which were unforeseen by the parties and are beyond their control (...)* »<sup>4</sup>.

Une telle clause est caractéristique du fait que les parties peuvent choisir le type de circonstances devant être pris en compte. Les circonstances économiques sont les plus répandues, mais il n'est pas rare que soient également visées les circonstances politiques, juridiques ou encore sociales. Il semble en réalité qu'une telle définition des circonstances importe peu dès lors que les caractères de ces situations sont précisément définis. Une telle énumération emporte en effet par ricochet exclusion de celles qui ne sont pas visées, et donc la prise en compte du risque par l'un des contractants, ce qui exclut la renégociation du contrat.

---

<sup>1</sup> En ce sens, malgré l'expression de controverses, M. Fontaine : « Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCI* 1976, p.7, *sp.* p. 25.

<sup>2</sup> Terme issu d'une clause tirée de *DPCI* 1975, p. 515.

<sup>3</sup> Terme issu d'une clause tirée de *DPCI* 1975, p. 514.

<sup>4</sup> Cette clause est citée en exemple dans l'article de H. Konarski : « *Force majeure and hardship clauses in international contractual practice* », *RDAl* 2003, n° 4, *sp.* p. 420.



La prise en compte du risque de réalisation de l'évènement écarte en effet logiquement le jeu de la clause de *hardship*, puisque la réalisation de tels évènements a alors non seulement été envisagée mais assumée par une partie. Rarement spécifiée dans les clauses recueillies de la pratique, cette précision est cependant intégrée comme condition de la qualification d'une situation de *hardship* dans les instruments internationaux tels que les principes Unidroit<sup>1</sup> et les PEDC<sup>2</sup>.

Les parties pourront aussi, en considération du secteur dans lesquels elles évoluent, choisir de préciser des évènements en particulier, voire même le dépassement de certains seuils, tels la hausse des matières premières ou les modifications des valeurs monétaires. Une telle rédaction présente cependant le danger de se révéler trop restrictive à l'usage et de ne pas permettre une adaptation du contrat pour d'autres modifications potentiellement aussi redoutables. Les parties peuvent également exclure expressément du domaine d'application de la clause certains évènements déterminés, ce qui revient à faire assumer le risque relatif à la survenance de ces évènements à l'une d'entre elles. Il n'est pas rare que, comme dans les clauses de force majeure, une liste exemplative et non limitative d'évènements constituant un « *hardship* » soit insérée et complétée par une définition générale de la situation de *hardship*. Une telle clause permet d'identifier les principaux risques, sans exclure les bouleversements qui ne sauraient être anticipés par les parties lors de la conclusion du contrat.

#### b) La circonscription des conséquences

143. ***Différentes approches des conséquences.*** Une fois les circonstances précisées, les parties devront envisager l'importance des conséquences de telles modifications sur l'exécution des obligations de l'une d'elles. Il s'agit le plus souvent de conséquences négatives sur l'exécution des obligations d'une des parties, telle une excessive onérosité<sup>3</sup> de l'exécution. Il arrive cependant que les variations envisagées soient uniquement profitables à l'une des parties. Si le partenaire ne souffre pas d'une telle amélioration de la situation de l'autre partie, l'équilibre du contrat, considéré comme l'équivalence entre le bénéfice retiré par les deux parties dudit contrat, en est modifié. Rien n'interdit aux parties de stipuler une clause embrassant l'équilibre du contrat dans son ensemble, sans qu'une conséquence néfaste sur l'une des parties ne soit imposée comme condition de l'application de la clause. Il semble cependant qu'une telle stipulation ne puisse être dénommée clause de *hardship*, puisqu'aucune des parties ne subit alors une « rigueur injuste ». La notion de partage des profits semble alors plus adéquate que celle du sauvetage de la relation contractuelle<sup>4</sup> pour justifier une telle clause. Il n'en découle pas moins qu'une telle situation est propre à susciter des conflits entre les partenaires, et ces hypothèses, bien que distinctes des situations de *hardship*, pourront être appréhendées par des mécanismes identiques.

---

<sup>1</sup> Article 6.2.2 d).

<sup>2</sup> Article 6.111 (2) c).

<sup>3</sup> En ce sens, les conséquences de la modification des circonstances sont définies ainsi par l'*ICC Hardship clause* de 2003 qui indique que l'exécution des obligations contractuelles de la partie réclamant de la clause doit avoir été rendue « *excessively onerous* ». Les Principes Européens du Droit du Contrat imposent similairement une exécution devenue « onéreuse à l'excès » (PEDC, article 6.111 (2)).

<sup>4</sup> Et non pas de son seul et strict équilibre.

144. **Conception objective.** L'approche des parties relativement aux conséquences pouvant déclencher le mécanisme mis en place transparait de la rédaction de la clause<sup>1</sup>. Certaines clauses adoptent une conception objective des conséquences devant ouvrir une faculté de renégociation, par l'utilisation de termes tels que des avantages « hors de proportion » ou qui ont été « bouleversés de façon fondamentale »<sup>2</sup>, ou encore « une rupture appréciable de la position relative des parties »<sup>3</sup>. De telles clauses appuient sur le degré de gravité exigé des conséquences pour pouvoir actionner la clause, de manière à éviter qu'une modification mineure ne soit prétexte à des renégociations inopportunes. Ce faisant, dans le respect de la force obligatoire du contrat tel qu'il a été conclu originellement, les parties assument la prise de risque constituée par des déviations mineures de l'économie initiale du contrat, et envisagent bien la révision pour cause de *hardship* comme une dérogation exceptionnelle à l'intangibilité du contrat.

Plus radicalement, certaines clauses établissent des seuils définis au delà desquels la modification de l'équilibre originel du contrat sera considérée comme avérée. C'est le cas par exemple d'une clause qui définirait le seuil de gravité nécessaire du déséquilibre comme le dépassement du prix de revient par rapport au prix de vente. Cette rédaction séduit par sa précision. Une telle clause ne laisse en effet pas de place à la contestation de la situation de *hardship* et évacue ainsi toute contestation quant à l'appréciation de ladite situation.

145. **Conception subjective.** La conception subjective parfois adoptée par les parties fait appel à des considérations d'équité ou de bonne foi, qui résonnent étrangement avec l'office du juge lorsque les parties lui confient la mission de statuer comme amiable compositeur. La volonté des parties de s'écarter de règles objectives, qu'il s'agisse des règles de droit ou de règles mathématiques pouvant fonder une solution apparaît alors dans les stipulations des parties. Les termes employés, tels que « charge inéquitable »<sup>4</sup> ou encore « conséquences inéquitables »<sup>5</sup>, sources d'une certaine souplesse dans l'interprétation, peuvent cependant aboutir à de grandes difficultés lorsqu'il s'agira de mettre en œuvre la clause face à un contractant qui n'a pas intérêt à renégocier un contrat dont la balance penche désormais en sa faveur. C'est pourquoi la référence à l'équité ou à la raison, très fréquemment utilisée dans la pratique contractuelle anglo-saxonne, fait face à une certaine réserve de la part des juristes français, qui la considèrent souvent comme trop vague et sujette à interprétation. À titre d'exemple, il a été noté que « l'appel au concept d'équité paraît tout de même curieux, en ce qu'il donne une coloration morale à une appréciation reposant par ailleurs sur un critère beaucoup plus neutre et objectif, tant à propos de l'origine du *hardship* que de son importance »<sup>6</sup>.

Les parties peuvent donc, par leur volonté, dès le stade de la conclusion du contrat, prévoir des hypothèses dans lesquelles le changement de circonstances sera avéré. La reconnaissance du problème représente un premier pas dans la gestion du conflit. Le fait de fixer à l'avance les

---

<sup>1</sup> M. Fontaine : « Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCI* 1976, p.7, *sp.* p. 19.

<sup>2</sup> Ces exemples sont tirés de M. Fontaine : « Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCI* 1976, p.7, *sp.* p. 27

<sup>3</sup> Terme issu d'une clause citée dans *DPCI* 1975, p. 513.

<sup>4</sup> Terme issu d'une clause tirée de *DPCI* 1975, p. 512.

<sup>5</sup> Terme issu d'une clause citée dans *DPCI* 1975, p. 513.

<sup>6</sup> B. Oppetit : « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *RIDC* 1974, p. 794, *sp.* p. 803.

conditions qui pourront donner lieu à un traitement du différend démontre la volonté des parties d'appréhender ce conflit, mais également par ricochet d'exclure des hypothèses dans lesquelles les modifications des circonstances ne pourront être suffisantes pour justifier le traitement organisé du problème.

c) L'importance de la procédure

146. **La définition de la procédure comme gage d'effectivité.** Bien que la clause de *hardship* soit inspirée par la volonté des parties de s'assurer que le contrat restera équitable pour chacune d'elles, y compris au cours de son exécution, l'évolution des circonstances modifiant la balance contractuelle peut susciter des réticences de la part du contractant ne subissant pas la rigueur envisagée par la clause. Le vœu de loyauté et de coopération exprimé lors de la conclusion du contrat peut alors s'éteindre devant les avantages ressentis par la partie ne souffrant pas du *hardship*. Les parties seront ainsi bien inspirées, pour assurer une application efficace de la clause, de prévoir les modalités pratiques de son application.

Généralement, lorsque cela a été envisagé par les parties, le contractant qui souffre du changement de circonstances devra notifier dans un bref délai son intention de se prévaloir de la clause et établir les circonstances et conséquences constitutives de la situation de *hardship*, afin de permettre à l'autre partie d'appréhender la nécessité de réviser celui-ci. Il apparaît opportun de déterminer, dès la conclusion du contrat, les délais qui devront être respectés pour constater la situation de *hardship* de manière à ce que cette constatation ne donne pas lieu à des discussions dilatoires. À défaut d'accord dans de tels délais, les parties pourront alors mettre en œuvre les conséquences prévues en cas d'échec des négociations.

Les éventuelles implications sur la continuation du contrat durant les discussions pourraient également être utilement envisagées. Certaines clauses prévoient ainsi une suspension temporaire de l'exécution du contrat à compter de la reconnaissance de la situation de *hardship* par les parties, d'autres que les parties décideront de mesures provisoires devant s'appliquer durant les négociations. À défaut de précision, le contrat doit continuer d'être exécuté tel que conclu à l'origine.

L'appréhension du conflit dans certaines circonstances particulières est utile pour organiser des procédures adaptées à son traitement. De manière plus proactive encore, par la mise en place de comités de suivi, les parties peuvent non seulement organiser une procédure particulière de traitement des différends, mais surtout tenter de prévenir la survenance des conflits eux-mêmes.

## B. La prévention des différends par les Dispute Boards

147. **Origines et fondements.** À partir des années 1970<sup>1</sup>, la complexité et les montants en jeu dans les grands projets de construction ont incité les professionnels du secteur à élaborer de nouvelles méthodes de gestion des conflits et la mise en place de procédures impliquant l'intervention d'un ou de plusieurs tiers, le plus souvent choisis par les parties, pour offrir un avis extérieur sur les difficultés rencontrées dans l'exécution du contrat. Ces « *standing*

---

<sup>1</sup> La construction du Tunnel Eisenhower a été le premier projet à faire appel à ce type de panel en 1975.

*neutral* », « *dispute boards* » ou Comités d'experts<sup>1</sup> ont pour fonction de suivre le projet<sup>2</sup> tout au long de son déroulement pour anticiper les conflits, les pacifier et, le cas échéant, les trancher de manière provisoire. Il est en effet apparu important aux acteurs des grands projets de construction d'élaborer des procédures intégrant la prévention des conflits et permettant d'embrasser l'ensemble des différends pouvant survenir au cours de l'exécution du projet, dans le but de réduire les impacts négatifs, en termes de relations ou de retards qu'ils peuvent générer. Ces méthodes de règlement amiable des différends, considérées comme « l'étoile montante » des MARC dans le domaine de la construction dans les années 90<sup>3</sup>, se sont ensuite propagées à des types de réalisations plus variés. Leur utilisation croissante<sup>4</sup> s'étend aujourd'hui à de nombreux projets d'envergure<sup>5</sup> et ils sont notamment recommandés par la Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseils (FIDIC)<sup>6</sup> et la Banque Mondiale. Ces méthodes ont été utilisées dans de nombreux projets d'importance, tel que celui de la construction du Tunnel sous la Manche ou de l'aéroport de Hong Kong<sup>7</sup> et ont démontré leur « efficacité opérationnelle »<sup>8</sup>. Il semble pour autant que le recours à ces panels d'experts ne soit pas encore très répandu en France en dépit de leur systématisation notamment par la CCI.

148. **Deux modalités possibles dans la poursuite d'un même objectif.** Selon l'approche adoptée par les parties, le *board* pourra se voir confier la mission de donner un avis éclairé sur le conflit et d'émettre des recommandations pour y remédier, sans pour autant que cet avis ne soit contraignant. Dans d'autres hypothèses, lorsque les parties entendent évacuer le conflit pour se concentrer sur la bonne fin du projet, le comité aura alors pour mission de rendre une décision s'imposant aux parties<sup>9</sup>. Quelle que soit l'approche choisie par les parties, les *dispute boards* ont généralement un triple objectif : prévenir la survenance de conflits tout au long de la conduite du projet, aménager une procédure de traitement des conflits et par conséquent priver d'intérêt un grand nombre de procédures juridictionnelles.

L'objectif de prévention des conflits est clairement affiché par les stipulations imposant la mise en place de tels comités. Il convient cependant de noter que cet objectif est réellement atteint seulement lorsque les parties décident de mettre en place ce comité dès le début du projet, alors dénommé « *standing* » *board*<sup>10</sup>, par opposition au *board* « *ad hoc* ». Certains contrats prévoient en effet qu'un *board* « *ad hoc* » ne sera constitué que lors de la survenance d'un conflit, ou que,

---

<sup>1</sup> Également dénommés « conseil d'examen des différends », « commission ou comités de conciliation des litiges », « panel de résolution des différends », « comité de règlement des litiges »... Pour des raisons de clarté, le terme originel de *dispute board* ou *DB* sera utilisé.

<sup>2</sup> D'où parfois l'appellation de *monitoring* : P. Level : « À propos de la médiation dans la vie des affaires », *JCP E* 1989, n° 46, II, p. 641.

<sup>3</sup> J. R. Kohnke : « *Dispute Review Boards. Rising Star of Construction ADR* », *Arbitration Journal*, juin 1993, p. 52.

<sup>4</sup> Estimée à une croissance mondiale de 15% par an : v. J. B. Groton : « *The Standing Neutral : A "Real Time" Resolution Procedure that also Can Prevent Disputes* », *Alternatives*, vol. 27, n° 11, dec. 2009, p. 180.

<sup>5</sup> V. not. le « *Practices and Procedures Manual* » de la *Dispute Resolution Board Foundation*, disponible sur leur site internet : [www.drb.org](http://www.drb.org) qui retrace une partie de l'histoire de l'essor des *dispute boards* ; les *dispute boards* mis en place par la CCI peuvent par ailleurs s'appliquer à tout type de projet.

<sup>6</sup> Qui prévoit le recours au *DAB* dans plusieurs de ses livres : *The 1999 Conditions of Contract for Construction* (Livre Rouge), *Plant and Design-Build* (Livre Jaune), et *EPC/Turnkey projects* (Livre Argent).

<sup>7</sup> Sur ces deux projets, v. J.-F. Guillemin : « Les nouvelles attentes des entreprises en matière de règlement des conflits », *Rev. arb.* 1996, p. 583, *sp.* p. 592.

<sup>8</sup> J.-F. Guillemin : « Les nouvelles attentes des entreprises en matière de règlement des conflits », *Rev. arb.* 1996, p. 583, *sp.* p. 592.

<sup>9</sup> La nature de la mission confiée au comité sera étudiée *infra* n° 186.

<sup>10</sup> Qui pourrait être traduit par « panel permanent ».

bien que constitué dès le lancement du projet, il restera en veille jusqu'à ce qu'un conflit survienne. Le comité joue alors uniquement un rôle dissuasif des litiges et de traitement des difficultés, mais ne peut être considéré comme une technique de prévention des conflits<sup>1</sup>. Seul sera ainsi envisagé le panel permanent mis en place par les parties dès le début du projet pour suivre son déroulement. Ces comités permanents assurent une mission de pacification des relations et de gestion des difficultés, rendue possible par le suivi du projet, (1°). Ils favorisent, par leur autorité, le règlement amiable des difficultés pouvant survenir en cours de contrat, et dissuadent les parties de soulever des réclamations dérisoires (2°).

#### 1° La pacification des relations par le suivi du projet

149. **Permettre une intervention à chaud.** Lorsqu'un tel comité est mis en place dans un bref délai après la conclusion du contrat, il présente l'avantage de permettre à ses membres de suivre le déroulement du projet avant même l'apparition d'un différend. Cela lui assure une bonne connaissance du projet et donc du contexte du conflit dès sa survenance. À cet effet, le comité participe à des visites périodiques sur site, aux réunions importantes, à des réunions de suivi avec les parties et se voit communiquer les comptes rendus par les parties. Le règlement de la CCI met ainsi à la charge des parties une véritable obligation de coopération avec le DB<sup>2</sup>. Pour qu'il soit efficace, ce mode de traitement des conflits doit bénéficier de la meilleure information possible. Toute rétention de la part des parties amoindrirait en effet la vertu de ce mode de traitement des différends.

Une telle information du comité pendant toute la durée du contrat permet de raccourcir les délais nécessaires à la prise de connaissance des données du conflit, et permet ainsi au *board* de rendre une recommandation ou une décision, selon la modalité choisie, dans des délais très courts et à un stade où la difficulté est encore « brûlante » et actuelle. Cette rapidité entraîne la réduction des retards que pourrait subir le projet du fait du conflit. Une telle intervention évite également que l'ambiance générale entre les parties ne se détériore du fait de conflits latents non résolus ou adressés, et permet de préserver une bonne compréhension entre les parties. « Le panel a un rôle proactif du début à la fin de l'exécution du contrat qui vise avant tout à encourager la prévention des litiges »<sup>3</sup>. Le fait que le *board* participe aux réunions et fasse des visites sur site suscite « un climat propice à des échanges, tant avec les membres du DB qu'entre les parties, devant conduire à déceler les zones d'inquiétudes. Plus tôt celles-ci seront

---

<sup>1</sup> La dimension préventive des conflits des « *standing* » *boards* ne peut pas être reconnue aux *boards* « *ad hoc* », constitués lors de la survenance du différend. Son intérêt semble en effet dans cette perspective réduit par rapport au « *standing board* » car il ne permet pas de désamorcer des conflits en amont. Nommer un tel comité au moment de la survenance du différend ou le laisser en sommeil revient à ne pas exploiter sa potentialité de pacification des relations entre cocontractant en amont de la survenance d'un véritable différend et tend par ailleurs à en amoindrir l'efficacité en termes de délais. La mise en place tardive d'un tel comité n'est pas pour autant inutile pour le traitement des conflits déjà nés et peut constituer un moyen efficace de traitement de ceux-ci. Ces procédures présentent cependant moins d'originalité que les *standing dispute boards*, et se distinguent plus difficilement des autres procédures prévoyant le recours à un tiers pour tenter de résoudre le conflit ou d'y apporter une solution temporaire. Notamment, la phase d'acquisition des données du conflit par le *board* « *ad hoc* » ou en veille est alors la même que pour des procédures d'expertise conventionnelle ou de médiation plus classiques ; v. *not.* P. Genton et F. Vermeille : « *Soft and hard dispute resolution – Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets* », *RDAI* 1998, 2, p. 131, *sp.* p. 143.

<sup>2</sup> Article 11 du règlement de la CCI relatif aux *Dispute Boards*.

<sup>3</sup> P.-A. Gelinat : « Le potentiel des « *Dispute Boards* » (DB) », *Gaz. Pal.* 28 juin 2007 n° 179, p. 114.

mises en évidence, plus les risques de perturbation voire de blocages dans l'achèvement des travaux, s'en trouveront réduits »<sup>1</sup>.

Il apparaît que cette pacification des relations soit difficile à apprécier tant qualitativement que quantitativement car elle est insusceptible de données objectives. Les retours d'expériences de participants à des projets comportant un *dispute board* semblent cependant résolument positifs. La complexité des projets, les difficultés rencontrées mais également l'esprit de collaboration animant les partenaires peuvent influencer sur la bonne coopération que la mise en place de ces panels semble instaurer entre les parties.

## 2° La favorisation des règlements amiables

150. ***L'importance des membres du Board.*** La composition du *board*, le plus souvent déterminée par les parties, est un facteur de confiance des parties. Lorsqu'un *board* comportant trois experts est constitué, chacune des parties nomme généralement un expert, le président étant proposé à l'acceptation des parties par les deux membres ainsi nommés. C'est notamment le système mis en place par le règlement de la CCI<sup>2</sup>. Les parties doivent ainsi le plus souvent approuver chacun des membres du panel ou s'accorder sur la personnalité unique qui assumera le rôle de *standing neutral*. À l'instar d'un tribunal arbitral, la qualité des membres du *board* sera un facteur déterminant pour l'efficacité de ce mode de prévention des conflits. Particulièrement utilisé dans le domaine de la construction, les membres du comité seront généralement des experts ayant une bonne connaissance des problématiques soulevées par le projet envisagé. Le mode de désignation ainsi que les compétences des membres du *board* accroîtront la confiance des parties dans le bien fondé des avis, recommandations ou décisions qui pourront être émises par le *board*. La légitimité du *board* incitera en effet les parties à considérer avec une particulière attention son opinion et à rechercher un accord sur cette base ou, le cas échéant, à accepter d'autant plus facilement les recommandations ou décisions émises par ce panel.

151. ***Les vertus de la communication.*** L'intérêt essentiel de la constitution de ces comités dès le démarrage du projet réside dans la création d'une atmosphère propice à l'anticipation des différends. Ces comités sont en pratique consultés de manière informelle lors de la survenance d'une difficulté, agissant alors comme « organisme-conseil »<sup>3</sup>. Cette « assistance informelle pour les désaccords » est notamment prévue par le règlement de la CCI relatif aux *Dispute Boards* en son article 16, qui précise que l'opinion éventuellement rendue par le DB dans ces circonstances ne le lie pas en cas de soumission ultérieure formelle du conflit au panel d'experts. La mission du panel définie dans cet article est alors nettement une mission de médiation : « L'assistance informelle du DB peut prendre la forme d'une conversation entre le DB et les parties, de réunions séparées entre le DB et l'une des parties, avec le consentement préalable de l'autre partie, d'opinions informelles données par le DB aux parties, d'une note du DB adressée par écrit aux parties ou de toute autre forme d'assistance susceptible d'aider les parties à régler le désaccord »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> P.-A. Gelinat : « Le potentiel des "Dispute Boards" (DB) », *Gaz. Pal.* 28 juin 2007 n° 179, p. 114.

<sup>2</sup> Article 7 du règlement CCI sur les *Dispute Boards*.

<sup>3</sup> P. Genton et F. Vermeille : « *Soft and hard dispute resolution* – Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », *RDAI* 1998, p. 131, *sp.* p. 138.

<sup>4</sup> Article 16 du règlement de la CCI relatif aux *Dispute Boards*.

Cette phase d'exposé du problème, d'échange de points de vue entre les parties et l'éventuel avis informel et non contraignant exprimé par le tiers suffit parfois à atténuer les conflits et à pacifier les relations pour trouver une solution au problème qui soit satisfaisante pour les partenaires. En amont de tout conflit, le maintien de ces comités de suivi permet ainsi d'éviter la cristallisation des positions et apaise les relations entre les acteurs du projet. Ce serait même selon un auteur ce à quoi il est destiné : « La vocation première du DB est d'éviter l'escalade d'un simple différend, voire d'une banale différence de vue, en un conflit ouvert susceptible de compromettre la stabilité du projet »<sup>1</sup>. Par la constitution de tels comités, les parties peuvent ainsi utilement prévenir de manière amiable certains troubles mineurs pouvant affecter le déroulement du projet qui, abordés dans une perspective conflictuelle, pourraient dégénérer en véritable différend. « La caractéristique la plus saillante de ce genre de processus conventionnel apparaît comme étant le fait que la médiation s'y fait jour très en amont puisque antérieurement à la survenance de toute difficulté et que, corrélativement, ces clauses tendent plus à la solution d'un désaccord dans l'application d'un contrat en cours d'exécution et dont l'exécution doit en tout état de cause se poursuivre, nonobstant toute controverse, qu'à la résolution d'un différend »<sup>2</sup>.

152. **La sélection des conflits.** Selon les partisans de ces procédures, leur dimension préventive découle également de l'impression de supervision que fait peser le *board*, car les parties hésiteraient à porter à son attention des différends mineurs ou n'ayant pas de fondement solide pour ne pas entamer la confiance du panel et préféreraient les adresser directement entre elles avant de les soumettre au *Dispute Board*<sup>3</sup>. En ce sens, « *the standing neutral process tends to change the behavior of the parties because it discourages game-playing, dilatory tactics, and the taking of extreme and insupportable positions. This is why the mere existence of the neutral can reduce the number of disputes that arise, and possibly even eliminate them. As a result, the standing neutral may end up serving simply as a communication facilitator/dispute preventer, while playing a secondary role as standby dispute resolver* »<sup>4</sup>. La mise en place de ces panels entraînerait donc la mise à l'écart de réclamations insignifiantes ou dilatoires préjudiciables à la relation des parties. Le rôle préventif de ces *boards* n'étant pour autant pas suffisant en toutes circonstances, les partenaires seront généralement bien inspirés de prévoir des mécanismes de traitement des conflits destinés à prendre le relai en cas d'échec des modes de prévention de ceux-ci.

## §2 Le traitement des conflits d'évaluation

153. **Solution négociée ou solution imposée.** Bien souvent les parties prévoient dans leurs contrats des mécanismes de traitement des conflits préalables à toute procédure juridictionnelle. « Dans l'esprit de ces dispositifs conventionnels, il faudrait éviter de recourir à l'arbitrage pour un contrat dont l'exécution est en cours car il mobilise les énergies des techniciens et les

---

<sup>1</sup> P.-A. Gelinat : « Le potentiel des "Dispute Boards" (DB) », *Gaz. Pal.* 28 juin 2007, n° 179, p. 114.

<sup>2</sup> J.-C. Goldsmith : « Les modes de règlement amiable des différends (RAD) », *RDAI*, 1996, p. 221, *sp.* p. 245.

<sup>3</sup> v. en ce sens: D. Brown-Berset et M. Scherer: « Les modes alternatifs de règlement des différends dans le domaine de la construction », Journées suisses du droit de la construction, *JDC* 2007, p. 265, disponible : [http://www.lalive.ch/data/publications/dbbmsc\\_Les\\_modes\\_alternatifs\\_de\\_reglement\\_des\\_differends\\_dans\\_le\\_domaine\\_de\\_la\\_construction\\_2007.pdf](http://www.lalive.ch/data/publications/dbbmsc_Les_modes_alternatifs_de_reglement_des_differends_dans_le_domaine_de_la_construction_2007.pdf) : « L'existence d'un DB décourage l'instrumentalisation d'un différend à des fins purement dilatoires ».

<sup>4</sup> J. P. Groton, K. C. Lawrence : « "Real time" Prevention and Resolution of Construction Disputes : varieties of Standing Neutral and What They Do », *Dispute resolution Journal*, may/oct. 2010, p. 128, *sp.* p. 133.

détourne de leur tâche principale »<sup>1</sup>. Les procédures instituées par les parties pour tenter de résoudre leurs conflits d'évaluation, bien que favorisant une solution négociée (A), organisent parfois en cas d'échec des négociations le recours à un tiers décideur pour trouver une issue autoritaire au différend (B).

#### A. Le traitement du conflit par la négociation

154. **La recherche de la concorde.** La faveur des parties pour la recherche d'une solution négociée se manifeste de plusieurs manières dans les clauses organisant le traitement du conflit. Une première approche, dont la clause de *hardship* est la manifestation la plus éclatante, est celle consistant à mettre à la charge des parties une obligation de renégociation de l'accord déséquilibré (1°). La seconde approche, plus médiate, consiste à éclairer les parties sur les points qui sous-tendent le conflit par le biais d'un avis non contraignant d'un expert ou d'un collègue d'experts en espérant rapprocher les visions des parties et leur permettre de trouver un accord sur ces bases (2°).

##### 1° La stipulation d'une obligation de renégocier

155. **Le caractère conflictuel de la renégociation.** En stipulant une obligation de négocier, les parties manifestent la confiance qu'elles ont en leur propre bonne volonté future pour trouver une solution satisfaisante à une difficulté qui viendrait à affecter leur relation. Une telle obligation est au cœur des clauses de médiation, par lesquelles les parties organisent le recours à un tiers pour faciliter leurs négociations. Elle occupe une place tout aussi centrale dans le mécanisme établi par les clauses de *hardship*, sauf qu'il s'agit alors plus précisément d'une obligation de renégocier les termes d'un contrat déjà conclu entre les parties. Au stade de la renégociation contractuellement prévue, est-on déjà en présence d'un véritable conflit ? Les parties ne sont pas nécessairement opposées, et peuvent toutes deux être disposées à trouver les modifications adaptées au contrat, sans que se manifeste une attitude ou des positions plus conflictuelles que celles présidant à la négociation d'un contrat. Cette négociation est cependant au seuil du conflit : si les parties ne se mettent pas d'accord ou si une partie refuse de négocier, un palier sera franchi et leurs positions opposées caractériseront un conflit méritant d'être traité par des procédures adaptées. C'est la raison pour laquelle cette obligation de renégocier le contrat est abordée sous un angle conflictuel qui n'est en pratique pas nécessairement avéré.

La raison d'être des clauses d'adaptation du contrat réside dans la volonté des parties de tenter de préserver la relation contractuelle en admettant la modification des conditions initialement prévues pour éviter qu'il ne soit purement et simplement mis fin au contrat, le cas échéant avec des dommages-intérêts, ou pour éviter qu'il ne sombre en « léthargie »<sup>2</sup>. « Contrairement aux apparences, adapter le contrat, c'est donc sauvegarder sa stabilité en le faisant échapper à l'anéantissement qui le menace »<sup>3</sup>. Pour ce faire, usant de leur liberté contractuelle, les parties organisent par les clauses de *hardship* une atteinte raisonnée à la force obligatoire du contrat en admettant qu'elle puisse être remise en cause en cas de déséquilibre de leurs obligations

---

<sup>1</sup> J.-F. Bourque : « L'expérience du centre international d'expertise de la CCI et le développement de l'expertise internationale », *Rev. arb.* 1995, p. 231, *sp.* p. 246.

<sup>2</sup> F. Magar : « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation », *D.* 2010, p. 1959.

<sup>3</sup> J.-P. Delmas-Saint-Hilaire : « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », *in* P. Durand (dir.) : *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*. LGDJ, 1960, p. 189, *sp.* n° 4 p. 191.



respectives. Cette atteinte laisse donc la place à une nouvelle manifestation de volonté des parties, non au stade de la formation du contrat mais pendant son exécution. Se faisant, elles « réintroduisent, dans le cours de l'exécution, des éléments de subjectivité là où l'accord initial aurait dû tout régler objectivement »<sup>1</sup>. Pour tenter de sauver le contrat à la force de leur volonté, elles prévoient une obligation de renégocier le contenu de la convention devenu inique pour la partie souffrant de la rigueur nouvelle et peuvent notamment fixer le but de cette renégociation (a). Pour espérer atteindre ce but, les parties devront respecter l'esprit de la clause de *hardship* et adopter des comportements compatibles avec la recherche d'une solution. Le contenu de l'obligation de renégocier doit être déterminé (b) pour comprendre dans quelle mesure la volonté initiale des parties est susceptible de contraindre leur volonté future lors de la survenance du conflit anticipé, avant d'envisager les sanctions envisageables en cas d'inexécution de cette obligation (c).

a) La fixation de l'objectif de la renégociation

156. **Équilibre du contrat ou équité.** Le but de la renégociation organisée par les parties sera parfois défini de manière objective par référence à l'équilibre originel du contrat<sup>2</sup>, ou à celui présidant avant le changement de circonstances, ou de manière bien plus subjective, par référence à l'équité<sup>3</sup>. Parfois encore, plus radicalement, les parties ne font pas appel à un référentiel. Elles prévoient simplement qu'un nouvel équilibre devra être recherché<sup>4</sup>, ce qui se rapproche des résultats de l'équité. Le détail de ces rédactions n'est pas anodin car il laisse transparaître le niveau de risque que les parties sont prêtes à assumer relativement à l'évolution de l'équilibre contractuel. Elles peuvent souhaiter repartir sur des bases similaires à celles ayant déterminé leur consentement à l'origine, lors de la formation du contrat, et remettre en quelque sorte le « compteur à zéro ». Si le référentiel choisi est celui de l'équilibre établi antérieurement au changement de circonstances, les parties acceptent que les évolutions mineures relativement à l'équivalence de leurs prestations respectives qui auraient pu se produire entre la conclusion du contrat et la survenance de l'évènement soient intégrées comme faisant partie de l'équilibre à rechercher. La référence à l'équité<sup>5</sup>, concept flou et hautement subjectif, pourrait quant à elle inciter à remodeler le contrat au-delà des simples réajustements nécessaires en raison de la survenance de la situation de *hardship*. C'est parfois ce que les parties souhaitent, la continuation de la relation contractuelle primant sur l'équilibre antérieurement convenu.

Il semble important de préciser à quelle balance il est fait référence dans la clause, car la mention du seul « équilibre », issu de la pesée parfaitement identique de chacun des éléments, peut ne pas refléter le déséquilibre initial convenu entre les parties ou celui qui régnait avant le bouleversement. La clause de *hardship*, généralement sous-tendue par une logique de

---

<sup>1</sup> J. Cédras : « L'obligation de négocier », *RTD com.* 1985, p. 265, *sp.* p. 287.

<sup>2</sup> Cette rédaction semble préférée par les auteurs qui se sont penchés sur la question, notamment les membres du groupe de travail « contrats internationaux » dont l'étude a été publiée : v. M. Fontaine : « Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCI* 1976, p.7, *sp.* p. 30.

<sup>3</sup> Sur les types de critères utilisés comme référentiels pour définir le but de la renégociation, v. M. Fontaine : « Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCI* 1976, p.7, *sp.* p. 33.

<sup>4</sup> v. en ce sens, M. Almeida Prado : *Le hardship dans le droit du commerce international*. Préf. H. Lesguillons, Bruylant, 2003, p. 144.

<sup>5</sup> Sur les relations entre ce concept et la théorie de l'imprévision, v. Ch. Albiges : *De l'équité en droit privé*. Préface R. Cabrillac, LGDJ, 2000, *sp.* n° 299, p. 195 et s.

rétablissement de l'équilibre<sup>1</sup> et non de renégociation des conditions qui ne sont pas affectées par le bouleversement des circonstances sauf précision contraire des parties en ce sens, s'oppose en effet à ce que l'adaptation du contrat aux nouvelles circonstances puisse remettre en cause les éléments de l'équilibre contractuel sur lesquels les parties se sont accordées initialement. Dans cette optique, il semble ainsi préférable de fixer comme objectif de la révision le retour à l'équilibre initial, ou à celui établi antérieurement à la situation de *hardship*. Ces critères objectifs ne semblent cependant pas exempts de tout reproche<sup>2</sup>.

En ce sens, si la clause est rédigée de telle manière que la visée de l'adaptation reste fixée sur l'équilibre initial, il semble que les effets potentiellement néfastes de la remise en cause de la force obligatoire des conventions puissent être écartés. Une fois l'objectif défini dans la clause, la manière de l'atteindre doit être considérée.

#### b) Le contenu de l'obligation de renégocier

157. **Renégociation et absence de mauvaise foi.** Le contenu de l'obligation de négocier a déjà été envisagé au sujet des clauses de médiation préalable à l'engagement d'une procédure juridictionnelle<sup>3</sup>. La parenté d'une telle obligation avec celle de renégocier le contenu d'un contrat devenu déséquilibré apparaît évidente. La définition de la renégociation peut cependant être affinée : la renégociation est « un processus de dialogue (propositions et contrepropositions) orienté vers une modification du contrat, en cours d'exécution »<sup>4</sup>. Une telle obligation, qualifiée de devoir par certains auteurs<sup>5</sup>, implique donc de participer aux négociations, et ce avec bonne foi, de « se prêter loyalement à ce dialogue, c'est-à-dire sans duplicité et sans tactique dilatoire, avec l'intention d'aboutir à un accord »<sup>6</sup>. Il est envisageable qu'une négociation réalisée avec la meilleure volonté et la totale bonne foi des deux parties n'aboutisse pas à un accord. Dès lors, la conclusion d'un accord adaptant le contrat malmené ne saurait être prise comme indicateur de la bonne foi des parties. La bonne foi ne peut dès lors se définir que négativement comme l'absence de mauvaise foi du contractant.

L'obligation de renégocier en vertu d'une clause de *hardship* n'emporte pas l'obligation d'accepter les modifications mais bien d'essayer de trouver une solution acceptable pour les deux parties. Il a ainsi été décidé qu'une clause de rencontre « n'oblige en aucune façon le cocontractant à accepter les modifications de contrat proposées par l'autre partie » et qu'une clause d'adaptation selon laquelle « les parties ont convenu d'examiner ensemble les moyens d'adapter le contrat aux évolutions dans les facteurs économiques, techniques ou de

---

<sup>1</sup> L'étude menée par M. Almeida Prado dans sa thèse montre en effet que du point de vue des professionnels interrogés, l'intérêt majeur de la clause de *hardship* est la préservation de l'équilibre contractuel (*Le hardship dans le droit du commerce international*. Préf. H. Lesguillons, Bruylant, 2003, Annexe II, p. 309).

<sup>2</sup> Il a notamment été remarqué que les stipulations à caractère objectif n'étaient pas nécessairement exclusives de toute appréciation subjective. Par ailleurs, la détermination lors de la renégociation de l'équilibre ayant présidé à la conclusion du contrat risque de se révéler problématique, voire de révéler des éléments confidentiels relatifs à la structure des prix. Pour une appréciation des différents critères, v. M. Fontaine : « Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCI* 1976, p. 7, *sp.* p. 33.

<sup>3</sup> v. *supra* n°132.

<sup>4</sup> L. Aynès : « Le devoir de renégocier », *RJC*, n° spécial nov. 1999, 19, p.11.

<sup>5</sup> L. Aynès : « Le devoir de renégocier », *RJC*, n° spécial nov. 1999, 19, p.11.

<sup>6</sup> L. Aynès : « Le devoir de renégocier », *RJC*, n° spécial nov. 1999, 19, p.11, *sp.* p. 18.

réglementation afin de préserver leurs intérêts réciproques n'oblige nullement les parties à réviser le contrat mais en autorise seulement la possibilité »<sup>1</sup>.

On saisit ainsi aisément la difficulté de l'appréciation de l'obligation de renégocier de bonne foi imposée par la clause de *hardship*. « L'obligation de négocier l'exécution du contrat échappe en partie au droit, elle est largement régie par l'équité »<sup>2</sup>. S'il est aisé de constater qu'une partie refuse de rencontrer son cocontractant pour renégocier, ou de se prêter à toute discussion constructive, s'entendant comme l'échange de propositions et de contre-propositions, jauger du caractère réellement volontaire d'une telle discussion est bien plus problématique. À moins de constater la mauvaise foi patente d'une partie, les négociations seront présumées de bonne foi. La référence à ce concept flou et subjectif de la bonne foi emporte l'impression que l'obligation de renégocier présente en définitive un caractère assez formel. Dès lors qu'une partie s'assied à la table des négociations et fait mine de négocier de bonne foi même si elle n'a en réalité aucune intention de tenter de trouver un accord, il devrait être considéré qu'elle s'est conformée à son obligation de négocier, puisque la bonne foi est présumée.

La clause de *hardship* est donc une stipulation résolument optimiste quant à la volonté des parties de collaborer utilement. Elle impose une obligation de renégocier somme toute artificielle<sup>3</sup>, dont le résultat effectif dépendra en définitive de la bonne volonté des cocontractants. Cette faiblesse apparaît d'autant plus patente à l'examen de la sanction envisageable de la violation de cette obligation.

c) La sanction de la violation de l'obligation de renégocier

158. ***L'impossible preuve de l'abus***. La sanction de l'obligation de renégocier, malgré la scission d'une telle obligation en deux « sous » obligations distinctes, semble cependant devoir être unique. En effet, qu'elle découle d'un refus de se mettre à la table des négociations ou d'un simulacre de négociation menée de mauvaise foi, la violation de l'obligation de négocier traduit une même intention de la part du contractant qui ne s'y prête pas, le refus de renégocier en contravention avec une obligation contractuelle. Le résultat est également identique : un accord n'a pu être trouvé faute d'avoir été recherché.

Le principe de la sanction de la violation de l'obligation de négocier de bonne foi est ainsi posé. En pratique cependant, cette sanction apparaît difficilement applicable. En effet, quant à son déclenchement, le critère est celui de l'abus : « la responsabilité de l'échec de la procédure de rencontre et d'adaptation ne peut être imputée à la société Laitière de Mayenne en l'absence de comportement abusif de sa part »<sup>4</sup>. Or la preuve d'un tel comportement abusif pourra être

---

<sup>1</sup> Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-13214, non publiée ; *D.* 2007, p. 765, note D. Mazeaud ; *RJDA* 2007, n°129, p. 126 ; confirmant CA Angers, 27 janv. 2004 (qui reproche « son imprévision dans le choix de l'indice fondant la clause d'indexation » à une des parties) ; *RTD civ.* 2006, p. 112, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RJDA* 2005, n°1068, p. 927.

<sup>2</sup> J. Cédras : « L'obligation de négocier », *RTD com.* 1985, p. 265, *sp.* p. 290.

<sup>3</sup> En ce sens : I. Schwenzer : « *Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts* », 39 *VUWLR*, p. 709, *sp.* p. 723 (disponible : <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf>) : « *In the first place, renegotiation – as negotiation – has to be based on willingness and trust. Constructive and cooperative renegotiation cannot be forced upon the parties by coercion. Furthermore, lacking any means of specific enforcement, the duty to renegotiate amounts to nothing more than a farce* ».

<sup>4</sup> Cass. com., 3 oct. 2006, n° 04-13214, non publiée ; *D.* 2007, p. 765, note D. Mazeaud ; *RJDA* 2007, n°129, p. 126.

difficile à rapporter, car le départ entre une négociation difficile, menée en toute bonne foi, et un simulacre de négociation difficile pourra être ardu.

Ce constat s'impose lorsqu'il s'agit d'une obligation de négocier un contrat initial ou encore le règlement d'un différend. Lorsqu'il s'agit de négocier une adaptation à un contrat bouleversé par le changement de circonstances, ne pourrait-il pas être déterminé une estimation de propositions raisonnables fondée sur l'impact des circonstances sur le contrat ? C'est ainsi qu'un auteur a proposé d'établir une « limite inférieure – certes exigeante - du devoir de négocier de bonne foi »<sup>1</sup> : « La bonne foi oblige la partie non touchée par l'imprévu à prendre à sa charge la fraction rendant dérisoire l'échange. Ainsi le créancier doit supporter la partie des surcoûts d'exécution excédant le prix de vente. À l'inverse, le débiteur doit offrir au créancier une prestation de substitution présentant une valeur similaire à celle initialement convenue »<sup>2</sup>.

159. **Volonté et négociations contraintes.** La définition de tels seuils au delà desquels les propositions ne pourraient être considérées comme refusables sans verser dans la mauvaise foi apparaît utile, mais ne nous semble cependant pas constituer une solution adéquate. Déduire la mauvaise foi d'une partie du fait qu'elle n'est pas prête à faire certaines concessions, définies comme raisonnables dans l'absolu, revient en définitive en quelque sorte à lui reprocher d'avoir refusé une adaptation. Or les parties, en insérant une clause de *hardship*, ne s'engagent pas à modifier le contrat, sauf lorsqu'elles ont déterminé que leur convention sera autoritairement adaptée par un tiers en cas d'échec des négociations. En l'absence d'une telle stipulation, il ne saurait leur être reproché de ne pas faire les concessions qui pourraient être considérées satisfaisantes d'un point de vue objectif.

Il nous semble en effet que l'obligation de négocier de bonne foi constitue une déclaration de bonnes intentions de la part des parties face à l'imprévu. Ne sachant pas ce que l'avenir leur réserve, elles se laissent la faculté de voir avant de décider, préférant garder la main sur leur relation contractuelle, en la laissant perdurer telle que prévue initialement ou en la mettant à mort en cas d'échec des renégociations du contrat. Si leurs intérêts au contrat pouvaient se résumer par un simple calcul, elles auraient préféré une clause d'adaptation automatique du contrat sur des bases purement arithmétiques. Ainsi, déduire la mauvaise foi d'une partie ayant refusé des propositions dont le caractère acceptable lui est imposé ne nous semble pas approprié car constituant une immixtion démesurée du juge dans la définition des intérêts des parties. Une telle proposition reviendrait, *in fine*, à reprocher à la partie ne souffrant pas du *hardship* de ne pas avoir adapté le contrat, alors même qu'elle ne s'y est jamais engagée, ce qui attenterait alors à la liberté contractuelle. Il apparaît dans cette optique également étrange que les parties puissent négocier de bonne foi sans trouver un accord. Car en effet comment expliquer, sur des bases aussi raisonnables, qu'un accord n'ait pu être trouvé, alors que les deux parties ont formulé des propositions constructives ? Le calcul mathématique de la bonne ou de la mauvaise foi apparaît constituer une impasse qui reviendrait en définitive à conclure que si aucun accord n'a pu être trouvé relativement à la révision du contrat, c'est que les négociations n'ont pas été menées de bonne foi.

Une proposition plus souple a été faite par D. Mazeaud, celle d' « octroyer au juge un pouvoir en vue de contrôler les motifs avancés par le contractant qui a refusé, comme il en a le pouvoir, la révision du contrat, ce qui permettrait, si ces motifs sont illégitimes, de mettre en jeu sa

---

<sup>1</sup> L. Thibierge : *Le contrat face à l'imprévu*. Préf. L. Aynès, Economica, 2011, *sp.* n° 827, p. 468.

<sup>2</sup> L. Thibierge : *Le contrat face à l'imprévu*. Préf. L. Aynès, Economica, 2011, *sp.* n° 827, p. 467.

responsabilité »<sup>1</sup>. Cette proposition contient également le germe de l'ingérence du juge dans l'appréciation par les contractants de ce que devrait être le contrat. Cependant les contours de la mauvaise foi y sont moins tracés, et laissent une plus grande appréciation au juge quant à l'illégitimité des motifs du refus. Laisser au juge l'appréciation du caractère légitime ou non de modifications dans le cadre d'une relation complexe peut cependant apparaître comme un pouvoir démesuré de celui-ci. C'est la raison pour laquelle il semble préférable de ne pas consacrer un tel pouvoir de sanction sur les parties qui se sont engagées à négocier mais en aucun cas à trouver un accord.

160. **L'absence d'échappatoire.** La seule situation dans laquelle l'absence de bonne foi dans les négociations semble réellement problématique est lorsque les parties n'ont pas prévu de solution de rechange en cas d'échec des négociations. Si les parties se sont ménagé la possibilité de sortir du contrat en cas d'échec de leurs négociations ou de le faire adapter par un tiers, que les négociations soient menées de bonne ou de mauvaise foi, le résultat sera le même : la partie pour laquelle l'intérêt du contrat a disparu pourra s'en dégager. Si en revanche, en l'absence d'accord à l'issue des négociations le contrat doit être maintenu tel que conclu initialement, l'absence de bonne foi dans les négociations constituera un réel problème, pour des raisons qui se répondent : d'une part on peut douter de la volonté de la partie indemne de modifier à son détriment l'équilibre du contrat, dès lors que celui-ci sera maintenu en l'absence d'accord sur la révision. D'autre part, la partie souffrant de la rigueur, la plus affectée par l'absence d'adaptation, se retrouve alors enfermée dans une relation devenue insoutenable. Il nous semble que c'est dans cette hypothèse seulement qu'une appréciation rigoriste de la bonne foi doit pouvoir s'exprimer pour compenser l'éventuel déséquilibre subi par la partie affectée par le *hardship*.

161. **La consistance du préjudice en l'absence de négociations de bonne foi.** Concernant les conséquences de la violation de l'obligation de renégocier ensuite, se pose la question d'en quoi consiste en définitive le préjudice subi par le contractant qui souhaitait renégocier ? Il ne peut s'agir que de la perte d'une chance d'adapter le contrat au changement de circonstances<sup>2</sup> puisqu'il ne saurait être affirmé qu'une négociation bien menée aurait abouti à un accord. En cela, les dommages-intérêts dont le principe ne soulève pas de doute pourront apparaître comme difficilement quantifiables<sup>3</sup>. Un auteur a par ailleurs avancé que ces dommages-intérêts ne seraient pas suffisants pour dissuader toute négociation de mauvaise foi tendant, pour la partie ne subissant pas le *hardship*, à ne pas subir les conséquences défavorables encourues par son cocontractant malchanceux. L. Thibierge considère ainsi que la partie ne faisant pas montre de la bonne foi nécessaire à l'adaptation du contrat doit être redevable du préjudice subi par son cocontractant et pourrait également se voir infliger des dommages-intérêts punitifs « afin de ne pas encourager la faute lucrative consistant à rompre plutôt que d'adapter »<sup>4</sup>.

Ces sanctions ne nous apparaissent pas appropriées en raison de l'ingérence dans la relation contractuelle qu'elles présupposent dans la qualification de la mauvaise foi selon cet auteur. Elles ne se justifieraient que dans l'hypothèse où les parties n'ont prévu en cas d'échec des négociations que le maintien du contrat dans ses conditions initiales, ce qui ne semble pas être

<sup>1</sup> D. Mazeaud : « Renégocier ne rime pas avec réviser ! », *D.* 2007, p. 765.

<sup>2</sup> En ce sens, L. Aynès : « L'imprévision en droit privé », *RJC* 2005, n° 5, p. 397, *sp.* p. 405.

<sup>3</sup> P. Van Ommeslaghe : « Les clauses de force majeure et d'imprévision "*hardship*" dans les contrats internationaux », *Rev. Dr. intern. Et Dr. comp.* (belge), 1980, p. 7, *sp.* p.52.

<sup>4</sup> L. Thibierge : *Le contrat face à l'imprévu*. Préf. L. Aynès, *Economica*, 2011, *sp.* n° 833, p. 471.

la proposition de l'auteur qui prévoit la caducité en cas d'échec des négociations<sup>1</sup>. Ce système se révélerait également potentiellement destructeur dans le cadre des clauses de *hardship*, dont l'utilité dans les contrats de longue durée n'est plus à démontrer. Il y a en effet fort à craindre qu'une conception rigoureuse de l'obligation de renégocier, confinant à l'obligation de résultat, et dont la sanction forte serait fondée sur une appréciation par le juge de la mauvaise foi des parties, et ce alors même qu'elles auraient prévu des palliatifs à l'échec de leurs négociations, ne décourage les parties d'insérer une telle stipulation.

162. ***Une sanction insatisfaisante de l'obligation de négociier.*** Néanmoins il faut convenir que l'indemnisation de la perte d'une chance constitue une sanction insatisfaisante, insusceptible d'inciter les parties à renégocier de bonne foi. En l'absence de stipulations contraires, dans la mesure où la faculté de sortir d'un contrat devenu déséquilibré n'est pas prévue par le droit français, le résultat du refus de renégocier emporterait le maintien des obligations convenues initialement pour le débiteur pour qui l'exécution est devenue démesurément onéreuse. Pour sortir d'un contrat qu'il ne peut plus raisonnablement honorer, il devra alors probablement s'acquitter lui-même de dommages-intérêts en conséquence de la résiliation fautive du contrat, à moins que la faculté de résiliation au motif d'un changement de circonstances n'ait été prévue.

163. ***Exception d'inexécution et interdépendance des obligations.*** Un auteur a envisagé qu'en cas de non exécution loyale de l'obligation de renégocier du cocontractant, la partie en souffrance puisse lui opposer l'exception d'inexécution pour suspendre l'exécution de ses propres obligations<sup>2</sup>. La question soulevée par l'auteur sur l'interdépendance des obligations, à laquelle semble devoir s'ajouter la question de la proportionnalité du manquement en cause, semble en effet devoir être discutée et emporte la réflexion sur la relation entre l'obligation de renégocier et les obligations « principales » qui sont affectées par les changements de circonstances.

On sent confusément que la renégociation des éléments déterminants de l'exécution du contrat est une obligation qui revêt une importance certaine pour la partie en souffrance. Si elle ne lui garantit pas qu'un accord rééquilibrant le contrat soit trouvé, elle lui offre au moins la possibilité de faire valoir ses difficultés. Or la clause de *hardship* impose en quelque sorte au contractant de faire cas de ces difficultés et de tenter de bonne foi de trouver un compromis qui puisse rendre le contrat viable pour les deux parties dans l'avenir. En ce sens le refus de renégocier affecte ainsi négativement, en dérivé, l'obligation principale du contractant. Il nous apparaît ainsi que la condition de connexité des obligations nécessaire à la mise en jeu de l'*exceptio non adimplati contractus* puisse être considérée comme réunie. Le fondement de l'exception d'inexécution semble également justifier son application comme sanction de l'inexécution de l'obligation de renégocier de bonne foi. Il a été avancé, par une formule très appropriée à la problématique des clauses de *hardship*, que cette exception tend « à préserver

---

<sup>1</sup> Ég. en faveur de la caducité, v. V. Wester-Ouisse : « La caducité contractuelle : une notion à réinventer », *JCP* 2001, I, 290 : « Les prestations ne correspondant plus aux attentes originelles des parties, la caducité viendrait sanctionner la disparition d'un élément essentiel du contrat : l'objet "possible", proportionnel à l'intérêt bien compris des parties, conforme à la bonne foi et à la solidarité contractuelle ».

<sup>2</sup> M. Fontaine : « Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCI* 1976, p.7, *sp.* p. 30.

l'équilibre entre les obligations de chacun des contractants afin de permettre dans l'avenir une exécution globale et satisfaisante du contrat »<sup>1</sup>.

164. **Exception d'inexécution et proportionnalité.** La condition de la proportionnalité entre le manquement et la riposte constituée par l'exception d'inexécution est plus difficile à apprécier. Il appert aux juges du fond de jauger, en faisant usage de leur pouvoir souverain d'appréciation, de la proportionnalité entre l'inexécution initiale et l'inexécution décidée par l'*excipiens*. Or l'inexécution de l'obligation de renégocier justifierait-elle l'inexécution des obligations de la partie affectée par le *hardship* ? Cela semble douteux notamment considérant que l'obligation de renégocier de bonne foi peut revêtir une importance toute formelle dans la mesure où la majorité de la doctrine s'accorde sur le fait que le résultat des négociations est incertain.

La faveur manifestée à l'égard des clauses de médiation ou de conciliation préalables à toute action en justice semble pourtant constituer un argument en faveur de la reconnaissance d'une importance plus grande à l'obligation de négocier. On sait que depuis une décision de la Cour de cassation<sup>2</sup>, le demandeur en justice peut se voir opposer une fin de non-recevoir motivée par l'absence de mise en œuvre d'une procédure de médiation contractuellement prévue avant toute action en justice. Une telle décision qui impose le respect de l'obligation de négocier préalablement à l'exercice du droit d'agir en justice pourrait appuyer la faculté pour le demandeur à la révision de suspendre l'exécution de ses prestations tant que l'obligation d'entrer en renégociation n'aura pas été exécutée par son cocontractant. La validation judiciaire de cette hypothèse reste cependant incertaine. C'est la raison pour laquelle il semble opportun de régler conventionnellement les conséquences de la violation de l'obligation de négocier, tel par exemple le paiement d'une clause pénale, incitative de l'exécution.

165. **Vers une réception de la théorie de l'imprévision en droit français ?** La prise en compte de l'imprévision ne se manifeste aujourd'hui plus exclusivement dans les stipulations sur mesure établies par les parties pour l'envisager. En effet, considéré par un auteur comme une véritable pathologie dénommée « syndrome de Craponne »<sup>3</sup>, le refus en droit français d'attribuer des conséquences au bouleversement de circonstances est souvent critiqué. Du point de vue de l'analyse économique du droit, force est en effet de constater que le principe de la force obligatoire du contrat, envisagé avec une rigidité excessive, conduit à une situation inefficace en cas de *hardship*<sup>4</sup>. L'absence de prise en compte par le droit de cette dégénérescence du contrat vers l'inefficacité est par ailleurs également préjudiciable du point de vue de « la première fonction économique du droit : réaliser des économies sur les coûts de

---

<sup>1</sup> P. Grosser : *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*. Thèse Paris I, J. Ghestin (dir.), 2000, *sp.* n°42.

<sup>2</sup> Cass. Ch. Mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19423 ; *Bull. ch. Mixte*, n° 1, p. 1 ; *D.* 2003, p. 1386, note P. Ancel et M. Cottin et p. 2480, note Th. Clay ; *RTD civ.* 2003, p. 294, obs. J. Mestre et B. Fages et p. 349, obs. R. Perrot ; *JCP* 2003, I, n°128, obs. L. Cadet ; n°142, n° 13, obs. G. Virassamy et n° 164, n°9, obs. Ch. Seraglini ; *JCP E* 2003, n°19, 707, comm. H. Croze et D. Gautier ; *Rev. arb.* 2003, p. 403, note Ch. Jarrosson ; *CCC* 2003, comm. 84, L. Leveneur ; *Procédures* 2003, n°93, note H. Croze ; *PA* 2003, n° 51, p. 13, note L. Bernheim.

<sup>3</sup> Ch. Jarrosson : « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Colloque de l'institut des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, 1990, p. 141, *sp.* n°18, p. 147.

<sup>4</sup> A.-J. Kerhuel : *L'efficace stratégique du contrat d'affaires- un champ d'action de la liberté contractuelle*. Préf. J. Mestre, PUAM, 2010, *sp.* p. 222.

transaction, en réduisant le coût de conclusion des contrats »<sup>1</sup>. En imposant aux opérateurs la stipulation de clauses de *hardship* destinées à pallier l'absence de prise en compte des changements radicaux de circonstances par le droit français, celui-ci favorise certes l'inventivité et la précision des rédacteurs de contrats, mais leur impose en conséquence des coûts supplémentaires qui se révéleront inutiles si aucun *hardship* ne vient à affecter leur relation contractuelle. Les coûts engagés *ex ante* pourraient alors être réduits par une prise en compte par le droit français de la nécessité de parer aux situations les plus critiques. Peut-être est ce une des raisons pour lesquelles une grande partie de la doctrine semble favorable à l'introduction en droit français d'un remède à cette « étrange maladie »<sup>2</sup>. Pour n'en donner qu'un exemple, le professeur Laurent Aynès propose de fonder une obligation de renégocier en cas de survenance d'une situation de *hardship* sur le devoir de loyauté, conçu comme « un des aspects essentiels de la bonne foi que l'article 1134 alinéa 3 attache au statut de contractant »<sup>3</sup>, découvrant le remède dans le contrat lui-même. La Haute juridiction a également pu sembler soutenir, d'une manière dérobée, une éventuelle initiative législative en ce domaine<sup>4</sup> par une décision qui, bien que non publiée mais abondamment commentée, « recèle au moins le germe d'une règle révolutionnaire »<sup>5</sup>. Si la portée de la décision peut être mise en doute en raison de nombreux facteurs<sup>6</sup>, la solution qu'elle suggère semble en effet manifestement en faveur d'une meilleure prise en compte des situations de bouleversements de circonstances.

Quel que soit le fondement qui sera choisi pour justifier la prise en compte par le droit français de la situation de *hardship*, il semble essentiel de ne pas pour autant tomber dans l'excès inverse à celui déploré, et de ne pas excessivement contraindre les parties à adapter leur contrat. Il est en effet envisageable que les parties souhaitent, pour l'une, s'assurer de l'absence totale de variabilité des éléments contractuels, quelles qu'en soient les causes ou conséquences, pour l'autre, assumer le risque représenté par un contrat d'une rigidité convenue, quitte à la prendre en considération dans ses prix en se rapprochant d'une certaine manière d'une logique assurantielle. Dès lors que leur volonté est ainsi clairement exprimée, les parties devraient pouvoir librement attribuer la rigidité du chêne à leur convention sans craindre le déracinement malheureux de celui-ci ou sa transformation en roseau à l'encontre de leur volonté exprimée.

166. **La position des projets de réforme.** Les projets de réforme du droit des obligations qui se sont succédés ces dernières années se révèlent également soucieux de prendre en compte cette nécessité de permettre aux parties d'appriivoiser l'imprévisible en renégociant les conditions d'une convention devenue inique. Ces projets se révèlent en effet sensibles à la nécessité d'aménager le contrat en cas de survenance d'une situation de *hardship* et admettent dans une certaine mesure l'application de l'adage *rebus sic stantibus*. L'audace de ces projets semble avoir suivi leur ordre chronologique et la place accordée à la volonté des parties dans le traitement de cette problématique apparaît centrale. Les projets affirment le respect de la

<sup>1</sup> A. Ogus et M. Faure : *Économie du droit : le cas français*. Avant propos L. Vogel, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 99.

<sup>2</sup> Ch. Jarrosson : « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Colloque de l'institut des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, 1990, p. 141, *sp.* n°18 p. 147.

<sup>3</sup> L. Aynès : « L'imprévision en droit privé », *RJC* 2005, n° 5, p. 397, *sp.* p. 404.

<sup>4</sup> Cass. com. 29 juin 2010, *Soffimat*, n° 09-67369, non-publée ; *D.* 2010, p. 2481, note D. Mazeaud, p. 2485, note Th. Genicon, et 2011, p. 472, obs. S. Amrani-Mekki ; *RTD civ.* 2010, p. 782, obs. B. Fages, et 2011, p. 87, obs. P. Deumier ; *Deffrénois* 2011, p. 811, obs. J.-B. Seube ; *JCP* 2011, n° 63, obs. J. Ghestin ; *RDC* 2011, p. 34, obs. E. Savaux.

<sup>5</sup> E. Savaux, note sous Cass. com. 29 juin 2010, *RDC* 2011, p. 34.

<sup>6</sup> Sur lesquels, v. la note de P. Deumier sous Cass. com. 29 juin 2010, *RTD civ.* 2011, p. 87.



volonté initiale des parties par la rigueur des conditions posées pour que la situation d'imprévision soit caractérisée<sup>1</sup>. Mais surtout, ils posent la supériorité d'un accord renouvelé sur toute autre solution pour résoudre le conflit résultant du changement de circonstances, bien que des solutions de rechange en cas d'échec des négociations soient envisagées.

Après avoir énoncé les conditions pouvant entraîner l'application de la mesure, les trois projets de réforme organisent en effet la renégociation par les parties de leur accord. L'article 1135-2 de l'avant-projet Catala<sup>2</sup> prévoit qu'en l'absence de clause, une partie puisse solliciter le président du tribunal de grande instance pour qu'il ordonne une « nouvelle négociation »<sup>3</sup> et qu'en l'absence d'accord en résultant, chaque partie puisse mettre fin au contrat « sans frais ni dommage ». Le mécanisme ainsi mis en place permet aux parties de s'extraire d'un contrat dont l'exécution est devenue insupportable. L'article 136 du Projet de la Chancellerie dispose quant à lui que la partie qui subit l'excessive onérosité de son obligation « peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la négociation ». Quant au projet Terré<sup>4</sup>, il admet dans l'article 92, al. 3, l'adaptation ou la mise à mort du contrat par le juge à la suite de l'échec des négociations des parties. Il est ainsi patent qu'en la matière le premier remède consacré par ces projets est la renégociation du contrat par les parties elles-mêmes pour résoudre le conflit qui les oppose à la suite de la modification de l'environnement contractuel. Pour autant, ces articles consacrent-ils une réelle obligation de renégocier telle que celle prévue dans les clauses de *hardship*, ou plutôt une simple incitation à la concorde ?

Il est intéressant de noter que dans deux de ces projets, la partie qui se considère affectée par les circonstances peut demander à bénéficier d'une nouvelle négociation, que ce soit par le biais d'une autorité<sup>5</sup> qui l'ordonne ou directement à l'autre partie. Le fait que le président « ordonne » cette nouvelle négociation est probablement un indice de son caractère contraignant et tend à se rapprocher le système de celui envisagé par un arrêt précurseur en matière d'admission de la théorie de l'imprévision. Une décision de la Cour d'appel de Paris<sup>6</sup>, d'une « hardiesse tranquille » selon son commentateur, avait en effet enjoint aux parties dans

---

<sup>1</sup> La valeur attachée au respect de la volonté initiale des parties se déduit des conditions plus ou moins rigoureuses imposées par les différentes rédactions des projets de réforme. Plus la formulation de la situation de *hardship* est restrictive, plus le nombre de cas dans lesquels elle pourrait être reconnue sera réduit. Corrélativement, une rédaction restrictive conserve ainsi une plus grande force à la volonté initiale des parties : ce qui a été conclu ne sera remis en cause que dans des cas d'une extrême gravité. Le projet de réforme de la Chancellerie antérieur à celui diffusé le 15 février 2015 circonscrivait la situation de *hardship* comme « un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend(ant) l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque ». Le nouveau projet de la Chancellerie ne contient plus la condition que le changement soit « insurmontable ». Plusieurs précisions sont intéressantes dans cette rédaction : le changement de circonstances est caractérisé, la conséquence sur le contrat doit être de rendre son exécution « excessivement onéreuse ». On note par ailleurs l'apparition de la gestion contractuelle du risque déjà apportée dans la rédaction des principes Unidroit (article 6.2.2d) et les principes européens du droit des contrats (article 6 :111 (2) (c)).

<sup>2</sup> Article 1135-2 : « À défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation » ; article 1135-3, al. 2 : « Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage ».

<sup>3</sup> Le terme « nouvelle négociation » nous apparaît peu heureux car ambigu : le président du TGI ordonne-t-il de négocier une nouvelle convention vouée à remplacer la première, ou s'agit-il bien d'une renégociation des éléments du contrat qui ont été perturbés ?

<sup>4</sup> *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009.

<sup>5</sup> Le président du tribunal de grande instance dans l'avant-projet Catala.

<sup>6</sup> CA. Paris, 1<sup>re</sup> ch. A, 28 sept. 1976, *E.D.F. c. Sté Shell Française* ; *JCP* 1978, II, 18810, note J. Robert.

une décision avant dire droit de se remettre à la table des négociations en leur imposant la pression supplémentaire d'un observateur devant rendre compte au juge en cas d'échec des nouvelles négociations. Le système contemplé, celui de faire « surveiller » la qualité des négociations par une autorité pour forcer à la collaboration les parties, semble clairement inspiré de cette décision bien audacieuse<sup>1</sup>. Il est par ailleurs intéressant de noter que l'attitude de mauvaise foi d'une partie est envisagée négativement dans cet article, comme pouvant le cas échéant aboutir à des dommages ou frais<sup>2</sup>.

Dans le projet de la Chancellerie, le caractère obligatoire de la tentative de négociation est plus flou et semble dénué de conséquence directe. Le second paragraphe de l'article semble mettre sur le même plan le refus ou l'échec des négociations, dont les conséquences n'apparaissent pas distinctes. Il faut cependant réserver l'influence que le refus d'une partie de négocier le contrat déséquilibré ne manquera pas d'avoir sur les juges. Il est cependant intéressant de noter que l'obligation de renégocier à la charge du cocontractant n'est pas imposée comme telle dans ces projets de réforme.

Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations<sup>3</sup> prévoit en son article 1196 que la partie souffrant du changement de circonstances peut demander à son cocontractant de renégocier. Aucune véritable obligation n'est ainsi consacrée par le texte et la partie affectée reste tenue par le contrat. En cas d'absence ou d'échec de ces renégociations, le juge pourrait se voir confier par les deux parties le soin d'adapter le contrat. Il est alors érigé en tiers de confiance par la volonté conjointe des parties. Cette faculté du juge d'adapter le contrat ne manquera pas de soulever de questions relatives aux pouvoirs du juge et à la définition du référentiel quel celui-ci devra employer, y compris quant à la faculté des parties de lui donner des indications impératives pour le guider dans l'adaptation. À défaut d'une telle mission confiée au juge, ce dernier pourra être sollicité par une partie afin de mettre fin au contrat à une date et selon des conditions déterminées par lui. La faculté du juge de prononcer la résiliation du contrat apparaît intéressante. On gage en effet qu'il ne pourrait s'agir que d'une résiliation pour l'avenir. Le juge pourrait ainsi réellement intervenir sur le lien contractuel en y mettant fin hors de toute idée de sanction d'un contractant. La renégociation du contrat n'étant en effet pas clairement élevée au rang d'obligation par le texte proposé, le refus de renégocier ne semblerait pas pouvoir être considéré comme fautif. Le contractant réticent au changement se borne à s'en tenir au contrat tel que conclu initialement. L'incitation à trouver une solution semble cependant réalisée par la faculté que pourrait avoir le juge de prononcer et de déterminer les conditions de la résiliation du contrat en question. Peut-être le cocontractant satisfait de la situation verrait-il un avantage à renégocier en amont le contrat plutôt que de subir son anéantissement par le juge, engendrant dès lors un certain effet incitatif.

En l'état actuel, en l'absence de modification du principe de non prise en compte de l'imprévision dans les relations contractuelles en l'absence de prévision des parties, ces

---

<sup>1</sup> L'encouragement à l'amiable par les juges est ainsi parfois particulièrement forte ; sur le sujet v. not. F. Kernaléguen : « La solution conventionnelle des litiges civils », in L. Cadiet (dir.) : *Le droit contemporain des contrats*. Economica, 1987, p. 65, *sp.* p. 72, qui note que l'incitation judiciaire peut ainsi parfois être « musclée ».

<sup>2</sup> Article 1135-3, al. 2 : « Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommages ».

<sup>3</sup> Diffusé par la chancellerie le 25 février 2015 et disponible : [http://www.justice.gouv.fr/publication/j21\\_projet\\_ord\\_reforme\\_contrats\\_2015.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf)

dernières n'hésitent pas à insérer dans leurs contrats des clauses s'appuyant sur leur volonté future afin de tenter de régler des différends qui pourraient surgir dans les contrats de longue durée. En cas d'échec de leurs négociations, les parties font parfois appel à un tiers pour trouver une issue à l'impasse dans laquelle elles se trouvent. On peut d'ores et déjà constater, sans trop empiéter sur les développements à suivre, que la mission du tiers, même si elle peut varier en fonction de la volonté exprimée par les parties dans leur accord, aura le plus souvent une assise purement factuelle. Cette préoccupation du fait semble être une tendance qui anime les parties aux grands contrats : « traiter les tensions, les crises et les difficultés rencontrées dans une perspective de gestion technique avant d'en faire en priorité un débat contractuel »<sup>1</sup>. Elle a donné naissance à des stipulations particulièrement adaptées pour tenter de prévenir et résoudre les différends d'évaluation qui pourraient survenir en cours d'exécution d'un contrat.

Le plus important reste cependant de prévoir les conséquences du défaut d'accord des parties pour que l'échec des négociations ne résulte pas en un maintien du contrat devenu insupportable. Plusieurs options s'ouvrent alors aux parties, qui peuvent d'ailleurs choisir de les cumuler. En cas d'échec des négociations, les parties pourront prévoir l'adaptation autoritaire du contrat par un tiers ou la faculté de résilier ou résoudre le contrat dont l'exécution est devenue insupportable pour une partie. Quant aux raisons de l'échec des négociations directes entre les parties, elles pourront se révéler diverses. Il n'est cependant pas à exclure que l'échec des négociations résulte d'une divergence d'appréciation de la situation en cause. Conscientes de cet écueil dans lequel les font s'abîmer leurs perceptions divergentes d'une même réalité, les parties organisent parfois l'appel à un tiers pour tenter de faciliter les négociations par le prisme de l'information qu'il leur apporte en tant qu'expert.

## 2° La facilitation de la négociation par l'information

167. ***L'importance de l'information dans la résolution des conflits.*** De nombreux litiges se développent en raison de l'imparfaite information des acteurs qui entraîne une divergence d'appréciation de la situation dont résulte le différend. « L'expérience révèle en effet que le différend lié à l'exécution du contrat naît souvent d'une représentation inexacte, par chaque partenaire, de l'état réel d'exécution du contrat par l'une et l'autre des parties. La détermination précise des problèmes permet souvent de désamorcer le contentieux en dédramatisant le conflit. Cette vertu catalytique de l'expertise est d'autant plus forte que le rapport de l'expert, en permettant aux parties d'apprécier leurs chances possibles de succès dans un contentieux à l'occasion duquel se posent des problèmes techniques, est susceptible de dissuader l'une des parties, ou même les deux, de déclencher une procédure juridictionnelle »<sup>2</sup>. Cette information imparfaite est de plus en plus prégnante de nos jours avec le développement rapide et exponentiel des nouvelles technologies, des sciences et techniques et de leur complexité croissante, qui font de l'expertise le pivot de certains différends. « Si le litige se limite à une appréciation technique, l'expertise peut conduire à résoudre le litige. Dans le cas contraire, elle sera un outil permettant d'apurer le débat et devra se limiter à cet aspect, l'expert n'étant ni un conciliateur, ni un arbitre contrairement à la tentation de certaines parties »<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> E. Jorgen Petersen : « La mise en œuvre des ADR dans les grands contrats », *Gaz. Pal.* 15 nov. 2001, n° 319, p. 42.

<sup>2</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp.* p. 465.

<sup>3</sup> R. Bernard-Menoret : « Les clauses de recours aux MARC : les pièges à éviter », *PA* 3 déc. 2009, n°241, p. 20 ; sur la pratique des experts assesseurs, v. P. Vellas : « Expertise, amiable composition et non droit dans le commerce international », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*. Préf. M. Despax, PU Toulouse, 1981, p. 875, *sp.* p. 877.

La pratique de l'expertise judiciaire a largement inspiré les rédacteurs de contrats qui, conscients de ce que « le conflit est aussi soluble, en quelque sorte, dans la raison ou la vérité, quand la vérité peut apparaître »<sup>1</sup>, ont souhaité exploiter cette potentialité de résolution des conflits par l'information en dehors du rituel judiciaire. La pratique de l'expertise judiciaire démontre en effet que l'objectivation des données du conflit et la bonne circonscription du problème<sup>2</sup> entraînent souvent un règlement amiable du différend avant toute instance au fond. Cette tendance des parties à régler amiablement leurs différends suite à la perfection de l'information disponible par l'expertise avant tout procès prévue par l'article 145 du Code de procédure civile est patente : plus de la moitié des litiges dans lesquels est ordonnée une expertise en référé ne nécessite plus de traitement « au fond »<sup>3</sup>. On a ainsi pu se demander au sujet de l'expertise si « éprouver la validité d'un conflit, décourager les plaideurs, et ainsi évacuer une partie du contentieux ne serait (...) pas une fonction indirecte et pourtant utile de l'expertise »<sup>4</sup>, qui pourrait ainsi être « considérée comme un maillon détachable du processus judiciaire en vue d'un règlement autonome »<sup>5</sup>.

La force de l'expertise dans le travail judiciaire est par ailleurs particulièrement intéressante. Dans certains contentieux dans lesquels une expertise judiciaire est sollicitée, le juge, bien qu'il ne soit pas tenu par les conclusions du rapport d'expertise, s'en remettra en pratique à ce dernier en raison de sa totale méconnaissance du domaine dans lequel se déploie le litige, ou par routine<sup>6</sup>. Il est rarement recouru à la faculté ouverte par l'article 245 du Code de procédure civile<sup>7</sup>, l'expert n'étant dans les faits que très exceptionnellement sollicité pour expliciter son rapport. Dans la procédure judiciaire, il n'est pas accordé de réelle faculté d'interroger contradictoirement l'expert pour faire advenir la vérité. Cette relative fermeture entourant le résultat de l'expertise en matière judiciaire peut être déplorée car elle ne permet pas une information complète des parties.

Le manque de souplesse de la pratique de l'expertise judiciaire n'est pas le seul écueil que les parties peuvent souhaiter aménager pour le traitement conventionnel de leurs conflits. La mission du technicien dans l'expertise judiciaire est strictement encadrée, du fait de sa collaboration avec le juge, sur les fonctions duquel il ne doit pas empiéter. Il lui est ainsi interdit de s'exprimer sur les problématiques purement juridiques ou de concurrencer le rôle de

---

<sup>1</sup> A. Comte-Sponville : « Exposé d'ouverture », in *Au cœur des conflits, l'expertise*. 16<sup>ème</sup> Congrès national des experts judiciaires, Toulouse, 20-21-22 octobre 2000, sous la présidence de G. Sagnol, Président de la F.N.C.E.J., p. 19, *sp.* p. 22.

<sup>2</sup> V. not. M. Brisac : « Le rôle de l'expert près d'une cour d'appel en amont du procès », *Gaz. Pal.* 1997, 1, *doctr.* p. 418.

<sup>3</sup> V. A. Leulan : « Le constat », in *Expertise et Conciliation*. Actes du colloque du 9 avril 2009, disponible : <http://www.cnideca.fr/PDF/Colloque-09-04-2009.pdf>.

<sup>4</sup> L. Dumoulin : *L'expert dans la justice : de la genèse d'une figure à ses usages*. Economica, 2007, *sp.* p. 121.

<sup>5</sup> J. Giboin : « L'expertise source de règlement autonome des conflits », in M.-A. Frison-Roche et D. Mazeaud (dir.) : *L'expertise*. Dalloz, 1995, p. 105, *sp.* p. 107.

<sup>6</sup> L. Dumoulin : *L'expert dans la justice*. Economica, 2007, *sp.* p. 128.

<sup>7</sup> « Le juge peut toujours inviter le technicien à compléter, préciser ou expliquer, soit par écrit, soit à l'audience, ses constatations ou ses conclusions.

Le technicien peut à tout moment demander au juge de l'entendre.

Le juge ne peut, sans avoir préalablement recueilli les observations du technicien commis, étendre la mission de celui-ci ou confier une mission complémentaire à un autre technicien. »

conciliateur attribué au juge par l'article 21 du Code de procédure civile<sup>1</sup>. Cette interdiction de concilier les parties en droit privé<sup>2</sup> est souvent déplorée<sup>3</sup>, d'autant que « l'expertise ne s'oppose pas à la conciliation, elle doit certainement y contribuer, tout simplement parce que la démarche d'expertise et le chemin vers la conciliation ne sont pas loin d'être parallèles »<sup>4</sup>. En effet le déroulement de l'expertise rapproche les visions divergentes des parties au conflit mais présente également l'avantage de restaurer une communication entre elles, le plus souvent rompue ou dégradée du fait du conflit. La mission de l'expert judiciaire est par ailleurs déterminée par le juge et non par les parties, ce qui peut entraîner la mise à l'écart de la problématique centrale pour les parties. L'appropriation contractuelle de ce mécanisme par ces dernières leur permet de déterminer la mission de l'expert en fonction de leurs besoins, ce qui peut être un facteur de rapidité et d'économie dans le cas où les parties circonscrivent avec précision leurs points de désaccord.

168. ***L'appropriation conventionnelle de la technique de l'expertise.*** La volonté des parties n'ayant pas de pouvoir sur ces « écueils » de la procédure judiciaire, les clauses organisant l'information par un tiers pour opérer le rapprochement des parties se sont naturellement développées pour s'approprier une méthode ayant fait ses preuves dans le procès. Partant de ce double constat que l'information est source de rapprochement des parties et que dans certains domaines techniques l'expertise conduirait nécessairement à adopter telle solution, les rédacteurs de contrats ont fait une large place à ce mécanisme d'information par un sachant pour rapprocher les parties, tout en restant hors des mécanismes judiciaires trop coûteux, longs ou formalistes. Ces mécanismes sont également souvent sollicités lorsque les parties sont déjà en situation. Malgré l'absence de stipulations en ce sens dans leur contrat, il n'est pas rare que les parties recourent spontanément à ces méthodes de traitement des conflits alors que leur différend est déjà né, voire en cours de traitement par un autre mode de résolution des conflits, telle la médiation par exemple<sup>5</sup>.

S'inspirant du modèle de l'expertise, de nombreux modes alternatifs de règlement des conflits font appel à ce mécanisme pour rapprocher les parties et faciliter la conclusion d'un accord amiable mettant fin au différend. Une telle appropriation de la technique par les orfèvres contractuels passe parfois par l'adaptation sensible du rôle dévolu au tiers au titre de l'expertise conventionnelle « pure » et par l'élargissement des sujets potentiels de l'information. Ce faisant, les parties peuvent se reposer sur la conception de l'expert comme un appui, comme une aide à la décision, ce que fait précisément le juge dans le modèle de l'expertise judiciaire. Mais les contractants peuvent également souhaiter s'abstraire de cette conception décisionniste

---

<sup>1</sup> Cette interdiction faite à l'expert de concilier les parties a été posée depuis le décret 73-112 du 17 décembre 1973 qui a inséré l'article 240 dans le Code de procédure civile. Antérieurement l'expert pouvait concilier les parties, et même rédiger un procès verbal de conciliation.

<sup>2</sup> Le droit administratif accorde en effet au technicien une fonction conciliatrice : CE, 11 févr. 2005 ; *AJDA* 2005 p. 652 et p. 1932, note N. Ach ; *RFDA* 2005 p. 546, concl. E. Glaser.

<sup>3</sup> V. not. 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, p. 103 ; M. Armand-Prévoist : « Quelques interrogations sur le traitement des litiges entre sociétés commerciales », *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> mars 2007, n° 60, p. 2 ; Groupe de travail Confluences : « Conclusion de l'expertise : conciliation ou dépôt du rapport », *Gaz. Pal.* 31 août 2006, n°243, p. 2 ; C. Ponce : « Expertise judiciaire et conciliation des parties », *Gaz. Pal.* 5-6 oct. 2005, p. 6.

<sup>4</sup> A. Leulan : « Le constat », in *Expertise et Conciliation*. Actes du colloque du 9 avril 2009, disponible : <http://www.cnideca.fr>.

<sup>5</sup> V. les exemples donnés par A. Outin-Adam et S. Henry : « Quelques autres modes de règlement des litiges », *Gaz. Pal.* 28 juin 2007, n° 179, p. 88.

de l'expert<sup>1</sup>, et faire de l'expert un véritable décisionnaire, dont la solution s'imposera à elles. L'information des parties par l'expert n'est alors plus au premier plan, même si elle facilite l'acceptation de sa décision. L'objectif affiché par les parties est alors de pouvoir régler rapidement et autoritairement des difficultés qui les opposent.

La clause d'expertise amiable, ou la procédure d'expertise technique<sup>2</sup>, qui organise l'intervention d'un tiers expert pour préciser les données exactes du conflit et informer les parties sur un point particulier à l'épicentre de celui-ci constitue le modèle de la liberté exploitée par les parties de prévoir conventionnellement des mécanismes originaux et inaccessibles à leur volonté dans le procès. Le tiers ne jouera pas directement un rôle de facilitateur de négociations entre les parties comme le ferait un médiateur<sup>3</sup>, mais aura pour mission d'éclairer les parties sur une donnée technique, économique voire même juridique<sup>4</sup> ou sur la situation dans son ensemble afin d'offrir aux parties une base neutre de réflexion relativement à l'accord qui pourrait être trouvé. Parfois encore les parties exploiteront le potentiel de l'expertise en élargissant la mission confiée au tiers, qui ne sera plus un simple technicien mais qui pourra se muer en pacificateur, ou en encadrant ses aspects pratiques, en enfermant les opérations d'expertise dans des délais relativement courts par exemple. Les frontières entre le tiers expert qui n'a qu'un rôle informatif pour les parties et le tiers proactif pouvant proposer ou suggérer le contenu d'un accord amiable tendent alors à s'effacer.

L'utilisation de cette technique, dès lors que les avis ou recommandations du tiers n'ont pas de caractère contraignant pour les parties, n'a pas pour objectif de régler directement les différends. Elle est envisagée comme un préalable à l'action en justice, puisque l'information donnée par le tiers est destinée à servir de socle sur lequel les parties déploieront leur réflexion pour parvenir à la résolution amiable de leur différend. En cas d'échec des négociations, les parties devront avoir recours au juge pour trancher le litige.

Façonnées par la liberté contractuelle, ces clauses, bien qu'elles puissent être catégorisées en fonction de leur but, n'organisent pas nécessairement de manière identique le recours au tiers facilitateur. C'est notamment leur adaptabilité aux projets particuliers qui constitue leur richesse. Il serait en conséquence illusoire de prétendre cartographier avec précision le paysage dessiné par ces clauses taillées sur mesure. Peuvent néanmoins être distinguées les différentes clauses prévoyant le recours à un avis extérieur en fonction de l'objet sur lequel porte l'avis (a). Quel que soit le type d'information considéré comme utile pour faciliter le règlement amiable du différend, certains prérequis se distinguent comme nécessaires à l'efficacité du système (b).

---

<sup>1</sup> L. Dumoulin : *L'expert dans la justice*. Economica, 2007, *sp.* p. 50.

<sup>2</sup> M. Dubisson : « La négociation d'une clause de règlement de litige », *DPCI* 1981, p. 77, art 12, n° 2.

<sup>3</sup> La distinction est cependant parfois floue. Notamment dans le cadre des *dispute boards*, on peut se demander dans quelle mesure le panel d'experts ne tentera pas de rapprocher les parties avant de rendre un avis ou une décision, empruntant alors les traits caractéristiques de la médiation. C'est probablement la raison pour laquelle les *dispute boards* ont été considérés par un auteur comme des cas de « médiation contractuellement préconstituée » : J.-C. Goldsmith : « Les modes de règlement amiable des différends (RAD) », *RDAI*, 1996, p. 221, *sp.* p. 243 ; Ph. Le Tourneau semble également envisager ce tiers comme un médiateur (« Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mél. P. Raynaud*. Dalloz – Sirey, 1985, p. 376) ; *v. contra*, P. Genton et F. Vermeille : « *Soft and hard dispute resolution* – Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », *RDAI* 1998, 2, p. 131, *sp.* p. 135.

<sup>4</sup> Ch. Jarrosson : « Les perspectives offertes par l'expertise juridique », *Gaz. Pal.* 28 juin 2007, n°179, p. 74 ; *v. ég.* D. Mazeaud : « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* », in M.-A. Frison-Roche et D. Mazeaud (dir.) : *L'expertise*. Dalloz, 1995, p. 109, *sp.* p. 120.

a) Le type d'information dispensée aux parties pour faciliter les négociations

169. **L'étendue de l'information.** Dans certains cas, le recours à l'avis d'un tiers pourra avoir pour objet de donner aux parties une information sur un point précis dont découle le conflit (1). Dans d'autres cas, l'avis dispensé par le tiers concernera plus directement la situation litigieuse dans son ensemble. Son office sera alors d'éclairer les parties sur la solution qu'il estimerait souhaitable de donner au conflit, ou sur celle qui pourrait le plus vraisemblablement être adoptée dans une procédure juridictionnelle ultérieure (2).

1) Une information sur une donnée ponctuelle

170. **La détermination d'un point précis.** L'expertise amiable<sup>1</sup>, correspondant au *neutral fact finding* de la pratique américaine<sup>2</sup>, répond particulièrement aux attentes des parties désireuses d'obtenir une base objective sur laquelle pourrait s'appuyer le traitement amiable de leur différend. L'information qu'il est alors demandé au tiers de fournir concernera un point précis, qu'il soit technique, économique, contractuel ou juridique<sup>3</sup>, comme par exemple l'estimation de la valeur d'un bien, l'évaluation d'un préjudice, la validité d'un procédé ou d'un montage juridique ou encore la constatation d'éléments de fait. Le tiers pourra alors être choisi d'un commun accord par les parties ou désigné par une autorité de nomination. L'utilité de ces modes de traitement des différends se manifeste par l'élaboration de règlements spécifiques par différentes institutions.

La CCI a élaboré un « règlement d'expertise »<sup>4</sup> sur lequel les parties peuvent s'appuyer dans leur contrat pour organiser la procédure ou désigner une autorité de nomination. L'expert détermine, après consultation des parties, sa mission. À défaut d'accord contraire entre les parties, l'article 12.3 stipule que « les constatations et avis de l'expert n'auront pas d'effet obligatoire pour les parties ».

Le CMAP a également transposé le système de l'*early neutral evaluation* (ou évaluation indépendante préalable) portant sur un point technique<sup>5</sup> par « l'avis technique amiable » (ou ATA). Cette procédure « permet aux parties de solliciter conjointement d'un expert indépendant, un avis confidentiel sur une question technique (...) ou financière »<sup>6</sup>. Il revient aux parties de définir la mission du tiers, qui doit en principe se dérouler dans les deux mois à compter de la date de sa nomination. Il semble cependant que le recours à cette procédure se

---

<sup>1</sup> La doctrine semble dissocier expertise amiable, convenue entre les parties, et le terme d'expertise officieuse, diligentée par une seule partie. Il semble cependant que la Cour de Cassation ne distingue pas entre les deux terminologies, ce qui a pu être regretté : v. not. R. Perrot : *Procédures* 2002, sp. n° 200 ; J. Beauchard : « L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction », *Rencontres Université-Cour de Cassation*. 23 oct. 2004, *BICC* hors série, n° 3, p. 51.

<sup>2</sup> V. H. Brown et A. Marriott : *ADR Principles and Practice*. Sweet& Maxwell, Londres, 1993, sp. p. 276.

<sup>3</sup> L'hypothèse de l'expertise juridique est envisagée sous cet angle notamment par Ch. Jarroson : « Les perspectives offertes par l'expertise juridique », *Gaz. Pal.* 28 juin 2007, n°179, p. 74.

<sup>4</sup> Règlement d'expertise de la CCI, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, disponible : [http://www.iccwbo.org/drs/english/expertise/pdf\\_documents/rules/rules\\_expert\\_french.pdf](http://www.iccwbo.org/drs/english/expertise/pdf_documents/rules/rules_expert_french.pdf)

<sup>5</sup> L'*early neutral evaluation* désigne également une évaluation plus globale du conflit, qui sera en conséquence abordée *infra* n° 173.

<sup>6</sup> Définition donnée par A. Outin-Adam et S. Henry : « Quelques autres modes de règlement des litiges », *Gaz. Pal.* 28 juin 2007, n° 179, p. 88 ; à la différence de la CCI, le CMAP a fait le choix de distinguer l'expertise juridique de l'expertise technique, dans le système de « l'évaluation juridique indépendante », qui sera abordée *infra* n° 173.

fasse rarement en vertu du contrat originaire, mais plutôt lors de la survenance du différend, voire au cours d'une médiation lorsque les parties ne s'accordent pas sur un point technique qui a besoin d'être précisé afin de cheminer vers la solution amiable<sup>1</sup>.

Les parties sont ainsi libres de définir, dans leur contrat originel ou lors de la survenance du conflit, des procédures adaptées, inspirées du modèle de l'expertise judiciaire, pour faciliter les négociations amiables suite à la perfection de l'information sur les données ponctuelles à l'origine de leur désaccord. Le recours à l'information d'un sachant sur un point factuel précis offre nécessairement aux parties un aperçu plus ou moins clair de ce que pourrait être l'appréciation par un juge de cette même donnée, et donc de ce qu'il pourrait être décidé en conséquence de cette information. D'autres clauses ambitionnent de mettre en place des processus fournissant une information sur l'appréhension de l'ensemble du conflit.

## 2) Une information sur le conflit dans son ensemble

171. **Une approche globale du conflit.** Conscientes de leur rationalité limitée, les parties souhaitent parfois être éclairées sur la manière la plus appropriée de résoudre leur conflit dans son ensemble ou sur leurs chances de succès dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. Des modes alternatifs de traitement des conflits originaux, et assez méconnus de la pratique française, sont alors sollicités, toujours avec l'espoir que l'information recueillie de ces procédures pourra les aider à s'accorder. Ces méthodes de traitement des conflits d'évaluation s'apparentent plus ou moins, en fonction des formules, aux archétypes connus que sont l'expertise et la médiation. Elles partent du postulat que les parties à un différend ont des approches erronées non seulement de la situation, mais également de leurs chances réelles de succès en cas de procédure juridictionnelle. L'éclairage de leurs conseils les informe sur leurs chances de succès mais il arrive que les avocats eux-mêmes aient élaboré une représentation inexacte de ces chances, notamment du fait que leur information est également imparfaite sur les données du litige. Ces procédures, permettant une mise à plat des arguments respectifs des parties, rendent possible une anticipation du jeu juridictionnel, et fournissent un aperçu de ce que pourrait être une solution raisonnable du litige. Ces procédures fondées sur la perfection de l'information rationalisent ainsi l'optimisme ou le pessimisme immodéré dont font parfois preuve les parties relativement à leurs chances de succès devant un juge<sup>2</sup>. En réduisant l'optimisme respectif des parties à un niveau raisonnable et en rapprochant leurs estimations, l'information sur le conflit dans son ensemble va favoriser sa résolution amiable.

172. **La perméabilité des modèles.** Selon les processus déployés par les parties, le rôle du tiers et l'information délivrée seront différents. À nouveau, il convient de souligner que la schématisation proposée a ses limites. La souplesse et l'évolutivité des modes de traitement exposés entraînent la perméabilité des catégories entre elles. Dans certains cas, l'information attendue concernera essentiellement l'anticipation de la solution qu'une œuvre juridictionnelle pourrait donner au litige. Les parties souhaiteront cependant souvent, en considération de cette information, parvenir à se concilier. Le rôle du tiers pourra ainsi être amené à évoluer d'un simple évaluateur objectif à un véritable facilitateur de la conciliation des parties. Parfois encore, suite à son évaluation de la situation, le tiers sera plus directement encore force de

---

<sup>1</sup> A. Outin-Adam et S. Henry : « Quelques autres modes de règlement des litiges », *Gaz. Pal.* 28 juin 2007, n° 179, p. 88.

<sup>2</sup> B. Deffains : « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », *Revue française d'économie*, 1997, vol.12, n° 3, p. 57.



proposition, émettant une recommandation aux parties, qu'elles seront libres d'appliquer ou de refuser.

α L'information sur l'éventuelle solution juridictionnelle du litige par le tiers évaluateur

173. **Une évaluation des chances de succès des prétentions.** L'évaluation juridique indépendante, proposée par le CMAP comme le pendant juridique de l'ATA, offre aux parties la faculté de « désigner un tiers indépendant qui aura pour mission de les aider à évaluer ensemble (notamment), la manière dont, vraisemblablement une juridiction envisagerait de trancher le litige »<sup>1</sup>. Cette formule est très proche de celle de l'*Early Trial Evaluation*<sup>2</sup> ou *Early Neutral Evaluation*<sup>3</sup>. Elle propose aux parties la faculté d'évaluer la valeur respective de leurs arguments juridiques et d'obtenir une information sur leurs chances de succès dans une procédure juridictionnelle ultérieure. Cette information peut permettre aux parties de réaliser l'inanité d'une procédure juridictionnelle et ainsi participer au calcul de la BATNA. Ce faisant, les parties, en recherchant l'information sur leurs chances de succès, pourront en pratique tenter d'éviter des procédures inutiles ainsi que les coûts et délais associés, par la recherche d'une transaction.

Les similitudes voulues avec le rituel juridictionnel ont poussé à voir dans cette technique « une espèce d'arbitrage non exécutoire se déroulant dans une atmosphère informelle où les règles de procédure et de preuve sont allégées, voire ignorées »<sup>4</sup>. Il nous semble que cette remarque est adaptée non seulement à l'*early neutral evaluation*, mais également au *mini trial*, et aux *DRB*. En effet, même si les composantes purement juridiques sont moins marquées dans ces deux procédures, elles visent toutes deux à obtenir un avis sur la décision qui pourrait être prise par un juge, et participent du même constat qu'un tel avis extérieur et neutre est de nature à permettre aux parties de s'accorder plus facilement.

β L'évaluation aboutissant à une facilitation

174. **Une approche cathartique.** La même idée motive en effet les parties recourant à un *mini trial*<sup>5</sup>, du moins dans la forme la plus communément employée aux Etats Unis<sup>6</sup> ou en Europe<sup>7</sup> et proposée notamment par l'*American Arbitration Association* (« AAA »)<sup>1</sup>. Le

<sup>1</sup> Règlement d'évaluation juridique indépendante du CMAP, article 1.1.

<sup>2</sup> P. Genton et F. Vermeille : « *Soft and hard dispute resolution – Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets* », *RDAI* 1998, p. 131, *sp.* p. 135.

<sup>3</sup> D. Voillemot : « La pratique dans les autres pays membres de l'union européenne », *Gaz. Pal.* 28 juin 2007, n°179, p. 101.

<sup>4</sup> A. Schneeberg et E. Galton : *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*. Paris, Economica, 2003, *sp.* p. 134.

<sup>5</sup> Parfois aussi dénommé « *mini-hearing* ».

<sup>6</sup> Outils souples à la disposition des parties, les modes alternatifs de règlement des conflits, bien que nommés, ne semblent pas recouvrir une pratique unique. Ainsi dans certains exemples de *mini trial*, le tiers est, dès l'origine, davantage conçu comme un médiateur que comme un tiers neutre évaluateur. Sous cet angle, il est compréhensible de rattacher ce mode de règlement à la médiation plutôt qu'à l'expertise conçue comme devant fournir une information. Pour certains auteurs, le *mini trial* n'implique pas nécessairement la participation d'un tiers à la procédure : v. N. Antaki : « Les contrats de médiation commerciale », in C. Samson et J. McBride : *Solutions de rechange au règlement des conflits. Alternative dispute resolution*. Les presses de l'Université Laval, Ste Foy, Québec, 1993, p. 1, *sp.* p. 8.

<sup>7</sup> Il faut cependant noter que le règlement du CEPANI sur le *mini trial* envisage ce mode de traitement du conflit bien plus comme une médiation que comme une procédure tendant à fournir une information aux parties.

procédé mis en place est original et convient tout particulièrement aux conflits portant sur des questions de fait et de droit. Il semble cependant inapproprié pour des différends de pur droit ou lorsque les enjeux financiers sont trop faibles<sup>2</sup>. Il n'est pas un « mini-procès »<sup>3</sup>, ni un « procès abrégé »<sup>4</sup> mais plutôt un procès simulé et s'inspire de plusieurs techniques de traitement des conflits, telles que l'expertise, l'escalade et la médiation.

175. **Déroulement.** Le processus est le suivant : des dirigeants des deux entreprises en conflit, qui n'ont pas personnellement participé à l'émergence et aux tentatives de traitement potentiel du conflit, constituent, avec un tiers neutre<sup>5</sup> un panel. Le rôle du tiers est de s'assurer du bon déroulement du processus en s'assurant, par exemple, du respect des temps de parole impartis aux intervenants pour leurs présentations. Le tiers joue également un rôle de clarificateur du conflit, posant des questions et réclamant des explications pour cerner la teneur du différend et ses implications, permettant aux autres membres du panel d'avoir une compréhension aussi complète que possible de celui-ci. Chaque partie va présenter ses arguments au panel en vue de déterminer la solution du conflit en sa faveur. À l'issue des « plaidoiries », le panel détermine les forces et faiblesses de l'argumentation des parties, et les dirigeants tentent une première négociation en vue de trouver un accord pour résoudre amiablement le conflit. Si un tel accord n'est pas trouvé à ce stade et si les parties l'y invitent, le tiers neutre présentera sa propre opinion sur l'affaire, en fait et en droit, et dévoilera la solution qu'il donnerait au conflit s'il devait le trancher<sup>6</sup>. Forts de cette information, les décideurs de chacune des parties tentent à nouveau une négociation en vue de parvenir à un accord. Si, à nouveau, aucun accord ne peut être trouvé, les parties pourront confier au tiers la mission de les concilier.

Cette procédure a été plébiscitée aux États-Unis en raison de son taux de succès semble-t-il important<sup>7</sup>. Elle présente également l'avantage déterminant d'abrégé considérablement le

---

La mission du président du comité de *mini trial* est en effet définie comme celle de « dégager un consensus valant accord entre les parties ». L'intérêt de ce processus nous semble largement amoindri par une telle définition de la mission du tiers neutre, qui est alors en réalité un simple médiateur.

<sup>1</sup> Accessible : <http://www.adr.org/sp.asp?id=22007>

<sup>2</sup> J.-Cl. Najar : « Le *mini trial*, chimère ou panacée ? », *DPCI* 1988, p. 451, *sp.* p. 462.

<sup>3</sup> L'inadéquation de la dénomination de *mini trial* est unanimement dénoncée : « *this name is not really apt, since it is not a trial but a non-binding ADR process which assists the parties to a dispute to gain a better understanding of the issues, thereby enabling them to enter into settlement negotiations on a more informed basis* » : H. Brown et A. Marriott : *ADR Principles and Practice*. Sweet& Maxwell, Londres, 1993, p. 262.

<sup>4</sup> M. de Boisséson : « Le "*mini-trial*" : un procès fictif », *PA* 1987, n° 126, p. 34.

<sup>5</sup> Plusieurs auteurs estiment que ce tiers n'est pas un élément central de ce mode de traitement du conflit. Nous ne partageons pas cette opinion et sommes d'avis, comme H. Brown et A. Marriott que ce tiers est une figure importante dans ce processus. Le tiers apparaît en effet essentiel à son succès, dans la mesure où l'avis qu'il pourra être amené à émettre si les dirigeants n'arrivent pas à s'accorder à la suite de l'exposé du conflit nous semble être un élément d'information sur l'issue éventuelle du conflit s'il venait à être tranché autoritairement. Il faut d'ailleurs noter que le règlement de l'AAA ainsi que les principaux autres règlements (celui du CEPANI notamment) concernant des procédures de *mini trial* imposent la présence de ce tiers neutre.

<sup>6</sup> Cette étape de la procédure ne semble pourtant pas faire l'unanimité chez les auteurs, qui parfois la prévoient comme une simple éventualité (v. *not.* M. de Boisséson : « Le "*mini-trial*" : un procès fictif », *PA* 1987, n° 126, p. 34 : « le "conseiller neutre" n'est pas appelé, sauf exception à donner un avis ou à contribuer de manière active au rapprochement des parties »), alors qu'il s'agit selon nous du centre du processus visant à l'information. En l'absence de l'avis du tiers, le *mini trial* ne serait en définitive qu'une médiation à la mise en scène particulièrement marquée par les stéréotypes du procès.

<sup>7</sup> H. Brown et A. Marriott : *ADR Principles and Practice*. Sweet& Maxwell, Londres, 1993, p. 271, qui cite des sources faisant état de 95% de réussite dans la recherche d'un accord transactionnel à la suite de l'utilisation de ce processus.

temps d'examen d'une affaire et de réduire la procédure de *discovery* américaine, les parties s'accordant sur une recherche d'information limitée à l'essentiel. Elle s'est révélée très efficace pour le règlement amiable de certains litiges dont les enjeux étaient considérables<sup>1</sup>.

Pour certains auteurs<sup>2</sup>, ce processus relève plus de la médiation, d'une médiation « sur-structurée »<sup>3</sup> que de l'expertise. S'il est vrai que la médiation s'appuie également sur une meilleure information des parties, il nous semble cependant qu'elle vise plus à restaurer la communication entre les parties et à les faire « se comprendre » à nouveau<sup>4</sup>. Or il apparaît qu'une étape essentielle du cheminement effectué dans le cadre d'une procédure de *mini-trial* est celle qui consiste en l'information des parties sur ce que serait l'issue du litige si celui-ci devait suivre une voie juridictionnelle. Les dirigeants participent directement à la constatation des forces et faiblesses réciproques de leurs argumentations. L'avis du tiers, s'il s'avère nécessaire, leur donne à nouveau un aperçu de ce que pourrait être une détermination neutre des droits et responsabilités par un juge. C'est cette distanciation des décideurs par rapport au conflit par la catharsis qui, dans une certaine mesure, anime cette procédure, et la tentative de l'aborder objectivement qui permettent le rapprochement des positions des parties. « Les parties sont en mesure d'évaluer le bien-fondé et le poids de leurs propres arguments et ceux de la partie adverse. Cette “remise à plat” non contraignante, tant quant aux questions de droit que de fait, facilitera souvent le règlement »<sup>5</sup>.

Si la procédure de *mini-trial* n'aboutit pas à un accord, les moyens déployés par les parties ne seront pas gaspillés pour autant, puisque la préparation et le déroulement de ce simulacre de procès leur auront permis « non seulement de mieux cerner tous les paramètres du litige, mais (auront) aussi (...) fait progresser cette préparation matérielle en vue de la saisine de la juridiction compétente »<sup>6</sup>.

γ L'évaluation aboutissant à une proposition

176. ***Approche et procédure suivie par les Dispute Boards.*** Les *Dispute Boards* déploient une méthode originale de gestion des différends reposant sur l'idée qu'un avis extérieur éclairé, dispensé « à chaud » sur l'issue du conflit est de nature à permettre aux parties de s'accorder plus facilement et de continuer sereinement le projet. La mise en place de ces panels d'experts tend à prévenir la survenance même des différends par la pratique consistant à leur soumettre de manière informelle les difficultés rencontrées par les parties en cours d'exécution du projet.

---

<sup>1</sup> V. les exemples de *mini trial* concluants dans J.-Cl. Najjar : « Le *mini trial*, chimère ou panacée ? », *DPCI* 1988, p. 451, *sp.* p. 466.

<sup>2</sup> V. *not.* en ce sens P. Genton et F. Vermeille : « Soft and hard dispute resolution – Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », *RDAI* 1998, p. 131, *sp.* p. 135 pour qui le *mini trial* est une médiation en forme de procès simulé.

<sup>3</sup> J.-C. Goldsmith : « Les modes de règlement amiable des différends (RAD) », *RDAI* 1996, p. 221, *sp.* p. 246.

<sup>4</sup> Pour certains auteurs cependant, « reposant sur la seule volonté des parties, la médiation se caractérise par l'appel à un tiers, chargé de formuler un avis objectif, qui ne les lie pas mais qui, en pratique, parce qu'il préfigure ce que serait la solution juridictionnelle, sert de base dans la grande majorité des cas à un règlement amiable » : Th. Jacomet et F. Chekarna : « La médiation, mode de règlement conventionnel des litiges, son essor, ses avantages, sa pratique », *Bull. Joly* 1997, n° 376, p. 1037.

<sup>5</sup> D. Voillemot : « La pratique dans les autres pays membres de l'union européenne », *Gaz. Pal.* 28 juin 2007, n° 179, p. 101.

<sup>6</sup> J.-Cl. Najjar : « Le *mini trial*, chimère ou panacée ? », *DPCI* 1988, p. 451, *sp.* p. 466.

Au-delà de cette fonction pacificatrice en amont<sup>1</sup>, ces panels d'experts ont également pour fonction de traiter les conflits par des procédures plus formelles, à l'issue desquelles ils émettront un avis ou une recommandation, ou parfois des décisions s'imposant aux parties. Le *Dispute Resolution Board* ou *Dispute Review Board*, communément désigné sous l'acronyme « DRB »<sup>2</sup>, rend des recommandations non contraignantes pour les parties. Ces recommandations peuvent être acceptées telles quelles par les parties, ou peuvent servir d'assise pour les faire converger vers une solution amiable.

Un aperçu rapide de la procédure suivie s'impose pour comprendre la démarche et le cheminement effectué par les parties au travers de cette procédure<sup>3</sup>. Lorsqu'une réclamation est portée devant le panel, un exposé du différend va être réalisé par les parties. Elles vont à cet effet déposer chacune un dossier résumant leurs positions et les documents nécessaires à leur compréhension puis participer à des auditions lors desquelles elles présenteront et confronteront leurs arguments. Le jeu juridictionnel est, comme dans le *mini-trial*, à nouveau simulé, et peut contribuer à faire prendre conscience aux parties de l'intérêt pour chacune d'entre elles de s'accorder amiablement.

À l'issue des auditions, le panel d'experts rend un rapport écrit détaillant ses recommandations et les motivant pour permettre aux parties de les comprendre et de se les approprier. Ces recommandations ne sont qu'informatives, les parties n'étant pas obligées de les accepter. Il est néanmoins assez fréquent que la procédure prévoie qu'en l'absence de contestation de l'avis du DRB par les parties dans un certain délai, celui-ci sera considéré comme accepté par elles et leur deviendra donc opposable. C'est notamment le système qui a été adopté par la CCI dans son règlement relatif aux *Dispute Boards*<sup>4</sup>, spécifiquement applicable aux recommandations issues par le *Dispute Review Board*. Si l'une des parties ne formule pas de contestation dans les 30 jours de sa réception, la recommandation devient obligatoire. En cas de contestation dans les délais fixés, soit les parties négocient entre elles un accord qui leur semble préférable à la recommandation du panel, soit, n'ayant pu s'accorder en dépit de la recommandation émise, elles se tourneront vers une procédure contentieuse visant au traitement juridictionnel du litige par un tribunal arbitral ou étatique. Dans l'attente de la décision juridictionnelle, les parties pourront convenir d'appliquer provisoirement la recommandation, mais en l'absence d'accord, le respect de cette recommandation ne peut leur être imposé. Il semble assez rare en pratique que les différends soumis au panel dégénèrent en litige. Le plus souvent semble-t-il, l'information donnée aux parties et les recommandations constructives pour la résolution du litige formulées par le *board* suffisent à permettre la conclusion d'un accord amiable.

Le résultat de cette procédure n'est pas l'obtention d'un simple avis sur une situation devant fournir une information. Le panel, en édictant des recommandations sur la manière la plus appropriée de résoudre le conflit, est réellement force de proposition même si les parties

---

<sup>1</sup> Déjà envisagé *supra* n° 149.

<sup>2</sup> Malgré l'opinion contraire de certains auteurs (v. not. P. Genton : « Le DAB/DRB, un véritable complément à l'arbitrage », *Bull. ASA*, 1997, p. 416), le DRB semble pouvoir être conceptuellement distingué du DAB par la nature non contraignante de ses recommandations, là où le DAB émet de véritables décisions qui s'imposent aux parties.

<sup>3</sup> Pour plus de détail, v. *DRBF Practices and Procedures Manual* de 2007, qui détaille les recommandations et recense les pratiques les plus courantes, disponible : [http://www.drb.org/manual\\_access.htm](http://www.drb.org/manual_access.htm).

<sup>4</sup> « Règlement relatif aux Dispute Boards » en vigueur depuis le 1er septembre 2004, disponible : [http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/DRS/dispute\\_boards/db\\_reglement\\_2004%282%29.pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/DRS/dispute_boards/db_reglement_2004%282%29.pdf); sur ce règlement, v. P. Genton : « Le nouveau règlement CCI sur les « Dispute Boards », *Gaz. Pal.* 3 déc. 2004, p. 36.

apprécient cette dernière comme bon leur semble, en l'adoptant ou en la refusant. Son objectif premier n'est pas de trouver une solution transactionnelle entre les parties, mais bien de déterminer la meilleure manière, pour le projet, de résoudre un différend élevé entre ses acteurs.

177. **Un impact facilitateur.** Par ailleurs, lorsque les parties sont amenées à assouplir leurs positions dans la recherche d'un accord, l'avis du panel joue comme un facilitateur psychologique. La partie faisant une concession ne donne pas le sentiment « perdre la face », ni en interne ni à l'égard de son cocontractant, mais de se conformer à la solution proposée par le panel<sup>1</sup>. Ainsi l'enquête menée par K. M. J. Harmon sur les *Dispute Boards* montre que 92% des professionnels interrogés considèrent que la recommandation du panel permet de prendre une décision relative au conflit soulevé<sup>2</sup>.

La mise en place d'un panel d'expert, sollicité périodiquement pour suivre le projet et gérer les conflits qui pourraient survenir à un coût. De l'avis de nombreux auteurs et des professionnels de la construction, ce coût est cependant marginal comparé à ceux engendrés par le traitement juridictionnel des litiges, car non seulement les coûts directs des procédures juridictionnelles seront économisés du fait de la réduction du nombre des conflits évoluant effectivement en litiges, mais les coûts indirects seront également réduits<sup>3</sup>. La gestion du différend, dans son sens purement économique, par la volonté des parties instituant de telles procédures de gestion des difficultés ressort ainsi nettement de cette étude.

## B. Le traitement du conflit par la force du contrat

178. **Le choix d'exploiter la force du contrat.** La volonté des parties peut s'exprimer dès la conclusion du contrat pour confier à leur volonté future le soin de résoudre à l'amiable les différends pouvant découler de leur relation contractuelle. C'est l'objet des clauses de médiation mais également le but des clauses organisant une évaluation par un tiers des diverses composantes du conflit, ou de l'ensemble de celui-ci. Les parties restent, dans toutes ces hypothèses, seules maîtresses de l'issue transactionnelle qu'elles pourraient donner à leur conflit.

L'avantage de ces procédures est également dans certains cas considéré comme leur principal inconvénient : consensuelles par définition, malgré les obligations mises à la charge des parties, dont celle de négocier, ces techniques de traitement du conflit peuvent ne pas aboutir en raison de l'impossibilité des parties d'accorder leur volonté une fois la difficulté advenue. C'est la

---

<sup>1</sup> C'est l'opinion de 63% des personnes interrogées dans l'étude menée par K. M. J. Harmon aux États-Unis : « *Construction Conflicts and Dispute Review Boards : Attitudes and Opinions of Construction Industry Members* », 2004 58(4) *Dispute Resolution Journal* 2004, p. 66, sp. p. 74 : « *an intangible benefit of a DRB seems to be that it prevents the parties from becoming entrapped in irrational positions, and helps them to exit gratefully from them* » ; Cette remarque semble d'ailleurs pouvoir s'appliquer à tous les modes de traitement amiable des litiges qui font appel à l'avis d'un tiers.

<sup>2</sup> 87% des personnes interrogées estiment que l'avis recèle des informations sur la validité de la réclamation, ce qui étend l'influence que peuvent avoir ces panels relativement à l'appréciation de l'opportunité d'une action, à l'instar d'autres procédures amiables de résolution de conflits (*early neutral evaluation* ou *mini trial*).

<sup>3</sup> En effet, 85% des personnes interrogées par K. M. J. Harmon estiment que les coûts indirects seront réduits par la mise en place d'un DRB, et 77% estiment que le recours à ce panel réduit les coûts de résolution des conflits (« *Construction Conflicts and Dispute Review Boards : Attitudes and Opinions of Construction Industry Members* », 2004 58(4) *Dispute Resolution Journal* 2004, p. 66, sp. p. 69).

raison pour laquelle, lorsque les enjeux sont trop considérables pour que l'issue transactionnelle du différend puisse être hypothétique ou pour se satisfaire du flottement dans lequel vont s'enliser les parties dans l'attente d'une solution judiciaire, les contractants peuvent souhaiter que la solution à leur différend s'impose rapidement à eux. La force du contrat est alors considérée comme la source de la solution. Les parties y organisent le recours à un tiers pour apporter une solution à la difficulté qui les oppose (1°) ou règlent les conséquences de l'échec des négociations par une solution convenue (2°).

### 1° Le recours à un tiers pour traiter le conflit par le contrat

179. **Une décision autoritaire.** Plusieurs stipulations organisent la détermination par un tiers de la solution au problème opposant les parties. La raison du recours à ces mécanismes est souvent l'urgence d'obtenir une décision permettant la poursuite des relations contractuelles. Elles se retrouvent ainsi spécifiquement dans « des accords réunissant autour d'un intérêt commun des "partenaires", attachés à la bonne fin du contrat et désireux de parvenir, en cas d'incident ou de désaccord, non à une solution rigoureusement tranchées selon le droit strict, mais à un *modus vivendi* acceptable pour tous et rendant possible le maintien et l'exécution du contrat »<sup>1</sup>. Ces techniques faisant appel à une décision autoritaire d'un tiers semblent représenter le moyen qu'ont trouvé les parties pour pallier la lenteur induite par toute décision juridictionnelle, si souvent dénoncée en matière judiciaire et qui tend à le devenir en matière arbitrale<sup>2</sup>. Si le but de l'intervention du tiers reste toujours d'imposer une solution au conflit, les motivations ayant incité les parties à prévoir cette intervention peuvent être distinguées (a). Dans tous les cas, la question de la nature de la mission du tiers et de la décision rendue semble devoir être résolue (b).

#### a) Les motivations présidant à la conclusion de ces clauses

180. **Recherche de continuité du projet ou de retour à l'équilibre.** Deux motivations principales semblent pouvoir déterminer l'insertion de cette procédure autoritaire de traitement des conflits. Parfois, l'idée de continuité du projet (1) envisagé par les parties impliquera que les contractants acceptent que son bon déroulement et que le respect des délais permette d'imposer à l'un d'entre eux la décision d'un tiers. Dans d'autres cas, c'est le maintien du contrat lui-même, par un retour à l'équilibre perdu (2), qui sera l'objectif affiché par les parties.

### 3) La continuité du projet

181. **L'expression d'une approche opérationnelle.** « Conscientes de ce que leur intérêt commun commande de poursuivre l'exécution du contrat sans attendre l'issue d'un procès, les entreprises peuvent souhaiter avoir la possibilité d'obtenir très rapidement, d'un tiers neutre et indépendant, le tiers-décideur, une solution qui règle dans l'immédiat la difficulté ponctuelle »<sup>3</sup>. Le système élaboré par la pratique pour permettre l'imposition d'une détermination

<sup>1</sup> B. Oppetit : « L'arbitrage et les contrats commerciaux à long terme », *Rev. arb.* 1976, p. 91, *sp.* p. 93.

<sup>2</sup> On peut également se demander si ce ne sont pas les garanties processuelles d'une bonne justice et le formalisme nécessaire au bon déroulement de l'œuvre juridictionnelle qui sont conçus comme des freins à l'obtention d'une décision rapide. En adoptant des systèmes plus souples aboutissant à une décision contraignante, les parties semblent vouloir instituer leur propre justice contractuelle.

<sup>3</sup> A. Outin-Adam et S. Henry : « Quelques autres modes de règlement des litiges », *Gaz. Pal.* 28 juin 2007, n° 179, p. 88.

contraignante d'un tiers est celui de l'adjudication, à partir duquel se sont construits des modes de traitement des conflits.

La possibilité de recourir à ce système d'adjudication a été rendu obligatoire au Royaume-Uni dans les contrats de construction par le *Housing Grants, Construction, Regeneration Act* de 1996<sup>1</sup>. Si une partie peut choisir d'entamer directement une action juridictionnelle pour le règlement du litige, elle ne peut cependant être privée de son droit de recourir à l'adjudication. Selon cette procédure, le tiers adjudicateur dispose, en principe, de 28 jours<sup>2</sup> pour rendre une décision qui liera les parties jusqu'à ce que le litige soit éventuellement tranché par une décision juridictionnelle. Dans l'intervalle, cette décision s'impose aux parties et peut être rendue exécutoire par la procédure du référé et son exécution forcée sollicitée si une des parties ne s'exécute pas spontanément. Ce système d'une redoutable efficacité semble avoir attiré la faveur des professionnels utilisateurs, bien que la rapidité voire, dans certains cas complexes, la précipitation dans laquelle doivent être rendues les décisions soit conçue comme un écueil. La pratique contractuelle s'est néanmoins largement approprié le système et a développé des procédures faisant appel à ces décisions « provisoires », qui sont, semble-t-il, en définitive peu contestées en justice<sup>3</sup>.

182. ***L'exemple initial de la procédure FIDIC.*** La pratique contractuelle n'a cependant pas attendu la consécration de ce système par la loi pour élaborer des modes de traitement des différends faisant appel à cette procédure de décision contraignante mais non juridictionnelle. Avant même que le Royaume Uni ne le mette en place, ce système était utilisé dans une procédure de traitement des différends élaboré par la FIDIC<sup>4</sup> qui prévoyait que l'« Ingénieur » rende une décision s'imposant aux parties dans des délais relativement courts (84 jours). La partie mécontente disposait alors de 70 jours pour manifester son désaccord et manifester son intention de soumettre le différend à l'arbitrage.

Ce système n'était pas satisfaisant en raison de l'absence d'indépendance de l'ingénieur, cocontractant du maître d'ouvrage, qui se trouvait ainsi dans une position évidemment inconciliable avec sa qualité de « sorte de pré-arbitre »<sup>5</sup>. Après aménagement de l'indépendance des membres du comité par rapport aux conditions FIDIC, cette procédure a été mise en place par les partenaires pour la construction du Tunnel sous la Manche. Les conditions FIDIC pour les contrats de construction ont ensuite peu à peu considéré le DAB comme une « alternative acceptable »<sup>6</sup>. Le système de l'Ingénieur a ensuite été définitivement remplacé

---

<sup>1</sup> Sur le sujet, v. D. Voillemot : « La pratique dans les autres pays membres de l'union européenne », *Gaz. Pal.* 28 juin 2007, n°179, p. 101 ; A. Sheppard et S. Barret-White : « Le règlement des litiges dans le domaine de la construction par voie d' "adjudication" au royaume uni », *RDI* 2001, p. 129 ; v. ég. sur la diffusion de cette technique A. Outin-Adam et S. Henry : « Quelques autres modes de règlement des litiges », *Gaz. Pal.* 28 juin 2007, n° 179, p. 88.

<sup>2</sup> Ce délai peut être porté à 32 jours au maximum avec l'accord du demandeur.

<sup>3</sup> A. Outin-Adam et S. Henry : « Quelques autres modes de règlement des litiges », *Gaz. Pal.* 28 juin 2007, n° 179, p. 88.

<sup>4</sup> V. à ce sujet Ph. Malinvaud : « Réflexions sur le "Dispute Adjudication Board" », in *Études offertes à P. Catala*. Litec, 2001, p. 241.

<sup>5</sup> Ph. Malinvaud : « Réflexions sur le "Dispute Adjudication Board" », in *Études offertes à P. Catala*. Litec, 2001, p. 241.

<sup>6</sup> Ch. R. Seppälä : « Les nouveaux modèles FIDIC de contrat de construction internationale », *RDI* 2002, p. 183.

dans les modèles de contrats établis à compter de 1999 par la référence des conflits à ces *boards*<sup>1</sup>.

La mise en place de *Dispute Adjudication Boards*, parents des *Dispute Review Boards*, reprend l'idée qu'en cas de difficulté pouvant mettre en péril le bon déroulement du projet, un tiers neutre puisse, dans un délai très bref, rendre une décision qui s'imposera provisoirement aux parties. L'approche consensuelle constatée lors de l'étude des *DRB* s'efface ainsi quelque peu dans les *Dispute Adjudication Boards* ou « *DAB* »<sup>2</sup>. La mise en place de ces panels d'experts véhicule tout autant l'idée de prévention des conflits sur le long terme, au cours de l'exécution du projet. Au-delà de sa fonction préventive des conflits, le *board a, in fine* une mission autoritaire. Il doit fixer rapidement une solution contraignante au différend opposant les parties s'il n'a pu en prévenir la survenance. La solution n'appartient alors plus aux parties mais va leur être imposée par ce tiers, et pourra concerner le règlement de tout conflit survenant à l'occasion du projet, de quelque nature qu'il soit. Le fait de ne pas distinguer s'il s'agit d'un différend sur un point technique et factuel, ou d'une problématique plus directement contractuelle, voire même juridique<sup>3</sup>, emporte la conviction que ce qui est recherché par les parties est la résolution autoritaire, la plus rapide possible, de tous les différends qui pourraient survenir et ce avec un minimum de complexité. Dans la recherche de cette solution autoritaire, il n'est pas rare que les parties aboutissent au règlement amiable de leur différend<sup>4</sup>.

Cette méthode de traitement du conflit a été systématisée dans un règlement par la CCI. La procédure suivie pour le déroulement du traitement du conflit est la même que celle prévue pour le *DRB* dont les mécanismes ont déjà été décrits. La seule différence concerne le caractère contraignant de la décision rendue par le panel d'experts. Cette décision a en effet vocation à être appliquée par les parties, y compris en cas de contestation par l'une des parties dans l'attente de la décision juridictionnelle. Le recours à ces *boards* étant justifié par l'urgence d'obtenir une décision contraignante, les délais à la disposition du *board* pour rendre une décision doivent être assez courts<sup>5</sup> mais doivent pouvoir être allongés en fonction de la complexité du différend.

Le CMAP a également transposé ce système de traitement des conflits, dans une perspective cependant plus ponctuelle que la CCI, par le règlement relatif à la « décision d'urgence »<sup>6</sup>. Si ce mode de traitement des conflits a également pour finalité de préserver la relation

---

<sup>1</sup> V. not. *Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer*, article 20, disponible : [http://www1.fidic.org/downloads/cons\\_mdb\\_gc\\_v3\\_unprotected.pdf](http://www1.fidic.org/downloads/cons_mdb_gc_v3_unprotected.pdf), qui prévoit un *standing board*.

<sup>2</sup> Également appelé *fast track* ou *interim adjudication* aux États-Unis : v. H. Brown et A. Marriott : *ADR Principles and Practice*. Sweet& Maxwell, Londres, 1993, p. 84.

<sup>3</sup> Ce qui incite à favoriser la présence d'un juriste au sein du panel d'experts ; v. à ce sujet Ph. Malinvaud : « Réflexions sur le "*Dispute Adjudication Board*" », in *Études offertes à P. Catala*. Litec, 2001, p. 241.

<sup>4</sup> Dans son article sur « Le potentiel des "*Dispute Boards*" », Paul .-A. Gélinas fait état de statistiques exemplaires : 97% des conflits soumis à une procédure formelle (dont on ignore s'il s'agit d'une procédure devant un *DRB* ou un *DAB*) devant le panel d'experts seraient réglés amiablement par les parties. Sur les 3% des différends poursuivant leur ascension vers une décision autoritaire, moins de 2% feraient l'objet d'un recours, seul 1% des différends allant en définitive jusqu'à une décision juridictionnelle. Enfin, la réformation de la décision du *DAB* semble représenter l'exception (*Gaz. Pal.* 28 juin 2007, n° 179, p. 114).

<sup>5</sup> Il faut cependant prendre en compte qu'un délai trop court risque de désavantager démesurément le défendeur, qui disposera de peu de temps pour préparer sa défense alors que le demandeur aura eu tout le loisir de préparer sa réclamation avec soin ; v. Ph. Malinvaud : « Réflexions sur le "*Dispute Adjudication Board*" », in *Études offertes à P. Catala*. Litec, 2001, p. 241.

<sup>6</sup> S. Henry : « CMAP : la décision d'urgence et la décision sur dernière offre », *D.* 2013, p. 1336.



contractuelle et de privilégier la bonne fin du projet, il n'interviendra qu'une fois le conflit révélé, sur demande des parties. Le délai imparti au tiers pour rendre sa décision est, par défaut, de 28 jours à compter de sa nomination.

## 2) La sauvegarde de l'équilibre contractuel

183. **Les différentes attributions du tiers.** Nous l'avons vu, les parties anticipent parfois dès la négociation de leur convention la survenance de l'imprévu pouvant bouleverser l'économie initiale du contrat. Elles concluent pour appréhender ce risque des clauses de *hardship*, pour tenter de sauver le contrat nouvellement affecté d'un grave déséquilibre, restaurer l'équilibre initial et éviter à l'une des parties de pâtir des changements de circonstances. Le contrat, par sa force, permettra d'imposer une solution aux parties qui n'ont pas réussi à s'accorder. Les clauses de *hardship* faisant appel à des notions imprécises de loyauté et d'équité, les parties pourront souhaiter anticiper les difficultés pouvant naître lors de leur application et désigner une figure autoritaire et neutre pour apprécier la réunion des conditions nécessaires à la mise en œuvre de la stipulation, voire pour adapter ou proposer aux parties des modifications du contrat. Il semble cependant que cette faculté ne soit pas plébiscitée par les contractants, le recours à un tiers étant vraisemblablement organisé dans un peu moins d'un tiers des clauses de *hardship*, toutes missions confondues.

Les missions confiées aux tiers dans certaines clauses de *hardship* se situent ainsi à deux moments différents. En effet, conscientes de la difficulté que pourrait constituer la reconnaissance d'une situation de *hardship*, les parties prévoient parfois le recours à un tiers pour constater la réunion des conditions nécessaires à la mise en jeu de la clause ( $\alpha$ ). Plus radicalement encore, elles pourront souhaiter confier au tiers le soin d'adapter leur contrat si elles n'arrivent pas à s'entendre sur les modifications à adopter ( $\beta$ ).

### $\alpha$ La constatation de la situation de *hardship*

184. **Le recours au tiers pour éviter un contentieux en amont.** Pour prévenir l'écueil des contestations relatives à la réunion des conditions requises pour la mise en jeu de la clause, les parties prévoient parfois la nomination d'un tiers dont la mission sera de décider si les événements et leurs conséquences sur le contrat justifient l'application de la clause de *hardship*<sup>1</sup>. Les contractants s'accordent alors dès le contrat pour s'en remettre à l'avis du tiers décideur, ce qui présente l'intérêt majeur de dénouer un éventuel contentieux préliminaire relativement à l'applicabilité de la clause aux circonstances et/ou aux conséquences.

En raison du coût supplémentaire et des éventuelles lenteurs impliquées par l'intervention du tiers, une telle faculté n'est généralement prévue qu'en cas de désaccord des parties sur la qualification du *hardship*. Pour éviter que le contentieux ne se déplace de la qualification de l'événement sur la nomination du tiers, il semble prudent de définir, dès la conclusion du contrat, soit l'identité du tiers qui sera éventuellement sollicité, soit à défaut d'accord spontané des parties sur sa nomination le moment venu, sa nomination par un organisme indépendant.

Le recours à un tiers n'a cependant de réel intérêt pratique que lorsque la clause prévoit une faculté de se dégager du contrat ou de faire à nouveau intervenir le tiers de manière autoritaire en l'absence d'accord entre les parties sur la modification à apporter à leurs obligations. Il a en effet pour but d'éviter que le créancier de l'obligation dont l'exécution est devenue

<sup>1</sup> CA Paris, 13 janv. 1971 ; *Rev. arb.* 1973, p. 68, note Ph. Fouchard.

insoutenable pour son cocontractant ne conteste l'applicabilité de la clause dans le but de maintenir le contrat aux conditions initiales. Même si la situation de *hardship* est reconnue par le tiers, on peut alors douter de la volonté réelle du créancier d'amender le contrat. En l'absence de la menace de l'anéantissement du contrat ou de son aménagement s'imposant aux parties, il est alors envisageable que le créancier refuse toute modification sollicitée par son cocontractant, auquel cas l'intervention du tiers, qui peut imposer la conduite des opérations de renégociation mais pas en déterminer le succès, se révélera selon toute probabilité inutile.

#### β L'adaptation du contrat aux nouvelles circonstances

185. **Les différentes interventions du tiers.** Pour éviter de sombrer dans une impasse lorsque les négociations entre les parties n'aboutissent pas, il pourra être prévu de nommer un tiers pour adapter le contrat aux nouvelles circonstances. Il lui appartiendra alors de déterminer de quelle manière les obligations des parties seront modifiées pour obtenir le résultat qu'elles lui auront assigné dans la clause. La lourde tâche alors confiée au tiers implique que celui-ci soit choisi avec soin, en raison de sa bonne connaissance de l'environnement dans lequel le contrat est appelé à évoluer ainsi que de l'objet du contrat. Le CEPANI a élaboré un règlement spécifique relatif à l'adaptation des contrats, permettant aux parties qui ont prévu une clause en ce sens dans leur convention d'origine, ou qui acceptent, au moment du conflit, de s'y soumettre, de confier à un tiers, désigné par elles ou par l'institution, la mission de « parfaire le contrat » ou d'« adapter à leur volonté commune, qui est à la base du contrat, à de nouvelles circonstances »<sup>1</sup>. Le tiers peut émettre une simple recommandation ou une décision.

L'opportunité de l'adaptation du contenu du contrat par un tiers a parfois été contestée. Il est avancé que le tiers, à qui une bonne connaissance de l'ensemble de la relation contractuelle fait défaut, nécessairement victime d'une asymétrie d'information, ne saurait pas adapter le contrat d'une manière satisfaisante pour les parties. « *the intervention of the third party, lacking background knowledge of the specific transaction in question, would always be an arbitrary exercise that might jeopardise the whole relationship* »<sup>2</sup>. Les doutes ainsi formulés sur l'adéquation de la solution préconisée par le tiers à la relation des parties semblent être partagés par certains rédacteurs de contrats, qui préfèrent parfois à la solution autoritaire une adaptation dépendant en dernier lieu de la volonté des parties. La force de la décision rendue par le tiers sera ainsi fonction du mécanisme prévu dans la clause. Certaines stipulations prévoient ainsi que le tiers ne rendra qu'une simple recommandation que les parties pourront librement choisir d'appliquer ou de refuser. Dans cette hypothèse, le tiers assume un simple rôle de conseil. Sa décision n'est pas obligatoire pour les parties et montre alors sa parenté avec les modes de traitement plus consensuels des conflits par l'information.

D'autres clauses prévoient que le tiers rende une décision qui n'aura pas la même force obligatoire pour les deux parties. Ainsi, dans le contrat Ekofisk cité dans l'article de B. Oppetit<sup>3</sup>, la décision du tiers s'impose à la partie qui a sollicité son intervention. Le cocontractant peut en revanche choisir d'accepter la décision du tiers ou de la rejeter. Si la décision est rejetée, l'autre partie dispose d'un certain délai pour décider soit d'honorer le

<sup>1</sup> Article 1 du règlement d'adaptation des contrats du CEPANI disponible : <http://www.cepani.be/FR/Default.aspx?Pid=810>

<sup>2</sup> Sir R. Goode : « *hardship clauses* », *Conference report*, « *Force Majeure and hardship* », colloque Colloque ICC, 8 Mars 2001, disponible : <http://www.iccwbo.org/id1072/index.html>.

<sup>3</sup> B. Oppetit : « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *RIDC* 1974, p. 794, *sp.* p. 813.

contrat sans modification, soit de résilier la convention. Dans ces cas cependant, l'adaptation est seulement proposée par le tiers dont la mission est de donner une information aux parties sur ce qu'il considère une adaptation raisonnable. Les parties restent seules maîtresses de l'issue de leur conflit, qui dépendra de leur seule volonté au moment de sa survenance.

Cette référence à la volonté des parties n'est cependant pas suffisante à traiter le conflit en cas de désaccord persistant des parties, sauf à mettre fin au contrat. C'est la raison pour laquelle, dès la conclusion du contrat, les parties prévoient dans certains cas que leur volonté sera en réalité contrainte. En l'absence d'accord entre elles, le tiers désigné aura dans ces cas mission d'adapter, autoritairement, le contrat aux nouvelles circonstances, ou d'y mettre fin. On peut également imaginer des clauses laissant au tiers le choix entre les deux propositions définitives des parties à l'adaptation. Ce mécanisme, proche de celui employé dans l'arbitrage *baseball*, présenterait l'intérêt d'inciter les parties à formuler des prétentions raisonnables de manière à recueillir la préférence du tiers.

Que ce soit dans le but de préserver l'équilibre du contrat ou afin d'assurer la bonne fin du projet, l'urgence semble motiver le recours à un tiers pour prendre une décision que les parties n'ont pas su trouver par le compromis pour sortir de l'impasse. Cette notion d'urgence a peut-être un rôle à jouer dans la détermination de la nature de la mission et de la décision du tiers qui continue d'agiter la doctrine.

b) La nature de la mission confiée au tiers et de la décision rendue

186. ***Nature contractuelle ou nature juridictionnelle.*** La question se pose de savoir quelle est la nature de la mission du tiers et, partant, de la décision mettant fin au conflit. Deux positions sont envisageables, celle de la nature contractuelle de la décision rendue par le tiers, mandataire d'intérêt commun des parties, et celle de la nature juridictionnelle de la décision, qui est alors l'œuvre d'un juge. Afin de comprendre l'importance de l'élaboration de critères objectifs clairs (2) ou de s'interroger sur l'opportunité d'adopter une position de principe sur la qualification de la mission du tiers (3), il conviendra en premier lieu d'en bien cerner les implications (1).

1) Les conséquences de la qualification de la nature de la mission du tiers

187. ***Les conséquences de la nature contractuelle.*** L'importance de la qualification de la mission du tiers se mesure à ses conséquences, qui ne sont pas anodines. S'il s'agit d'une expertise irrévocable, dans laquelle le tiers est le mandataire d'intérêt commun des parties, la décision du tiers revêt une nature contractuelle. Elle est alors simplement incorporée au contrat et s'impose aux parties au même titre que ses autres stipulations. En l'absence d'exécution spontanée par un des contractants, il faudra alors entamer une procédure juridictionnelle pour en obtenir l'exécution forcée, qui pourra se révéler laborieuse dans un contexte international. Une décision de valeur contractuelle, à moins que celle-ci ne soit que « provisoire », devrait en toute logique s'imposer au juge et ne pouvoir faire l'objet d'une remise en cause par celui-ci. En attribuant une valeur contractuelle « pure » à la décision du tiers, les parties se ferment ainsi toute voie de recours relativement à cette décision, qui ne pourrait être remise en cause qu'en cas d'erreur grossière ou d'une manifestation de partialité de la décision.

188. ***Les conséquences de la nature juridictionnelle.*** À l'inverse, si la mission confiée au tiers est de nature juridictionnelle, la décision rendue par lui présentera alors une force toute

autre. Véritable décision de justice, elle pourra faire l'objet d'une procédure d'exequatur pour se voir attribuer l'*imperium*, et pourra dès lors fonder des mesures d'exécution forcée. En vertu de la convention de New York relative à l'arbitrage, l'exécution de la décision dans les pays contractants sera facilitée par sa nature juridictionnelle. Les voies de recours pouvant être exercées contre la sentence sont alors généralement limitées au seul recours en annulation de la sentence ou, le cas échéant, à l'appel.

Une partie de la doctrine se prononce en faveur de la qualification d'arbitrage à défaut d'intention claire des parties<sup>1</sup> notamment en considération des avantages présentés par une telle qualification. Il est ainsi avancé au soutien d'une telle qualification qu'elle « évite la multiplication des instances et aboutit à des résultats efficaces plus rapidement »<sup>2</sup>. Or si en effet la décision juridictionnelle est plus immédiatement exécutable en raison de la procédure simple d'exequatur à laquelle elle peut être soumise, elle peut cependant sembler moins robuste qu'une décision de nature contractuelle incorporée au contrat. La décision juridictionnelle peut être l'objet d'un recours en annulation, et doit, pour être exécutoire, obtenir l'exequatur. Jusqu'à récemment, la décision pouvait également faire, par défaut en matière interne, l'objet d'un appel<sup>3</sup>, ce qui apparaît exclu désormais puisque l'appel doit être prévu par les parties.

Par ailleurs, la décision juridictionnelle est soumise, plus strictement que la décision contractuelle, à des conditions formelles et aux principes processuels fondamentaux, garants d'une bonne justice. Le processus devra ainsi respecter les principes imposés par le droit au procès équitable, mais également ceux relatifs au formalisme imposé en arbitrage interne pour l'attribution d'une mission juridictionnelle à l'arbitre<sup>4</sup>. Ces principes structurants sont autant de points susceptibles d'être au centre de tactiques dilatoires, ou visant à obtenir la remise en cause de la décision. En cela, très paradoxalement, les décisions juridictionnelles des arbitres semblent plus fragiles que les décisions s'incorporant au contrat rendues par des experts car elles sont susceptibles d'être remises en cause dans leur teneur même.

189. **La problématique de la nomination du tiers.** Un autre point mérite d'être pris en considération dans la difficile détermination de la nature de la mission qui est ainsi confiée au tiers, celui des difficultés possibles relativement à la nomination de ce dernier<sup>5</sup>. Pour faciliter le recours à l'arbitrage et pour éviter tout blocage dans la mise en œuvre de cette procédure juridictionnelle, la jurisprudence française reconnaît la possibilité d'avoir recours à un juge

---

<sup>1</sup> Ch. Jarrosson : « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2001, p. 5, *sp.* p. 24 se prononce en faveur de la qualification d'arbitrage dans tous les cas où la volonté des parties ne se prononce pas explicitement en faveur d'un autre mode de règlement : « Sauf si l'interprétation de la volonté des parties fait apparaître une volonté de recourir à autre chose qu'à l'arbitrage, il faut préférer la qualification d'arbitrage aussi souvent que possible, non seulement parce que son régime est cohérent et apporte aux parties l'assurance de garanties très sérieuses, mais aussi et peut-être surtout parce que l'arbitrage correspond très souvent au souhait véritable des parties, qui est de trouver rapidement une solution définitive donnée par un tiers choisi et compétent en évitant de recourir ensuite au juge ».

<sup>2</sup> A. Prujiner : « L'adaptation forcée des contrats internationaux », in C. Samson et J. McBride : *Solutions de rechange au règlement des conflits. Alternative dispute resolution*. Les presses de l'Université Laval, Ste Foy, Québec, 1993, p. 391.

<sup>3</sup> L'article 1489 du Code de procédure civile, issu du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage a renversé le principe selon lequel l'appel était possible, sauf renonciation des parties. Désormais, l'appel doit être explicitement prévu dans la convention des parties.

<sup>4</sup> Un certain formalisme énoncé dans l'article 1443 du Code de procédure civile impose en effet qu'en matière d'arbitrage interne, la convention soit écrite. Les conditions de sa validité seront étudiées *infra* n° 279.

<sup>5</sup> Sur ce point déjà, v. H. Motulsky : *Écrits t. II : études et notes d'arbitrage*. Préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, Dalloz, 1974, *sp.* p. 25.

étatique pour nommer le ou les arbitres constitutifs du tribunal arbitral. Le juge français joue alors un rôle de véritable appui de choix pour permettre la concrétisation de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage. Or il n'est pas certain qu'une telle position puisse être adoptée par les juges concernant les difficultés de nomination rencontrées par les parties à une clause d'expertise amiable en l'absence de précision de la stipulation en ce sens.

Cette problématique de nomination constitue un obstacle non négligeable à l'effectivité d'une formule confiant à un tiers la mission de fixer une donnée contractuelle, qui pourrait cependant être contournée par le recours à un système similaire à celui mis en place par l'article 1843-4 du Code civil organisant l'évaluation de la valeur des droits sociaux par un tiers. Cependant, hors ces hypothèses spécifiques<sup>1</sup>, il faut se résigner à constater qu'une telle faculté ne va pas de soi en l'absence de texte. Or si les modalités de désignation de ce tiers ne sont pas déterminées par le contrat, ou qu'il n'a pas été nommé directement dans la convention d'origine, les possibilités de blocage relativement à sa désignation lors de la mise en œuvre de la clause ne sont pas négligeables. Cet obstacle à l'effectivité du processus prévu par les parties pourrait cependant être contourné si les juges, qu'ils soient arbitres ou juges étatiques, se reconnaissaient la faculté de se substituer aux parties si elles ne peuvent s'entendre sur la nomination du mandataire d'intérêt commun. La faculté de solliciter l'appui d'un juge pour procéder à une telle désignation du tiers en cas de blocage entre les parties semble avoir été admise par la jurisprudence au sujet de l'article 1592 du Code civil<sup>2</sup>, sous réserve cependant que les parties en soient convenues dans leur convention.

Ce système de nomination autoritaire d'un tiers investi d'une mission contractuelle pourrait utilement être étendu hors des limites des articles 1843 et 1592 du Code civil afin d'éviter que le blocage au stade de la nomination du tiers expert ne mette en péril le processus de détermination contractuelle d'une solution au désaccord des parties.

190. ***Arguments en faveur de la qualification contractuelle.*** Cette qualification contractuelle doit en effet sérieusement être envisagée car d'autres arguments postulent sa faveur. La robustesse de la décision contractuelle, ne pouvant qu'exceptionnellement être remise en cause est un de ces arguments. Certes la décision devra faire l'objet d'une demande d'exécution forcée si une des parties refuse de s'exécuter spontanément mais, en tant qu'élément incorporé au contrat, la solution imposée devrait bénéficier des procédures rapides qui peuvent être mises en œuvre afin d'assurer le respect du contrat. C'est ainsi que devraient en toute logique pouvoir être empruntées les voies du référé ou de l'injonction de payer pour assurer le respect par le cocontractant des obligations éventuellement mises à sa charge par la décision du tiers.

En cela le point de vue des auteurs qui se prononcent en faveur de la qualification juridictionnelle de la mission du tiers en cas de doute persistant suite à la tentative de qualification sur des critères objectifs semble contestable. Selon ces auteurs, une telle position

---

<sup>1</sup> Et dont le champ d'application semble avoir été restreint par la nouvelle rédaction de l'article 1843-4 du Code civil imposée par l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés qui restreint les cas dans lesquels la valeur des droits doit être déterminée par un expert : soit par référence de la loi elle-même à cet article, soit « dans les cas où les statuts prévoient la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ces droits par la société sans que leur valeur soit ni déterminée ni déterminable » ; cette dernière hypothèse pouvant constituer une porte de sortie, la notion de valeur déterminable pouvant donner lieu à discussion ; v. B. Dondero : « L'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés », *D.* 2014, p. 1885, *sp.* n° 40 et s.

<sup>2</sup> Cass. com., 26 juin 1990, n° 88-14444 ; *Bull. civ.* IV, n° 197, p. 134 *RTD civ.* 1991, p. 356, obs. Ph. Rémy.

de principe s'imposerait dans un souci d'efficacité et de respect de la volonté des parties de mettre fin à leur conflit au plus vite<sup>1</sup>. Or il ne semble pas certain que la mise en place d'un tribunal arbitral soit plus rapide que la nomination d'un expert. Pour établir un parallèle, la pratique des *Dispute Boards*, nous l'avons vu, révèle qu'en définitive très peu de décisions rendues par le panel, dont l'office juridictionnel est exclu, font l'objet d'un recours dans une procédure arbitrale, et que l'immense majorité des recours se solde par le maintien de la décision initiale. Par ailleurs, la décision contractuelle apparaît plus solide que la décision juridictionnelle, ne pouvant être remise en cause qu'à la suite d'un contrôle très superficiel du respect des stipulations contractuelles et imposant un formalisme très dégradé relativement à celui qui est requis en matière juridictionnelle.

La souplesse à l'origine du succès de certains modes de traitement des conflits pourrait mal s'accommoder des principes dont le respect rigoureux est essentiel dans l'exercice d'une mission juridictionnelle. Les panels d'experts en sont un excellent exemple, étant considérés par certains auteurs comme de simples processus de médiation préconstituée. Or on connaît les controverses et les problématiques suscitées par le système du med-arb, dans lequel parfois le médiateur se mue en juge : « les parties ne peuvent avoir une véritable confiance en une personne qui, médiateur ou conciliateur aujourd'hui, se métamorphosera en arbitre demain. Elles risquent de ne pas faire devant le médiateur les pas nécessaires à la réussite de sa mission »<sup>2</sup>.

Il ressort de l'examen des conséquences de la qualification de la mission du tiers que chaque option présente des intérêts et des inconvénients, difficiles à départager en termes d'opportunité. Les critères dégagés par la doctrine pour définir l'arbitrage sont éclairants mais apparaissent insuffisants pour déterminer avec certitude la nature de la mission confiée au tiers.

## 2) L'insuffisance des critères objectifs dégagés

191. **Appréciation des critères classiques.** Deux critères sont généralement employés pour distinguer arbitrage et expertise obligatoire. Ce sont l'existence d'un litige, et la nature de la question posée au tiers, de fait exclusivement, ou de fait et de droit. Il apparaît cependant que l'existence d'un litige considérée pour la problématique en question ne soit pas réellement déterminante et se confonde, dans une certaine mesure, avec celle de la nature de la question qu'il est demandé au tiers de trancher.

192. **L'inadéquation du critère du litige.** L'existence ou l'absence d'un litige est considérée par la jurisprudence comme découlant en réalité de la question qui est posée au tiers. Si celle-ci porte exclusivement sur des considérations de fait, l'absence de litige exclut nécessairement la qualification d'arbitrage juridictionnel<sup>3</sup> et « disqualifie » la mission du tiers en mission

---

<sup>1</sup> En faveur de cette position également, v. J. Rubellin-Devichi, note sous Paris, 12 janv. 1979 ; *Rev. arb.* 1980, p. 83.

<sup>2</sup> Ch. Jarrosson : « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Colloque de l'institut des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, 1990, p. 141, *sp.* p. 159.

<sup>3</sup> En ce sens, v. CA. Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 4 déc. 2008, n°07/5437 ; *RTD com.* 2009, p. 537, note E. Loquin : « s'agissant d'une évaluation d'un véhicule demandée par les parties, lesquelles divergeaient sur cette valeur (...) qui revêt exclusivement un caractère factuel et technique, le tiers qualifié par le compromis d'arbitrage d'arbitre expert n'en ayant tiré aucune conséquences juridique, il en résulte que l'existence d'un litige, sans lequel il n'existe pas d'arbitrage juridictionnel, n'étant pas caractérisé, l'acte, (...) n'est pas une sentence arbitrale ».

contractuelle. Or, envisagée hors de la problématique de la détermination de la nature de la mission du tiers, la notion de litige est généralement considérée comme désignant un conflit traduit en termes juridiques dans l'optique d'être tranché par un juge. Les composantes de la question posée au tiers sont alors indifférentes dans cette conception « générale » de la notion de litige. Peu importe que le conflit ne concerne que des éléments de fait sur lesquelles les parties s'opposent : dès lors que leur prétentions seront juridiquement qualifiées, en état d'être soumises au juge pour être départagées, la qualification de litige s'imposera. Il en ressort que le litige ainsi conçu peut parfaitement englober un conflit exclusivement basé sur un élément de fait : il sera tranché par le juge nonobstant le fait qu'il n'emporte aucune dimension juridique. Le recours au juge attire ainsi parfois des contentieux dont la dimension juridique est mineure, la question centrale étant la vérité se manifestant par la voix du juge. Il en est notamment ainsi lorsque des pures questions d'évaluation sont soumises au juge, qui y répondra en s'appuyant, parfois exclusivement, sur le résultat d'une expertise. Le juge aura alors moins dit le droit qu'établi la vérité factuelle d'une situation. Sa valeur ajoutée « juridictionnelle » sera nulle comparée à l'office de l'expert si les problématiques liées à l'exécution de la décision sont mises de côté. Il n'en aura pas moins tranché le litige qui lui était soumis. Il semble ainsi inadéquat d'ériger le litige comme critère de détermination de la mission du tiers, en raison de l'imprécision terminologique qui affecte ce terme.

193. ***La nature de la question tranchée.*** Le seul critère objectif déterminant pour découvrir la nature de la mission confiée au tiers apparaît ainsi devoir être celui se rapportant à la question qui devra finalement être tranchée par lui. Si elle porte uniquement sur des éléments de fait, la nature juridictionnelle de la mission du tiers ne s'imposera pas dans la mesure où aucune question de droit ne nécessite d'être tranchée pour apporter une solution au litige. À l'inverse, s'il doit statuer sur une question de droit ou tirer les conséquences juridiques d'une question de fait, il est alors arbitre. Sans utiliser le terme litige de manière inappropriée, les éléments sous tendant sa finalité sont conservés.

Une telle distinction entre le fait et le droit est cependant en pratique parfois très difficile à opérer, la frontière les séparant étant reconnue dans certaines hypothèses ténue<sup>1</sup>. Cette approche casuistique semble pourtant toujours prévaloir en jurisprudence<sup>2</sup>, et permet dans les cas les plus simples d'opérer une distinction valable dans grand nombre de situations qui ressortissent clairement de l'une ou l'autre des missions.

La complexité s'intensifie cependant avec le constat que les stéréotypes usuellement utilisés pour distinguer l'arbitrage de l'expertise ont été librement adaptés par les parties. Dans sa thèse, Ch. Jarrosson constatait déjà qu'hors les modèles purs de l'arbitrage ou de l'expertise, les nouveaux modes d'interventions des tiers étaient d'une nature hybride et en conséquence rebelles à toute classification. Certains modes alternatifs de règlement des conflits, développés et se déployant avec le soutien de centres spécialisés, ne posent pas de difficulté. La volonté des

---

<sup>1</sup> Ch. Seraglini, note sous CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C., 14 mars 2002 ; *JCP* 2003, chron. I, 105, p. 129.

<sup>2</sup> v. en dernier lieu Cass. 1<sup>er</sup> civ., 15 déc. 2010, n<sup>o</sup> 09-16943 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 260 : « Appréciant souverainement l'intention des parties et retenant d'abord que la mission confiée à la commission de tiers experts a exclusivement un caractère factuel et technique, ensuite que les tiers experts n'ont tiré aucune conséquence juridique de leur décision, une cour d'appel en déduit exactement que l'acte déféré n'est pas une sentence arbitrale, dès lors que l'existence d'un litige, sans lequel il n'existe pas d'arbitrage juridictionnel, n'est pas caractérisée » ; *JCP* 2010, n<sup>o</sup> 52, n<sup>o</sup> 1299, p. 2430, note J. Béguin ; *D.* 2011, n<sup>o</sup> 2, act. p. 87, note X. Delpech et pan. p. 3023, obs. Th. Clay.

parties s'exprime alors clairement soit dans le contrat, soit dans le règlement auquel le contrat fait référence pour définir et organiser ces procédures.

La nature de la mission confiée aux *Dispute Adjudication Boards* sera dans un premier temps exposée ( $\alpha$ ), ouvrant ainsi des pistes de réflexions pour la détermination de la nature des différentes missions pouvant être dévolues aux tiers dans les clauses de hardship ( $\beta$ ).

$\alpha$  La nature de la mission confiée au panel d'un *Dispute Adjudication Board*

194. ***Une nature peu controversée.*** Le cas des décisions prises par les *Dispute Boards* ou dans le cadre d'une décision d'urgence semble susciter peu de débat en doctrine si l'on considère la controverse doctrinale relative aux décisions du tiers issues d'une clause de *hardship*. Il semble acquis qu'une telle décision rendue par le panel d'experts est de nature contractuelle et non pas juridictionnelle. L'ambiguïté semble généralement exclue, notamment du fait que ces contrats sont le plus souvent rédigés avec précision et dissipent tout doute relativement à la mission confiée au tiers. La référence aux différents règlements applicables à ces modes de traitement des conflits est également un facteur éclairant car ceux-ci précisent clairement qu'en cas de contestation de la décision, les parties sont engagées contractuellement à la respecter dans l'attente d'une décision juridictionnelle. La référence à la procédure d'arbitrage ou à une procédure judiciaire en cas de contestation semble clairement exclure la qualification juridictionnelle d'une telle décision, non pas en raison de sa nature, mais en raison de la volonté des parties qui est alors dénuée d'ambiguïté.

Il apparait à cette occasion que la mission confiée au tiers est finalement moins déterminante que la volonté des parties, puisque dans ces hypothèses, la mission du tiers est très similaire à celle qui pourrait être confiée à un arbitre, à tel point que ces procédures ont parfois pu être considérées comme un « pré-arbitrage » dont le résultat est cependant une décision qui n'a pas valeur juridictionnelle. La contestation qui est tranchée apparait pourtant souvent constitutive d'un litige, les points sur lesquels le panel est appelé à se prononcer présentant une dimension juridique ou nécessitant une interprétation de la convention des parties. Il nous semble ainsi difficile de soutenir que le critère déterminant pour qualifier la mission confiée au tiers, fondé sur la distinction du fait et du droit, soit opérationnel en toutes circonstances, la volonté exprimée des parties devant en ces cas primer sur toute analyse qui en serait faite aux fins de qualification de la mission.

Si elle n'est pas juridictionnelle, cette décision qui s'impose aux parties ne peut être que contractuelle. Il semble d'ailleurs admis que si elle n'est pas contestée, cette décision acquiert une valeur contractuelle, qui implique qu'elle s'impose aux parties en vertu du contrat. C'est la raison pour laquelle, à défaut d'exécution en l'absence de contestation, le seul recours à la disposition de l'autre partie créancière de l'exécution sera de solliciter l'aide du juge pour faire respecter cette stipulation contractuelle, la décision n'étant pas exécutoire.

195. ***Une nature contractuelle dégradée.*** Pour autant, comment expliquer que cette décision contractuelle ne s'impose pas également au juge du contrat auquel il est reconnu la faculté de la remettre en cause ? Il faut alors convenir que la nature contractuelle de cette décision est dégradée, puisqu'elle est conçue comme « provisoire », susceptible d'être remise en cause par une décision juridictionnelle en cas de contestation par une partie. Car si la décision du tiers est censée s'incorporer au contrat des parties en vertu de sa nature contractuelle, il ne devrait pas être permis au juge de remettre en question un élément ressortissant de la volonté des parties. La nature de cette décision est ainsi particulière : elle est contractuelle pour les parties qui ont



convenu de l'exécuter dans l'attente d'une éventuelle contradiction juridictionnelle. Le juge doit ainsi, en tant que gardien du contrat, la faire respecter ou sanctionner son non respect si une partie ne s'y conforme pas avant qu'une décision juridictionnelle soit intervenue<sup>1</sup>. Pour autant, lorsqu'il lui est demandé de se prononcer sur le litige et de rendre une décision sur le conflit qui a déjà été tranché provisoirement par le tiers contractuellement investi de cette mission, le juge doit alors pouvoir remettre en question ce qui était jusqu'alors censé représenter la volonté des parties.

Dans ce système original, les parties confient donc une mission d'une nature contractuelle, résultant en une décision contractuelle qui s'impose à elles mais également au juge chargé de s'assurer du respect du contrat de manière provisoire. Si cette décision est contestée, et en dépit du fait que sa nature contractuelle dicte qu'elle s'impose au juge, les parties décident qu'elle pourra être remise en cause par une décision juridictionnelle émanant d'un autre tiers investi du pouvoir juridictionnel. La nature de la décision telle que confirmée par le juge devra dès lors être considérée comme contractuelle : le juge ne fait alors qu'appuyer formellement une décision intégrée au contrat avant même son intervention et probablement déjà exécutée. Si au contraire le juge conteste cette décision, il lui substituera sa propre décision, cette fois d'une nature juridictionnelle.

Cette solution provisoire qui s'impose aux parties en l'absence de contestation peut, dans une certaine mesure, être rapprochée de la pratique du référé. L'objectif de résolution rapide d'une situation conflictuelle par une solution concrète est en effet partagé avec le référé. Il n'est évidemment pas question d'assimiler la décision de nature contractuelle rendue par l'adjudication board à celle rendue par le juge de référé, d'autant que la procédure en référé peut d'ailleurs être actionnée afin d'obtenir l'exécution de celle-ci, mais on ne peut s'empêcher d'opérer un rapprochement entre les mécanismes : une solution provisoire s'impose dans l'urgence aux parties qui pourront la remettre en cause au niveau juridictionnel si elles en sont insatisfaites. Le rapprochement entre référé et décision du *DAB* semble par ailleurs se justifier par une de ses conséquences pratiques : comme pour le référé, la décision rendue par le *Dispute Board* signe souvent l'achèvement du contentieux. Il apparaît en effet que dans les faits la décision du *DAB* soit très rarement contestée et qu'elle soit également très rarement remise en cause par le juge. Le peu de contestation incite à penser que, dans la majorité des cas, les parties sont satisfaites du résultat de l'intervention du tiers.

β La nature des missions confiées au tiers par une clause de *hardship*

196. ***L'absence de caractère déterminant des termes employés.*** La réponse à la question de la nature des missions confiées aux tiers dans les clauses de *hardship* semble bien moins évidente, notamment si le contrat est peu détaillé ou ne fait pas appel à des procédures, si hybrides puissent-elles sembler, bien définies. C'est souvent le cas lorsqu'il s'agit pour le tiers de confirmer l'application de la clause ou d'adapter le contrat. La terminologie utilisée dans diverses clauses pour désigner ce tiers ou même le résultat du processus peut susciter le doute. Il est en effet fréquemment fait référence à un « arbitre » ou à un « expert », ou encore plus confusément à une procédure d'« expertise arbitrage », à une « sentence », ou à un « avis obligatoire ». Or il est établi depuis bien longtemps que la qualification d'arbitre donnée par les

---

<sup>1</sup> v. P.-A. Gélinas : « L'action des *Dispute Boards* secondée par l'arbitre », *Cah. arb.* 2010/1, p. 71 sur la sentence CCI n°10619 qui a prononcé une sentence intérimaire imposant le respect de la décision provisoire du tiers, malgré son caractère non définitif.

parties au tiers ne préjuge pas de la nature de sa mission<sup>1</sup>, ce que la jurisprudence rappelle presque systématiquement avant de se prononcer dans les espèces soulevant une difficulté de qualification.

197. **L'importance de la volonté des parties.** La qualification donnée par les parties au tiers, ou à la mission qui lui est confiée, semble cependant ne pas devoir être systématiquement écartée. Il apparaît en effet que ce qui doit primer pour déterminer la mission du tiers ne soit pas invariablement l'analyse objective des données du conflit. Ces critères sont nécessaires pour dégager la solution la plus appropriée lorsqu'il est patent que les parties n'ont pas clairement manifesté leur volonté de recourir à l'un ou l'autre mode de résolution de leur différend, lorsque les termes « arbitres », « experts », « arbitrage », « expertise » ou « arbitre experts » sont manifestement employés indifféremment pour qualifier le tiers, dont la mission est de ce fait indéfinie. Cependant lorsque des vocables cohérents entre eux sont utilisés par les parties pour qualifier la mission confiée au tiers, cette orientation devrait être respectée à moins d'être manifestement contradictoire avec l'essence même de l'une ou l'autre des missions. Ce ne devrait être qu'en cas d'incohérence que les données objectives en faveur de l'une ou de l'autre des qualifications devraient prendre le dessus sur la volonté des parties.

À nouveau, la pléthore de stipulations différentes rend toute tentative de généralisation impossible. Des cas particuliers dans lesquels la nature de la mission du tiers semble déterminable en vertu de faisceaux d'indices devront d'emblée être écartés car ne semblent pas présenter de réelle difficulté. Ainsi, les stipulations prévoyant que l'avis du tiers pourra ou non être suivi par la partie qui n'a pas sollicité son intervention, comme dans l'hypothèse précitée du contrat Ekofisk, semblent conférer à cet avis une nature contractuelle pour la partie qui ne peut le contester, et une valeur de simple avis d'expert pour l'autre partie qui reste libre de refuser la solution proposée par le tiers. De même, il semble que lorsque les parties ont prévu une procédure d'arbitrage pour régler leur différend et que la clause de *hardship* prévoyant l'intervention d'un tiers n'y fait pas référence ou qu'il n'y est fait référence qu'en cas de refus d'une partie de se plier aux recommandations du tiers<sup>2</sup>, la qualification juridictionnelle de la mission de ce tiers doit être exclue<sup>3</sup>. Au contraire, lorsque la clause prévoit qu'en l'absence d'accord des parties sur les modifications à apporter, « celles-ci seraient arrêtées par l'arbitre ou les arbitres dont la désignation est prévue à l'article 10, qui statueraient (...) »<sup>4</sup>, on peut légitimement penser que la nature de la mission du tiers est juridictionnelle.

Le plus souvent cependant, les parties prévoient que la décision rendue par le tiers s'impose à elles, sans fournir d'autres indices sur sa nature. Le critère de la décision obligatoire, commun tant à la décision de l'arbitre qu'à celle de l'expert, ne permet pas de distinguer quelle nature les parties ont entendu imprimer à la décision. Il apparaît alors éclairant de décomposer les

---

<sup>1</sup> Cass. Req., 31 mars 1862 ; *DP*, 1862, 1, 242 ; CA Paris, 15 déc. 1998 ; *Rev. arb.* 2001, p. 151 ; CA Paris, 21 déc. 2000 ; *Rev. arb.* 2001, p. 178.

<sup>2</sup> C'est notamment le système décrit dans la clause proposée par le professeur Jean Robert (M. Fontaine : « Les clauses de *hardship*, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCI* 1976, p.7 et s, Annexe 2, p. 49), qui stipule que l'arbitre aura pour mission en cas de refus d'exécution de la décision de la « personnalité idoine » nommée par l'arbitre de « couler en forme de sentence » la décision du tiers, qui de contractuelle se muera alors en juridictionnelle.

<sup>3</sup> En ce sens le professeur Charles Jarrosson propose la règle d'interprétation suivante : « arbitrage sur arbitrage ne vaut » (« Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2001, p. 5, *sp.* p. 27).

<sup>4</sup> Clause citée dans B. Oppetit : « Les *hardship* clauses », *DPCI* 1975, p. 513.

missions confiées au tiers par les clauses de *hardship*, celle de déterminer la réunion des conditions nécessaires à l'application de la clause et celle de procéder à l'adaptation du contrat.

β 1 La mission consistant à constater la réunion des conditions pour l'application de la clause

198. **La nature de la question.** Cela a déjà été envisagé, parfois l'intervention du tiers sera sollicitée pour déterminer si les conditions nécessaires au jeu de la clause sont réunies. La plupart des clauses semble prévoir que le tiers devra simplement constater ou non la réalisation de l'hypothèse prévue par la clause, simple question de fait, sans en tirer les conséquences juridiques par ailleurs prédéterminées dans le contrat. Dans ce cas, il apparaît que ce qui est envisagé par les parties est un avis d'expert, contraignant, permettant ou non de poursuivre la procédure instaurée par la stipulation. Le tiers semble non pas dire le droit, mais constater le fait. C'est en effet le contrat qui indique qu'en cas de réunion des conditions, les parties devront renégocier le contenu. Elles y seront tenues non pas en vertu d'une décision du tiers, mais en vertu du contrat. Trancher la question de fait peut cependant parfois impliquer d'interpréter les termes du contrat. Il faut alors distinguer en fonction de l'approche suivie par les parties pour définir la situation de *hardship*.

199. **La décision fondée sur des critères objectifs.** Si les parties ont suivi une approche objective, fondée sur des indicateurs clairs et précis tels que le dépassement de seuils par exemple, ou le caractère disproportionné des nouvelles charges relativement à l'économie du contrat, le tiers devra effectuer une simple constatation, sans discussion possible. La qualification contractuelle devrait alors être préférée, dans la mesure où, bien qu'un juge pourrait intervenir pour déterminer une question de fait, il n'aurait aucune valeur ajoutée par rapport à l'expert. C'est ainsi qu'à notre sens, si les éléments soumis à l'appréciation du tiers sont bien définis et que les directives données par les parties dans la clause sont respectées par le tiers, il n'y aura pas de raison de remettre en cause sa décision, dont la « pleine » nature contractuelle, s'imposant aux parties mais aussi au juge, devrait être reconnue.

En termes d'efficience, l'absence de recours possible contre cette appréciation du fait se révèle alors un atout car elle constitue un gage de sécurité. Le tiers chargé d'apprécier la réunion des conditions pour l'application de la clause de *hardship* interviendra en ce cas potentiellement dans des délais bien plus brefs que ne pourrait le faire un arbitre, se focalisant sur l'objet de son appréciation. Par ailleurs, si la décision est de nature contractuelle, elle s'impose directement aux parties mais également au juge et n'est pas susceptible de faire l'objet des recours ouverts contre les sentences arbitrales. De prime abord, il ne semble ainsi pas y avoir de contestation possible de cette décision qui n'est en définitive ni plus ni moins fragile que tout autre élément d'un contrat.

Un des arguments majeurs en faveur d'une qualification juridictionnelle de la mission confiée au tiers est le fait que la décision pourrait faire l'objet d'une procédure d'exequatur et être donc plus rapidement exécutée en cas de réticence d'une des parties. Or dans l'hypothèse où le tiers ne se prononce que sur l'existence ou non d'une situation de *hardship*, il n'y a rien à exécuter. Le fait que l'existence d'une situation de *hardship* soit reconnue va certes entraîner des conséquences contractuelles : l'obligation de renégocier le contrat, l'adaptation autoritaire du contrat par un tiers ou la faculté d'y mettre fin. Mais ces suites contractuelles devront être exécutées en vertu des conséquences que le contrat attache à la réunion des conditions contractuellement fixées. C'est en application du contrat et non de la décision du tiers que ces

possibilités sont ouvertes aux contractants. L'argument tiré de la facilité d'exécution n'apparaît dès lors pas pertinent s'agissant de la simple détermination de la caractérisation d'une situation de hardship.

200. **La limite de la détermination contractuelle : le caractère grossier de l'erreur.** On peut cependant craindre que cette détermination contractuelle soit dangereuse, dans la mesure précisément où son résultat est insusceptible d'être critiqué par une instance juridictionnelle. En cas d'erreur du tiers, celle-ci sera inscrite dans le contrat et ne pourra alors être corrigée. Mais n'est ce pas là précisément la force de la détermination de nature contractuelle ? Ce risque d'erreur semblerait tout à fait acceptable si l'on admet qu'à l'instar d'autres mécanismes faisant appel à un tiers pour déterminer un élément factuel, l'erreur grossière puisse être corrigée<sup>1</sup>. Cela permettrait de s'assurer de la cohérence de la détermination par rapport aux éléments imposés par les parties mais également de s'assurer du respect par le tiers de garanties minimales devant s'appliquer à cette détermination, par exemple la contradiction dans le déroulement des opérations d'expertise dont l'absence est de nature à fonder l'annulation de la détermination<sup>2</sup>. Le contrôle alors effectué par la juridiction sur le fondement de l'existence d'une erreur grossière serait alors nécessairement plus léger. Donner une appréciation d'une situation, avec toutes les éventuelles nuances à prendre en compte, et révéler une « erreur grossière », telle que notamment le non respect par le tiers des directives ou standards imposés par les parties pour l'évaluation sont deux démarches auxquelles le temps à consacrer n'est pas comparable.

La qualification contractuelle de la mission du tiers devant déterminer si les conditions requises pour l'application de la clause de hardship sont réunies semble opportune dès lors que l'appréciation se fonde sur des éléments objectifs se bornant à la constatation de faits. La solution semble moins évidente en présence de notions aux contours moins déterminés.

201. **La mission du tiers face à la notion d'équité.** Plus problématique est la situation dans laquelle le tiers doit, avant de se prononcer, interpréter la clause ou prendre une décision fondée sur des considérations d'équité. Le concept d'équité renvoie à l'idée que l'on se fait de la Justice. Lorsque la situation de *hardship* est définie par le caractère inéquitable des conséquences subies par une partie, la question de savoir si une détermination de l'équitable ressortit du monopole juridictionnel s'interpose. La réponse semble devoir être négative. L'équité, souvent conçue comme un élément correcteur du droit pur, apparaît bien moins juridique que liée à l'idée du Juste, qui doit pouvoir se réaliser hors du droit. Il ne nous apparaît en ce sens pas illogique de confier à un tiers de confiance la tâche de déterminer ce que sont des conséquences inéquitables.

202. **La mission du tiers face à la nécessaire interprétation du contrat.** La question de la nature de la mission du tiers se pose également avec une certaine acuité lorsque la clause est

---

<sup>1</sup> On pense évidemment à la remise en cause de la détermination du prix par le mandataire commun dans les mécanismes prévus par les articles 1592 et 1843-4 du Code civil, reconnue comme possible par la jurisprudence en cas d'erreur grossière ; v. Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-11790 ; *Bull. civ.* IV, n° 95, p. 99 ; Cass. com., 4 févr. 2004, n° 01-13516 ; *Bull. civ.* IV, n° 23, p. 22 ; Cass. com., 9 juin 2001, n° 98-18503, non publiée ; *JCP E* 2001, n° 48, p. 1909, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *JCP E* 2002, n° 1292, comm. D. Cohen ; Cass. com. 9 avr. 1991, n° 89-21611 ; *Bull. civ.* IV, n° 139, p. 100 ; *RTD civ.* 1992, p. 133, obs. P.-Y. Gautier ; Cass. com., 4 nov. 1987, n° 86-10027 ; *Bull. civ.* IV, n° 226, p. 168 ; *JCP E* 1988, II, 15212, note A. Viandier ; *Rev. arb.* 1990, p. 713, obs. Ch. Jarrosson.

<sup>2</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 21 juill. 1999, n° 98-10058, non publiée ; *RJDA* 1999, n° 1222.

imprécise relativement aux éléments devant être pris en compte pour effectuer la détermination. Il convient alors de déterminer si l'interprétation du contrat est une question de fait ou de droit. S'il s'agit d'une question de droit, le tiers devrait nécessairement exercer une fonction juridictionnelle. Or un arrêt de la Cour d'appel de Paris<sup>1</sup> a décidé que le tiers estimateur de l'article 1592 du Code civil, dont il est aujourd'hui admis que la mission revêt une nature contractuelle, puisse, pour remplir sa mission dans des délais courts, interpréter les clauses d'un contrat. L'interprétation pourrait ainsi être confiée à un tiers investi d'une mission contractuelle sans que sa nature soit remise en cause. Néanmoins, face à la fragilité de cette décision isolée, les parties seront bien inspirées, si elles souhaitent confier la mission contractuelle à un expert, de préciser que ce pouvoir d'interprétation est confié à ce mandataire d'intérêt commun.

Que le tiers doive interpréter le contrat et en tirer des conséquences juridiques ne semble pas, du moins dans l'esprit des parties qui se sont accordées sur son intervention, nécessairement déterminant. Les décisions contractuelles des *DAB* en sont un excellent exemple. La pratique démontre que leur mission n'est pas limitée à une simple appréciation de points techniques. Ils ont vocation à envisager le conflit dans son ensemble et à y apporter une solution, certes parfois provisoire, par le biais de leur décision. « L'expérience des litiges soumis au Comité du Tunnel sous la Manche démontre que les différends portent le plus souvent sur des questions de caractère contractuel, c'est-à-dire sur le sens, la portée ou l'interprétation de telle clause du marché »<sup>2</sup>. De la même manière que la nature juridictionnelle de la mission du juge n'est pas écartée lorsque sa mission touche exclusivement à une question de fait, une détermination contractuelle impliquant une interprétation du contrat ne saurait être qualifiée de juridictionnelle de ce seul fait. Une telle position reviendrait en effet à instituer le monopole de la résolution autoritaire des conflits présentant une quelconque dimension juridique à la fonction juridictionnelle, ce que rien n'impose. Le principe de l'autonomie de la volonté semble en effet devoir pouvoir résister à cette obligation. Partant du principe que rien n'imposant aux parties de référer leurs conflits à l'œuvre juridictionnelle dès lors qu'elles ont la libre disposition de leurs droits, il serait contradictoire de leur interdire de régler ou faire régler leurs contestations, y compris juridiques, par des moyens autres que juridictionnels, notamment pour s'abstraire de certaines normes processuelles imposées mais également peut être aussi pour changer de paradigme, parachevant l'évolution du conflictuel vers le consensuel<sup>3</sup>. La nature contractuelle de la mission ne saurait ainsi être d'emblée écartée uniquement parce que le tiers doit procéder à l'interprétation du contrat, d'autant que confier un tel pouvoir au tiers semble conforme à la nécessité d'obtenir rapidement une solution à une problématique factuelle.

β La mission consistant à adapter le contrat aux circonstances

203. **Un pouvoir créateur.** La question de la nature de la décision rendue se pose avec encore plus d'acuité lorsque les parties prévoient que le tiers aura pour mission d'adapter le contrat aux circonstances nouvelles. Le tiers va en effet dans cette hypothèse devoir remodeler un contrat, qui est pourtant l'expression de la volonté des parties, et qui s'impose généralement par

<sup>1</sup> CA Paris, 25<sup>e</sup> ch. B, 17 sept. 2004, Juris-Data n° 2004-252308 ; *JCP E* 2005 n°4, p. 134, comm. Th. Bonneau ; *RTD civ.* 2005, p. 154, obs. crit. P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 2005, p. 260, note crit. E. Loquin ; *Bull. Joly* 2005, p. 63, note N. Ronchevsky ; *D.* 2005, pan. p. 3050, Th. Clay.

<sup>2</sup> Ph. Malinvaud : « Réflexions sur le "Dispute Adjudication Board" », in *Études offertes à P. Catala*. Litec, 2001, p. 241.

<sup>3</sup> V. concernant les réflexions en faveur de la reconnaissance de la tierce décision obligatoire, O. Caprasse : « De la tierce décision obligatoire », *Journal des Tribunaux*, 18 sept. 1999, p. 565, *sp.* p. 573.

sa force non seulement aux parties mais également au juge. La volonté des parties confiée alors dans ce cas à un tiers la faculté de défaire et de refaire ce qui était convenu dans leur convention. Elles prévoient que la volonté du tiers supplantera en quelque sorte leur volonté initiale, en vertu précisément de cette volonté initiale.

Le pivot autour duquel semble graviter la discussion relativement à la nature de la mission confiée au tiers semble à nouveau devoir être la distinction du fait et du droit. Les parties sont certainement en désaccord sur les adaptations à apporter à leur contrat. Pour autant ont-elles véritablement des prétentions juridiques opposées ou sont elles face à un blocage dû à un différend ? Il nous semble que dans cette hypothèse le tiers n'est pas amené à trancher un litige mais plutôt à faire une œuvre créatrice et à compléter ou modifier les éléments factuels du contrat sur lesquels les parties n'ont pas réussi à s'entendre. En effet, le non-accord entre des partenaires qui envisagent de conclure un contrat n'est pas considéré comme un litige. Similairement lors de la renégociation du contrat, ce ne sont pas des prétentions juridiques qui s'entrechoquent, mais des intérêts divergents qui échouent à s'accorder.

204. **Les procédures pouvant servir de modèles.** Les articles 1592 et 1843-4 du Code civil prévoient des hypothèses particulières dans lesquelles les parties peuvent ou doivent faire appel à un tiers pour déterminer un élément essentiel de leur contrat. Dans un cas il s'agit du prix dans la vente, en l'absence duquel le contrat ne saurait être considéré comme formé ; dans l'autre, il s'agit d'une estimation de la valeur de parts sociales en cas de contestation lors de leur cession, pour laquelle le recours au tiers est obligatoire en cas de désaccord des parties. La doctrine et la jurisprudence s'accordent pour qualifier la mission du tiers de mandat d'intérêt commun<sup>1</sup>, et donc de lui attribuer une nature contractuelle et non juridictionnelle<sup>2</sup>. Ces hypothèses, bien que spécifiques<sup>3</sup>, semblent pouvoir éclairer la possible qualification à donner à la mission du tiers à qui il est confié d'adapter le contrat aux nouvelles circonstances économiques. Dans les deux cas spécifiques envisagés, les parties n'ont pu se mettre d'accord, par des négociations, sur un élément du contrat, la valeur des droits cédés ou le prix de la vente. Il n'est certes pas demandé au tiers de refaire le contrat, mais bien d'en déterminer un élément.

---

<sup>1</sup> L'absence d'intérêt commun entre mandants et mandataire a cependant été dénoncée et la qualité de mandataire commun a pu lui être préférée : L. Cadiet : « *Arbiter, arbitrator* – Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 C. civ. », in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Y. Guyon*. Dalloz, 2003, p. 153, *sp.* p. 162.

<sup>2</sup> Cette nature a d'ailleurs justifié une QPC visant à savoir si l'article 1843-4 du Code civil portait une « atteinte substantielle au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction ». La question reste en suspend, la QPC ayant été jugée irrecevable par la Cour de cassation en raison de sa transmission par un arbitre, qui n'est pas une juridiction ; Cass. com., 28 juin 2011, n° 11-40030 ; *Bull. civ.* IV, n° 111 ; *D.* 2011, p. 1754, obs. A. Lienhard et p. 3023, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2011, p. 557, obs. P.-Y. Gauthier ; *RTD com.* 2011, p. 628, obs. B. Bouloc ; *PA* 2011, n° 226, p. 5, note L. Bernheim – Van de Castele ; *Gaz. Pal.* 11-15 nov. 2011, p. 20, obs. D. Bensaude ; *D.* 2012, p. 159, obs. A. Bénabent ; il faut par ailleurs noter que la qualification d'arbitrage du mécanisme imposé par l'article 1843-4 peut être radicalement exclue en raison du caractère forcé du dispositif, puisque les parties n'ont pas d'autre choix que de s'en remettre au tiers. L'importance de la volonté des parties pour la qualification d'arbitrage s'oppose ainsi à ce que la procédure mise en œuvre en cas de désaccord sur la valeur des droits sociaux puisse être qualifiée d'arbitrage. Il en va de même de la faculté désormais reconnue par la loi au cédant par l'article L. 228-24 du Code de commerce, qui dispose que « le cédant peut à tout moment renoncer à la cession de ses titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital » ; *v. not.* G. Deharo : « Expertise et estimation du prix de cession par un "expert" : analyse de l'article 1843-4 du code civil », *RTD com.* 2007, p. 643 ; J. Moury : « Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du code civil », *Rev. Sociétés* 2005, p. 513.

<sup>3</sup> *V. not.* sur l'inadéquation des dispositions de l'article 1592 du Code civil à des situations dans lesquelles le contrat, d'ores et déjà valablement formé, doit être complété en cours d'exécution *v.* Ch. Jarrosson : *La notion d'arbitrage*. Préf. B. Oppetit, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1987, *sp.* p. 294.

En ce sens le recours au tiers est bien conçu comme un palliatif à l'incapacité des parties de s'accorder, ou à leur volonté de ne pas le faire, et ce qu'il intervienne lors de la formation du contrat ou pendant son exécution. L'intention litigieuse des parties est très rarement reconnue dans les cas spécifiques des articles 1592 et 1843-4 du Code civil. Elle peut, en parallèle, être sérieusement mise en doute s'agissant de la stipulation de la clause de *hardship*.

Partant de cette similitude entre le mécanisme du *hardship* et ceux mis en place par ces dispositions spécifiques, certains auteurs se sont ainsi prononcés en faveur de la possible nature contractuelle de la mission du tiers<sup>1</sup>, reconnaissant en lui le mandataire d'intérêt commun<sup>2</sup> des parties : « chargé par elles, et en leur nom, d'aménager leur contrat, il prendra une décision ayant pour les parties valeur contractuelle »<sup>3</sup>. Un auteur a proposé de voir dans une telle mission un arbitrage en droit civil<sup>4</sup> qui se distinguerait de l'arbitrage en procédure civile par son rôle « de nature plus économique ou technique que juridique ». Il semble cependant que cette opinion qualifiant de contractuelle la nature de la mission du tiers ne soit pas nettement dominante. Plusieurs auteurs se prononcent en effet en faveur de la nature juridictionnelle de la mission alors confiée au tiers, notamment pour des considérations plus pratiques que théoriques.

Il est par ailleurs intéressant de noter que tant les principes Unidroit que les Principes européens du droit des contrats prévoient, en cas d'échec de la renégociation entre les parties, une décision d'un tribunal, qui peut décider de mettre fin au contrat ou de l'adapter. Un tel constat pourrait être considéré comme une marque de faveur pour la nature juridictionnelle de la décision rendue. Mais le juge n'est-il pas considéré comme le tiers de confiance par excellence, celui auquel il est naturellement fait appel pour trancher tout différend, qu'il soit juridique ou qu'il revête une dimension purement factuelle ? Il semble ainsi impossible de déduire une quelconque faveur de ces outils contractuels pour la nature juridictionnelle ou contractuelle de la mission confiée au tiers.

Devant les hésitations doctrinales et la casuistique jurisprudentielle, les nuances subtiles censées distinguer la nature des missions ainsi confiées au tiers apparaissent non seulement source de complexité et d'inefficacité mais également difficilement compréhensible pour les praticiens<sup>5</sup>. La démarcation théorique tracée par la distinction entre le fait et le droit se révèle ainsi insatisfaisante, rendant nécessaire la recherche de lignes directrices d'un maniement plus prévisible.

### 3) L'adoption d'une position de principe

205. ***La prise en compte des motivations ayant présidé à l'insertion de la stipulation.*** Les critères proposés, qu'ils soient objectifs ou d'opportunités, ne semblent pas satisfaisants<sup>6</sup>. Peut-

<sup>1</sup> R. Fabre : « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983, p.1, *sp.* p. 15 ; G. Rouhette : « La révision conventionnelle du contrat », *RIDC* 1986, p. 369.

<sup>2</sup> G. Rouhette : « La révision conventionnelle du contrat », *RIDC* 1986, p. 369 ; v. ég. Ph. Rémy : « Clause de fixation par un expert ; application de l'article 1592 du Code civil ; distinction du mandat, de l'expertise et de l'arbitrage », *RTD civ.* 1991, p. 356.

<sup>3</sup> Ph. Fouchard : « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », *Rev. arb.* 1979, p. 67, *sp.* p. 72.

<sup>4</sup> R. David : « L'arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats », in *Mélanges dédiés à G. Marty*. Univ. Sc. Soc. Toulouse, 1978, p. 383, *sp.* p. 387.

<sup>5</sup> Ph. Fouchard : « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », *Rev. arb.* 1979, p. 67, *sp.* p. 74.

<sup>6</sup> Pour une appréciation critique de l'ensemble des critères proposés pour cerner la notion d'arbitrage, v. Ch. Jarrosson : *La notion d'arbitrage*. Préf. B. Oppetit, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1987, *sp.* p. 244.

être une autre optique devrait-elle être adoptée pour déterminer quelle pourrait être la solution non pas la plus rationnelle, mais la plus adaptée à la résolution de ce désaccord : la volonté des parties qui peut être déduite de l'élan ayant motivé, lors de la conclusion du contrat, l'insertion d'une telle clause, et la qualification qui se révélerait en définitive la plus efficiente au regard de l'objectif poursuivi. Les motivations précédemment identifiées comme présidant à l'insertion de ces clauses se révèlent alors clef pour trancher l'épineuse question de la nature de la mission confiée au tiers par les parties.

206. **L'écueil de la recherche casuistique de la volonté des parties.** L'importance donnée par la jurisprudence à la volonté des parties pour déterminer la mission qu'elles avaient entendu confier au tiers a été critiquée<sup>1</sup>, comme conduisant notamment à « un émiettement des solutions et à une absence de cohérence »<sup>2</sup>. Il semblerait en effet illusoire de chercher à découvrir dans la manière dont sont rédigées les stipulations des parties quelle serait précisément la nature de la mission qu'elles ont confiée au tiers, dans la mesure où parfois les parties ne se sont peut être même pas posé la question lors de la rédaction de la clause. Parfois encore, la question s'est posée, mais l'absence de clarté des stipulations résulte d'une incapacité pour les parties à la négociation de s'entendre sur un modèle déterminé, la clause se révélant alors être le résultat d'un mauvais compromis entre les positions des parties. Dans ce cas également, rechercher une volonté commune des parties qui transparaîtrait de la clause se révélerait en réalité une imposture intellectuelle. L'examen de la clause pour découvrir la volonté exprimée des parties est cependant nécessaire : « la prévalence de la volonté déclarée sur la volonté réelle, tout au moins pour des professionnels auxquels il apparaîtrait normal d'opposer leurs propres stipulations, semble encore préférable et éliminerait en tout cas la subjectivité de l'interprétation d'une volonté toujours fuyante et indécise dès l'instant où l'on entreprend de scruter les pensées et arrière-pensées des protagonistes »<sup>3</sup>. Un tel examen de la stipulation ne doit ainsi pas se transformer en une entreprise divinatoire.

207. **Les indications déduites de la finalité recherchée.** Il semble cependant que la volonté des parties devrait être envisagée avec un peu plus de contexte qu'en s'attachant à la seule rédaction de la clause. Si la clause a pu être rédigée de manière imprécise, les motivations qui ont présidé à sa discussion et à son insertion dans le contrat semblent chargées de sens. De la même manière qu'il faut parfois dépasser la lettre pour faire prévaloir l'esprit d'une disposition législative, il semble qu'il faille adopter pareille approche téléologique lorsque sont envisagées les stipulations des parties. La recherche de leurs motivations donne en effet un éclairage utile pour tenter de qualifier la mission confiée au tiers dans les clauses de *hardship*.

Le but de ces clauses semble être en premier lieu de tenter de préserver l'équilibre contractuel, pour que le contrat puisse se poursuivre dans de bonnes conditions. Un contrat devenu parfaitement défavorable pour l'une des parties a de grandes chances de dériver vers l'inexécution. Assurer le maintien d'un certain équilibre contractuel permet ainsi non seulement que le contrat garde son intérêt pour la partie pénalisée par le changement de circonstances,

---

<sup>1</sup> B. Oppetit : « Sur le concept d'arbitrage », in *Le droit des relations économiques internationales*, Mél. B. Goldman, Litec, 1982, p. 227, sp. p. 235 : « il apparaît toujours très aléatoire, en matière d'arbitrage comme d'ailleurs en toutes matières contractuelles, de subordonner l'application d'un régime juridique à une recherche de la volonté réelle des parties, car rien n'est plus variable et insaisissable que cette dernière ».

<sup>2</sup> Ch. Jarrosson : *La notion d'arbitrage*. Préf. B. Oppetit, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1987, sp. p. 149.

<sup>3</sup> B. Oppetit : « Sur le concept d'arbitrage », in *Le droit des relations économiques internationales*, Mél. Goldman, Litec, 1982, p. 227, sp. p. 236.



mais également d'assurer la bonne exécution du contrat pour la partie qui ne souffre pas de la situation de *hardship*. Le but des parties est donc en définitive de permettre la sauvegarde du contrat en cas de bouleversement des circonstances ayant présidé à sa conclusion. Or l'objectif de sauvegarde du contrat nous semble mal s'accommoder d'une approche juridictionnelle dont la nature contentieuse semble inappropriée. Cet « arbitrage en droit civil »<sup>1</sup>, en réalité non juridictionnel et dont la dénomination incite à la confusion avec l'arbitrage « en procédure civile » est considéré comme « un régulateur des relations contractuelles »<sup>2</sup>, d'une dimension moins conflictuelle. Certes, la décision rendue par le tiers, si les parties n'arrivent pas par la suite à s'accorder sur les modifications à apporter au contrat, pourra dans certains cas ouvrir la faculté pour une partie d'y mettre fin. Pour autant il ne nous semble pas que ce soit là la philosophie qui anime ces stipulations. Dans ce cas en effet une clause de résiliation suffirait à atteindre ce but.

L'état d'esprit nécessairement imprimé par la clause de *hardship* semble inciter à reconnaître à la mission du tiers un caractère non contentieux. Comme cela est souvent indiqué dans les préambules desdites clauses, les parties ont à l'esprit, en premier lieu du moins, d'assurer par cette clause une coopération permettant la poursuite du contrat. En cela il semble qu'elles aient entendu nommer non pas un arbitre, mais un mandataire d'intérêt commun. « Le caractère juridictionnel de l'arbitrage postule la nécessité de le mettre en œuvre qu'à la condition qu'il s'agisse véritablement de faire trancher une contestation ; (...) lorsqu'il s'agit, non pas de trancher un litige ni d'aplanir un différend menaçant ou d'ores et déjà né, mais d'accomplir un acte créateur d'une situation contractuelle à partir d'un problème dont les parties savent qu'elles n'ont ni la compétence ni l'indépendance nécessaires pour le résoudre elles-mêmes, le recours aux mandataires communs s'impose »<sup>3</sup>.

Lorsque le tiers est amené à décider de la réunion des conditions nécessaires à l'application de la clause, les parties ne sont pas déjà engluées dans un litige, conçu comme une opposition de prétentions juridiques nécessitant une décision en droit, mais encore au stade d'un désaccord qui appelle une prise de position sur des éléments factuels pour que les parties puissent continuer d'appliquer le contrat. Cette approche semble d'autant plus justifiée que si l'on se base sur l'intention des parties lors de la rédaction de la clause, force est de constater qu'effectivement elles ont envisagé le recours au tiers pour pallier une absence d'accord entre elles plutôt qu'un litige. De plus, le recours à ce tiers a pour objectif de permettre la continuation du contrat à des conditions acceptables pour les deux parties, et donc de sauver le

---

<sup>1</sup> Et opposé à l'arbitrage « en procédure civile », de nature juridictionnelle dans l'article du professeur René David (« L'arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats », in *Mél. Marty*, Univ. Sc. Soc. Toulouse, 1978, p. 383). De même, le professeur Bruno Oppetit parle « d'arbitrage contractuel » par opposition à « l'arbitrage juridictionnel » (« Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel : à propos d'une jurisprudence récente », *Rev. arb.* 1977, p. 315). La dénomination d'arbitrage incite à la confusion. Il apparaît dès lors préférable d'employer le terme moins ambigu de détermination contractuelle amiable ou d'expertise irrévocable pour désigner la mission contractuelle confiée par les parties au tiers et de réserver le vocable d'arbitrage au seul arbitrage « juridictionnel ». Le terme d'arbitrage semble d'ailleurs réservé par la majorité de la jurisprudence à cette hypothèse.

<sup>2</sup> R. David : « L'arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats », in *Mél. Marty*. Univ. Sc. Soc. Toulouse, 1978, p. 383, *sp.* p. 386 ; déjà en ce sens, v. B. Oppetit : « L'arbitrage et les contrats commerciaux à long terme », *Rev. arb.* 1976, p. 91, *sp.* p. 95 : « l'arbitre tend à devenir une sorte de régulateur d'un contrat en cours de formation ou d'exécution qu'il est chargé, selon les cas, de compléter, d'adapter aux situations nouvelles ou d'aménager pour surmonter les divergences de ceux qu'il lie ».

<sup>3</sup> H. Motulsky : *Écrits t. II : études et notes d'arbitrage*. Préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, Dalloz, 1974, p. 41.

contrat de l'inexécution ou de la résiliation. L'attitude est clairement constructive, le conflit n'étant alors qu'une incapacité à conclure un contrat modifié.

L'analyse des motivations ayant présidé à l'insertion de la clause de *hardship* dans le contrat liant les parties serait ainsi susceptible de dicter un certain angle d'approche favorable à la qualification contractuelle de la mission confiée au tiers. Les parties ont ainsi entendu sauver le contrat par le contrat, en investissant un tiers d'un mandat d'intérêt commun pour remédier à leur incapacité à s'entendre sur le principe ou l'étendue des changements devant être apportés à leur convention pour en permettre, dans des délais très courts, la continuité et l'efficacité. Cette approche n'est cependant concevable que parce qu'un esprit particulier de coopération se dégage de ces stipulations. Elle serait inopérante dans d'autres situations dans lesquelles les motivations des parties ne seraient pas de s'élancer ensemble vers l'avenir.

2° Le recours au contrat pour remédier à l'échec des négociations

208. ***L'importance de la faculté de rompre le contrat.*** La clause de *hardship* n'est pas destinée, du moins en première intention, à permettre à une partie de s'affranchir d'obligations trop contraignantes. Dans ce but, une clause de résiliation de plein droit du contrat suffit à permettre le désengagement d'une partie. La clause de *hardship* est véritablement portée par la foi des parties en leur volonté, capable de trouver une alternative à une situation contractuelle devenue inacceptable. Les contractants gèrent ainsi le conflit d'une manière constructive en conciliant leurs intérêts divergents au nom de la poursuite de la relation contractuelle. Parfois cependant tout accord est impossible, et la situation doit être réglée autrement que par la concorde sous peine de faire perdurer une situation intenable pour l'une des parties.

Bien que la faculté de résiliation ou de résolution du contrat ne soit pas systématiquement prévue par les parties en l'absence d'accord à la suite des renégociations, elle semble pourtant essentielle. C'est d'ailleurs le remède le plus utilisé par les professionnels en cas d'échec des négociations d'après l'étude menée par M. Almeida Prado<sup>1</sup>. En effet, « il est évident que le maintien en vigueur de stipulations contractuelles inchangées malgré la survenance du "*hardship*" ne correspond guère à l'esprit de la clause et à l'intention des parties : si ces dernières, malgré leur volonté commune d'aboutir, n'ont pu parvenir à un accord, la survie du contrat paraît inconcevable »<sup>2</sup>.

C'est la raison pour laquelle certaines clauses de *hardship* prévoient qu'en cas d'échec de la renégociation la partie souffrant du *hardship* puisse résoudre ou résilier la convention devenue déséquilibrée. Une telle prévision présente plusieurs intérêts pour la partie souffrant du *hardship*. Le premier réside dans la pression exercée sur le cocontractant au cours des négociations. La menace de perdre totalement le bénéfice du contrat pourra l'inciter à se montrer plus ouvert aux propositions de son cocontractant et à faire preuve d'une bonne foi « active » pour tenter de sauver le contrat. Le second avantage est évidemment de pouvoir sortir d'un contrat dont l'exécution est devenue trop onéreuse. Du point de vue de la partie ne souffrant pas de la situation de *hardship*, cette stipulation peut se révéler dangereuse si les

---

<sup>1</sup> M. Almeida Prado : *Le hardship dans le droit du commerce international*. Préf. H. Lesguillons, Bruylant, 2003, *sp.* p. 186.

<sup>2</sup> B. Oppetit : « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *RIDC* 1974, p. 794, *sp.* p. 811.

conditions de mise en jeu de la clause ont été insuffisamment précisées. En ce cas, cette partie risque de se trouver à la merci de son cocontractant invoquant le *hardship* et se verra contraint de consentir à des modifications peut-être injustifiées de peur de perdre l'entier bénéfice du contrat.

209. ***L'efficacité des clauses rendant inutile le renversement du principe ?*** L'importance de la rédaction minutieuse de la clause apparaît alors nettement pour que la stipulation atteigne son but légitime et n'entraîne pas, en elle-même, une instabilité et un déséquilibre au détriment de la partie qui ne subit pas directement le *hardship*. La liberté contractuelle dont les parties font usage pour pallier le refus de reconnaissance de la théorie de l'imprévision en droit français peut également être source de déséquilibre. Une telle liberté ne doit pas être contrainte, mais on peut légitimement s'interroger sur le point de savoir si elle ne pourrait pas utilement être encadrée par des dispositions supplétives de volonté pour tendre vers l'objectif qui est le sien : la prise en compte du déséquilibre du contrat et sa tentative de rééquilibrage par les parties elles-mêmes. À la question de savoir s'il ne serait pas préférable, « plutôt que d'inviter les parties à insérer elles-mêmes dans le contrat des clauses destinées à répudier les solutions actuelles de notre droit, de renverser le principe et d'admettre la révision pour imprévision. »<sup>1</sup>, il est avancé qu'une règle qui apparaît peu adaptée est en réalité un stimulus invitant les parties à encadrer au mieux l'imprévisible. Les clauses élaborées par la pratique sont en effet si sophistiquées, et répondent si bien aux objectifs de la *self tailored rule*, qui enserme au plus près les problématiques spécifiques à la relation des parties qu'intégrer la théorie de l'imprévision ne serait pas utile<sup>2</sup>. Il a ainsi été avancé que « l'absence de révision pour imprévision est préférable en ce qu'elle est une puissante incitation à l'adoption de clauses qui apportent une réponse sur mesure aux difficultés nées de l'instabilité économique et monétaire »<sup>3</sup>. Or cette position n'est satisfaisante que dès lors que tous les contractants se préoccupent des éventuels changements de circonstances. Elle laisse ainsi la porte ouverte au développement de situations dont la gestion n'a pas été envisagée par les contractants, qui subiront ainsi durement leur absence d'anticipation et de technique contractuelle. On peut en conséquence se demander s'il convient de maintenir le principe de la non prise en compte de l'imprévision, d'autant qu'une réforme pourrait se développer sans nécessairement attribuer le pouvoir de réviser le contrat au juge.

210. ***L'imprévision dans les projets de réforme.*** Les projets de réforme du droit des obligations consacrent précisément la faculté de mettre fin au contrat, ce qui tendrait à attester que le choix de la résiliation du contrat, prévue par celui-ci en cas d'échec des négociations, présente une certaine sagesse. Les parties seront par ailleurs bien inspirées, pour qu'une telle résiliation n'apparaisse pas trop brutale et permette une fin de contrat douce, de stipuler un préavis utile pour leur permettre de prendre d'autres dispositions. Par ailleurs, la faveur accordée à la négociation directe entre les parties pour régler le différend survenu en raison du changement de circonstances est incontestable dans l'ensemble des projets de réforme présentés, qui font néanmoins démonstration de réalisme en prévoyant que les négociations ne seront pas à même de régler toutes les situations conflictuelles découlant du *hardship*. Des

---

<sup>1</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette : *Droit civil, Les obligations*. Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2009, *sp.* n° 471, p. 488.

<sup>2</sup> V. en ce sens l'argument sociologique avancé par le professeur Bénédicte Fauvarque-Cosson : « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, p. 67, *sp.* n°7 ; v. ég. Y. Lequette : « De la difficulté des clauses de *hardship* », in *Liber Amicorum Ch. Larroumet*. Economica, 2009, p. 267.

<sup>3</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette : *Droit civil. Les obligations*. Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2009, *sp.* n° 471, p. 488.

solutions de rechange ont en effet été élaborées pour pallier l'absence d'accord<sup>1</sup> entre les parties sur les modifications à apporter à leur convention.

La première solution, seule envisagée par l'avant projet Catala, est la faculté, pour chacune des parties<sup>2</sup> de mettre fin au contrat déséquilibré, sans frais ni dommage si les négociations ont été menées de bonne foi. Le juge semble donc exclu du mécanisme mis en place par l'avant projet. À l'inverse, dans le projet de la Chancellerie, le juge occupe une place centrale dans la détermination des conséquences de l'échec des négociations. La faculté de résiliation ne semble pas directement accordée aux parties. À défaut de pouvoir accordé par les parties de remodeler leur contrat pour l'adapter aux circonstances nouvelles, le juge pourra mettre fin au contrat, « à la date et aux conditions qu'il fixe ». En définitive, l'article ne fait qu'octroyer une faculté de résiliation au juge, qui pourra décider des modalités de la fin de contrat<sup>3</sup>. Il n'est pas impossible que ce pouvoir du juge de rétablir l'équilibre du contrat par le biais des conditions de sa résiliation soit suffisamment incitative pour que les parties s'efforcent de trouver un accord, *a minima* sur les conditions de résiliation de leur convention.

L'autre innovation de l'article 136 du projet de la Chancellerie<sup>4</sup> est que le juge puisse, avec la bénédiction des parties, adapter le contrat. Il nous semble que cette faculté donnée au juge sur accord des parties ne permette pas que l'on puisse parler de « révision judiciaire ». L'hypothèse semble en effet distincte de la révision judiciaire de la convention puisque l'accord des parties sur le principe de la révision<sup>5</sup> est érigé en prérequis à sa mise en œuvre.

Nous l'avons constaté, les parties savent faire preuve d'imagination pour organiser le traitement de leurs conflits et savent adapter les processus aux types de conflits qu'elles redoutent ou auxquels elles sont confrontées. Cette imagination ne peut se déployer que s'il leur est reconnu une grande liberté pour organiser, par leur volonté, les processus susceptibles de correspondre au plus près à leurs attentes. Ces processus, se déployant soit en amont de l'office juridictionnel, soit s'y substituant, suscitent certaines réserves relativement à leur opportunité, mais plus fortement encore relativement à leur mode de fonctionnement. Les avis s'opposent sur la question de l'encadrement de ces procédures par certaines garanties, nécessaires ou envahissantes selon les opinions. En d'autres termes, la grande liberté dont font usage les parties pour organiser conventionnellement le traitement de leurs différends doit elle être bridée, par défaut, par des garanties issues de la sphère processuelle qu'elles ont généralement souhaité écarter ?

---

<sup>1</sup> Voire de négociations ?

<sup>2</sup> L'attribution de cette faculté à la partie dont les obligations ne sont pas affectées par les circonstances et qui a donc logiquement intérêt à la continuation du contrat semble étrange. Peut-être cette faculté lui est-elle offerte afin que cette partie puisse anticiper les difficultés d'exécution de son cocontractant et planifier avec certitude la réallocation de ses ressources dans une relation contractuelle plus fiable.

<sup>3</sup> En faveur de cette simple faculté, B. Fauvarque-Cosson : « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, p. 67, *sp. n*°7.

<sup>4</sup> « Si un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, *le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe* » (nous surlignons).

<sup>5</sup> Il nous semble en effet que la manière dont est libellé cet article exclut l'acceptation par les parties des modifications pour l'adaptation du contrat par le juge.

### Section 3 : Les conditions de validité et d'efficacité des MARC

211. *L'application des principes du procès aux processus extrajudictionnels ?* La contamination des modes alternatifs de traitement des différends par les principes processuels est envisagée par la doctrine, tantôt applaudie, tantôt critiquée<sup>1</sup>, et organisée par le législateur<sup>2</sup>. « Le développement contemporain des modes alternatifs de règlement des conflits fait apparaître la nécessité d'autres garanties, d'ordre processuel ou procédural, sortes de principes directeurs du règlement amiable »<sup>3</sup>. En l'absence de prévision expresse des parties, une telle contamination apparaît nécessaire lorsqu'une décision leur sera imposée, car leur volonté n'est alors plus omnipotente. C'est ainsi en quelque sorte des principes supplétifs de volonté qui doivent être posés en la matière, les parties étant libres d'y déroger dans une certaine mesure en connaissance de cause. En revanche, dès lors que la résolution du conflit est placée sous l'intime dépendance de la volonté renouvelée des parties, ces principes directeurs semblent devoir représenter non pas un impératif, mais plutôt une condition de l'efficacité et de l'utilité de ces modes de traitement des conflits.

Afin de sécuriser la force obligatoire des stipulations prévoyant des préalables à l'action en justice, il convient de prévoir quelques aménagements au droit d'action des parties notamment au regard des délais pour agir. Quel que soit le résultat, autoritaire ou consensuel, de la procédure amiable choisie, il semble essentiel de garantir l'efficacité et la sécurisation du recours à ces modes alternatifs de prévention et de traitement des conflits. À cet égard devrait être d'une part généralisée la sanction processuelle, qui pourrait par ailleurs être autre qu'une fin de non-recevoir, du non respect de ces clauses imposant un préalable à l'action, comme c'est déjà le cas pour les clauses de médiation ou de conciliation et pour les clauses prévoyant une expertise<sup>4</sup>. D'autre part, comme suite logique de la force obligatoire de ces stipulations, devrait être consacrée la suspension des délais pour agir, y compris des délais préfix, pendant le déroulement de ces procédures afin de ne pas handicaper une action ultérieure en cas d'échec de ces modes de traitement amiable comme c'est le cas pour les clauses de conciliation ou de médiation préalable ou encore pour la convention de procédure participative. Dès lors que la procédure prévue par le contrat est suffisamment structurée pour que puisse être déterminé son point de départ, l'enclenchement de celle-ci devrait, en toute logique, suspendre l'écoulement des délais pour agir dans leur ensemble. À défaut de consécration spécifique en la matière par la réforme du droit de la prescription, il devrait être possible de rattacher cette suspension des délais à l'article 2234 du Code civil<sup>5</sup> qui prévoit notamment la suspension de la prescription en cas d'empêchement contractuel. Les parties seront cependant bien inspirées de prévoir dans leur contrat la suspension des délais pour agir dans leur clause de traitement des conflits afin de dissiper toute ambiguïté en la matière et d'éviter toute déconvenue en cas d'échec de ces MARC.

212. *La volonté renouvelée des parties, critère de distinction pour l'application des principes directeurs.* Le respect de certains principes directeurs du procès semble essentiel

<sup>1</sup> J. Timsit : « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *Cah. arb* 2001, p. 53.

<sup>2</sup> L'insertion dans le Code de procédure civile du livre V relatif à la résolution amiable des différends par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 en est un exemple flagrant.

<sup>3</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp.* p. 207.

<sup>4</sup> Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-23864, non publiée ; *PA* avr. 2013, n° 90, p. 7, obs. crit. Ch. Boillot.

<sup>5</sup> « La prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure ».

lorsque le tiers est investi par les parties d'une mission contractuelle de fixer un élément de leur contrat. Il en va ainsi lorsque le tiers doit décider de la réunion de certaines conditions, ou adapter le contrat aux nouvelles circonstances. La neutralité que commande sa mission, en se faisant la bouche des parties, impose que les principes d'indépendance et d'impartialité reçoivent application<sup>1</sup>, car alors ce mode de traitement des conflits n'est plus fondé sur une volonté renouvelée. On peut dès lors s'interroger sur la qualification de règlement amiable de ces procédures. L'autorité avec laquelle s'impose la décision du tiers, même si elle est d'origine contractuelle, postule en effet en faveur de l'application de garanties processuelles renforcées, proches de celles requises en matière juridictionnelle.

213. **Le véritable noyau : l'impartialité.** L'application par défaut de ces principes, lorsque les parties n'ont rien prévu, ne signifie pas pour autant qu'elles ne pourraient pas s'en écarter en connaissance de cause. Seule l'impartialité semble d'emblée devoir être imposée de manière stricte et indérogable. Il devait en effet être loisible aux parties de décider d'avoir recours à un tiers dépendant pour fixer un élément du contrat dès lors que l'absence d'indépendance est révélée, mettant les parties en mesure de déroger en toute connaissance de cause aux principes normalement établis pour s'assurer de la qualité de la mission du tiers. À défaut d'une telle acceptation éclairée de la dépendance du tiers, la décision prononcée par celui-ci serait critiquable avec succès<sup>2</sup>.

214. **Le contradictoire comme conséquence de l'impartialité.** « Le tiers doit être impartial non pas parce qu'il est un juge, mais parce qu'il est un tiers et, parce qu'il doit être impartial, il doit respecter la contradiction entre les parties »<sup>3</sup>. Il apparaît en effet souhaitable que tous les tiers voués à impacter la relation des parties soient impartiaux et soucieux du respect du principe du contradictoire, qui représente le chemin menant à la justice. Cette considération apparaît essentielle dès lors que le tiers est doté d'un certain pouvoir, délégué par les parties, sur la relation contractuelle. Ces principes s'imposent à lui en raison de ce pouvoir, mais également car ils sont les prérequis à la manifestation de la vérité contractuelle dont il est débiteur : si le tiers ne respecte pas le principe de la contradiction, il ne pourra pas accéder à la vérité et ne pourra dès lors pas rendre une décision Juste. C'est la raison pour laquelle l'application des principes d'indépendance, d'impartialité et du respect du contradictoire au mandataire commun des parties en l'absence de toute convention contraire semble être une condition de la validité mais également du succès du processus. À l'instar des éléments relatifs aux prix fixés par des tiers en vertu d'un mandat commun des parties, le résultat de la détermination du tiers doit être écarté s'il ne respecte pas les principes inhérents à sa mission.

215. **L'application de principes, gage d'efficacité de la solution négociée.** Plus nuancée apparaît l'application de tels principes aux modes de traitement amiable des conflits, car leur non respect semble moins lourd de conséquence, la volonté des parties gardant le dernier mot.

---

<sup>1</sup> Sur le tiers estimateur de l'article 1592 du Code civil, Cass. 1<sup>er</sup> civ., 2 déc. 1997, n° 95-19791 ; *Bull. civ. I*, n° 334, p. 227 ; *RTD civ.* 1998, p. 396, obs. P.-Y. Gautier ; *D. Aff.* 1998, p. 144, note M. Boizard ; La solution devrait logiquement être étendue à tous les tiers amenés à fixer un élément du contrat.

<sup>2</sup> Le tiers estimateur qui ne révèle pas les liens qu'il a eu avec une partie commet un dol, qui entraîne la nullité de l'estimation : CA. Paris, 1<sup>er</sup> ch. C, 30 juin 1995 ; *Rev. arb.* 1996, p. 483 et les obs. de Ph. Fouchard dans son article « Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française », *Rev. arb.* 1996, p. 325 ; confirmant TGI Paris, 9 déc. 1992 ; *Rev. arb.* 1996, p. 483 : « l'indépendance du mandataire investi de la mission de fixer le prix d'une vente est une qualité substantielle qui peut être attendue de celui dont la décision s'imposera aux parties ».

<sup>3</sup> L. Cadiet : « *Arbiter, arbitrator* – Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 C. civ. », in *Aspects actuels du droit des affaires*, *Mél. Y. Guyon*. Dalloz, 2003, p. 153, *sp.* p. 165.

Lorsque les procédures mises en place par les parties n'ont pas vocation à déterminer l'issue d'un éventuel litige, leurs caractéristiques devraient être entièrement à la discrétion des parties, du moins quand les droits en cause sont disponibles<sup>1</sup>. Il n'apparaît ainsi pas strictement nécessaire d'imposer le respect de l'ensemble des principes du droit processuel lorsque les parties pourraient choisir de s'accorder sans autre formalité sur les droits dont elles ont la libre disposition : « pas de droit processuel en l'absence de procès »<sup>2</sup>. Dans les procédures amiables dépendant de la volonté renouvelée des parties, le respect de ces principes semble dicté par un souci d'efficacité et non comme une condition de leur validité. Quelles pourraient en effet être les conséquences néfastes du non respect de ces principes ? Soit aucun accord n'est trouvé, et alors la procédure juridictionnelle pourra être engagée pour trancher le litige. Si l'avis d'expert est produit à titre de preuve, la partie estimant que ce rapport a été établi en contravention de ces principes pourra se manifester pour déprécier la valeur que le juge pourrait lui attribuer. Soit un accord défavorable à une partie est conclu, mais alors il ne le serait en définitive que par la « faute » de la partie qui critiquera la qualité de la procédure, car elle avait tout le loisir de s'en abstenir. Ainsi, sauf à démontrer que le tiers a commis une faute dans l'exercice de sa mission, auquel cas sa responsabilité pourrait être engagée, et sauf collusion entre le tiers et une partie, il semble que les conséquences de tels manquements à ces principes soient extrêmement limitées.

Il apparaît que la rigueur avec laquelle doivent s'appliquer les principes directeurs du procès aux mécanismes de résolution non juridictionnelle des conflits dépend de manière patente du rôle réservé à la volonté des parties relativement à la solution. L'intensité avec laquelle doivent s'appliquer les principes pourrait être représentée sous la forme d'un curseur évoluant, selon les hypothèses considérées, entre l'application des principes en cas de solution autoritaire et leur possible mise à l'écart lorsque prime la volonté des parties dans l'adoption de la solution au conflit<sup>3</sup>.

L'application de certains principes du procès équitable semble souhaitable pour s'assurer de l'utilité et de l'effectivité des modes amiables de traitement des conflits. Au titre de ces « “principes directeurs” du règlement amiable »<sup>4</sup>, certaines qualités sont ainsi attendues du tiers (§1<sup>er</sup>), d'autres concernent la procédure elle-même (§2).

#### §1<sup>er</sup> Les conditions relatives au tiers

216. **La personne du tiers et sa mission.** Pour que ces procédures de traitement amiable des différends se révèlent efficaces, le tiers devra présenter certaines qualités, liées à sa compétence et à ses qualités personnelles (A). D'autres, communes tant à l'expert qu'au médiateur, seront plus spécifiquement liées à sa posture relativement à la mission qui lui est confiée (B). Dans un objectif de simplification, seront utilisés le terme d'expert dès lors que ce qui sera attendu du

---

<sup>1</sup> V. X. Lagarde : « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », in P. Chevalier, Y. Desdevises et Ph. Milburn (dir.) : *Les modes alternatifs de règlement des litiges : Les voies nouvelles d'une autre justice*. Mission de recherche Droit et Justice, La documentation française, 2003, p. 45.

<sup>2</sup> X. Lagarde : « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », *Rev. arb.* 2001, p. 423, *sp.* p. 425.

<sup>3</sup> Ainsi au sujet du régime commun souhaitable pour la médiation et la conciliation : E. Brochier et M. Brochier : « Pour une clarification des procédures de médiation et de conciliation dans le code de procédure civile », *D.* 2015, p. 389.

<sup>4</sup> L. Cadet : « L'avènement du nouveau Code de procédure civile- Le Code », in *Le NCPC : vingt ans après : actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997*. La documentation française, 1998, p. 45, *sp.* p. 72.

tiers sera une information, et celui de médiateur lorsque le tiers aura pour mission de rapprocher les parties.

#### A. Les compétences et les qualités du tiers

217. ***Informé ou rapproché.*** Les qualités et compétences attendues d'un tiers ayant vocation à informer les parties (1°) ne seront pas les mêmes que celles attendues du tiers ayant pour mission de les rapprocher en vue de la résolution amiable du conflit (2°).

##### 1° Les compétences et qualités de l'expert

218. ***La valeur de l'expertise.*** De l'expert on attendra une bonne connaissance du domaine considéré, une certaine compétence, mais également d'autres qualités plus personnelles en raison de la finalité du processus, le règlement amiable du conflit. En matière d'expertise judiciaire, l'expert « se doit d'être un bon pédagogue et de sa pédagogie résulte souvent l'acceptation générale de son analyse par les intéressés et, partant, l'aptitude pour celle-ci à devenir le socle d'une transaction avant jugement. La pédagogie de l'expert constituera alors le moyen de faciliter l'évolution des certitudes initiales des parties et la rencontre de celles-ci en une position médiane »<sup>1</sup>. Ces qualités personnelles sont d'autant plus importantes lorsque l'expert est sollicité dans le cadre d'une procédure de traitement amiable des différends, puisque la finalité même de ces interventions est de rapprocher les parties en vue d'une résolution amiable du conflit.

La compétence technique de l'expert mais également sa renommée pourront être considérées comme des facteurs d'accélération d'une procédure juridictionnelle ultérieure. En effet, l'éventuelle valeur judiciaire de l'expertise doit être abordée dans la mesure où l'expertise est non contraignante pour les parties, le litige pouvant par la suite devoir être tranché par une juridiction. Or la compétence de l'expert ainsi que sa notoriété influent également sur la valeur du rapport émis par celui-ci aux yeux des juges. Au sujet de rapports d'expertises pourtant réalisées non contradictoirement, la Cour d'appel de Paris a été jusqu'à énoncer que : « (ces rapports) émanent toutefois d'auxiliaires de justice bien connus de la cour pour leur compétence et leur impartialité et que leur avis peut constituer un élément d'appréciation »<sup>2</sup>. De la compétence de l'expert découle surtout la confiance qu'auront les parties en son appréciation. Une expertise amiable réalisée par un tiers dont les parties considèrent qu'il a une mauvaise connaissance du sujet n'aura que très peu de chances de rapprocher les parties, l'information étant alors considérée comme non fiable. Or la confiance des parties est primordiale dans ces modes de traitement des conflits puisque seule leur volonté pourra les guider vers une issue amiable.

##### 2° Les compétences et qualités du médiateur

219. ***L'importance de la personnalité du médiateur.*** Il est généralement préconisé que le médiateur possède une certaine connaissance du domaine contemplé par le conflit, de manière à pouvoir comprendre les données du problème et proposer des solutions réalistes. Plus importante encore semble être sa connaissance des techniques de médiation. Ses qualités

---

<sup>1</sup> D. Faisantieu : « Le point de vue des conseils techniques des parties », in *Expertise et Conciliation*. Actes du colloque du 9 avril 2009, disponible : <http://www.cnideca.fr/PDF/Colloque-09-04-2009.pdf>.

<sup>2</sup> CA Paris 26 mars 1992, juris-data n° 1992-020873.



personnelles sont également un facteur important de la confiance que les parties pourront lui accorder. Il doit pouvoir être considéré comme une figure calme et respectueuse des parties, être doté d'une bonne faculté d'écoute et être perspicace pour savoir décoder les points d'achoppement éventuels dans les non-dits. « Pour le médiateur, la médiation est un art, depuis toujours art des bons offices, de la persuasion, œuvre de sagesse »<sup>1</sup>.

Bien que représentant un tiers « horizontal », qui se situe entre les parties, il n'est ni au dessus, à l'inverse du juge, qui représente un tiers « vertical », le médiateur peut, par ses qualités personnelles, représenter un atout mais également un danger. « L'ascendant personnel du médiateur peut déterminer les parties à accepter les solutions auxquelles, laissées seules en face l'une de l'autre, elles n'auraient jamais adhéré »<sup>2</sup>. Un tel constat est à double tranchant : le médiateur peut inciter les parties à la concorde. Il ne faut cependant pas qu'il incite une partie à accepter une solution désavantageuse pour elle, sous prétexte de formaliser un accord et de mettre fin au conflit, fut-ce par une solution insatisfaisante. La participation des conseils à la médiation pourra utilement contrecarrer ces effets potentiellement néfastes du processus amiable. C'est la raison pour laquelle les garanties fondamentales du procès civil pourraient trouver à s'appliquer même dans les procédures non-contentieuses, l'impartialité attendue du tiers devant lui imposer la neutralité nécessaire au juste exercice de sa mission, même en l'absence de décision autoritaire.

## B. La posture du tiers relativement à sa mission

220. **Impartialité et indépendance du tiers.** Les conditions d'impartialité et d'indépendance du tiers sont posées, pour l'œuvre juridictionnelle, par l'article 6 §1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, qui proclame le droit à un procès équitable. Or dans les modes consensuels de règlement des conflits, il n'est en aucun cas question de procès. Ces garanties, que rien n'impose aux parties de faire leurs dans le cadre de leurs procédures amiables, semblent cependant devoir être assurées, d'une part afin de servir la conception que l'on se fait de la Justice, d'autre part pour que ces modes alternatifs soient efficaces. Mais cette « exigence d'indépendance et d'impartialité ne s'apprécie pas de la même manière selon qu'elle concerne un juge ou un médiateur »<sup>3</sup>. Le respect de ces exigences ne semble par ailleurs pas d'une même importance selon qu'il s'agit de l'impartialité (1°) ou de l'indépendance (2°).

### 1° La condition essentielle : l'impartialité

221. **Le caractère fondamental de l'exigence.** L'impartialité semble devoir être la qualité première attendue de tout tiers amené à influencer sur la relation des parties. Cette exigence, unanimement reconnue comme fondamentale<sup>4</sup>, renvoie avant tout à l'honnêteté intellectuelle dont saura faire preuve le tiers, à sa faculté d'évacuer tout *a priori* et préjugé, à sa capacité à ne

<sup>1</sup> G. Cornu : « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *RIDC* 1997, p. 313, *sp.* p. 323.

<sup>2</sup> H. Motulsky : *Écrits t. II : études et notes d'arbitrage*. Préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, Dalloz 1974, *sp.* p. 36.

<sup>3</sup> S. Guinchard et alii : *Droit processuel ; Droits fondamentaux du procès*. 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, *sp.* n° 594, p. 1307.

<sup>4</sup> Et explicitement intégrée dans la définition des médiation et conciliation conventionnelles contenues dans le Code de procédure civile à l'article 1530.

pas prendre parti ou encore à se placer à « une juste distance »<sup>1</sup>. Qu'il soit médiateur ou expert, la partialité du tiers entraînera la perte de confiance d'une partie, et fera selon toute probabilité échouer la tentative de règlement amiable. Pire, une telle partialité du tiers pourrait aboutir à des accords amiables défavorables à une partie car fortement mis en avant par le « quasi-arbitre »<sup>2</sup> dont l'autorité trop marquée ou les conséquences attachées au non respect de ses recommandations peuvent parfois pousser les parties à transiger. La partialité manifeste semble cependant *a priori* peu dangereuse dans les procédures amiables n'aboutissant pas à une décision autoritaire : si elle est dramatique lorsque le tiers partial dispose d'un pouvoir sur les parties, lorsque ces dernières sont seules juges de la solution à apporter à leur conflit, le tiers partial sera simplement discrédité et la procédure infructueuse dès lors que des suites trop contraignantes à l'échec des négociations n'ont pas été définies. Il ne faut cependant pas négliger l'influence que peuvent avoir les tiers sur les parties, surtout si l'une d'entre elles est déjà, par rapport à son cocontractant, en position d'infériorité. L'absence de neutralité du tiers pourra alors la convaincre de s'incliner et de conclure un accord en sa défaveur.

Plus que toute autre condition, la partialité du tiers est de nature à anéantir l'intérêt du processus, la confiance étant le pivot des volontés des parties sans lequel elles ne se rencontreront jamais. C'est la raison pour laquelle des auteurs se prononcent en faveur du respect de garanties minimales dans le déroulement de ces processus amiables<sup>3</sup>, quelle que soit d'ailleurs la mission, contraignante ou non, confiée au tiers.

## 2° L'indépendance: une condition facultative ?

222. **Indépendance du tiers et volonté des parties.** L'indépendance, conçue comme l'absence de liens de subordination, d'amitié ou autre avec une des parties, apparaît moins essentielle que la condition d'impartialité au bon déroulement d'un processus amiable. Si l'impartialité est centrale dans la mission de tout tiers, son indépendance peut parfois apparaître comme une garantie supplémentaire de son impartialité, sans laquelle pourtant elle peut parfaitement subsister. Ainsi, si l'acte de juger doit nécessairement être encadré par des principes rigoureux, celui de renseigner en vue de permettre d'effectuer un libre choix pourrait se permettre une certaine souplesse par rapport à ces principes, en raison de la moindre gravité de ses conséquences. La garantie d'indépendance du médiateur n'est d'ailleurs pas explicitement visée par l'article 1530 du Code de procédure civile définissant la médiation et la conciliation conventionnelles, ni dans la directive du 21 mai 2008 qui en est à l'origine<sup>4</sup>.

Présente dans le Code national de déontologie des médiateurs<sup>5</sup> et dans le code de conduite européen pour les médiateurs<sup>1</sup>, elle pourrait cependant, selon nous, être écartée par la volonté

<sup>1</sup> D. N. Commaret : « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.* 1998, chron. p. 262.

<sup>2</sup> B. Oppetit : « Arbitrage, médiation et conciliation », *Rev. arb.* 1984, p. 307 et s.; R. David : *L'arbitrage dans le commerce international*. Economica, 1982, *sp.* n° 4, p. 12 : « La pression de l'opinion publique, celle d'un certain groupe, peuvent être telles que l'on soit en fait obligé de "consentir" à la solution de "conciliation" qui est proposée ».

<sup>3</sup> Sur le *mini trial*, v. M.-D. Douaoui : « Les garanties processuelles fondamentales des parties dans le *mini trial* », *RDAl* 2000, p. 599.

<sup>4</sup> Ce qui a d'ailleurs été déploré : N. Nevejans : « L'ordonnance du 16 novembre 2011 ; un encouragement au développement de la médiation ? », *JCP* 2012, n° 6, p. 148 ; on peut cependant se demander si cette omission est volontaire, ou si le législateur considère désormais qu'indépendance et impartialité ne recouvrent en réalité qu'une seule et même notion ; sur le sujet, v. Th. Clay : *thèse préc. sp.* p. 232.

<sup>5</sup> au § 1.2.1.

des parties, dès lors que les liens de dépendance sont révélés. Il semble en effet que si la dépendance peut en toute logique questionner la réelle impartialité du tiers dépendant, une telle impartialité dépendra de manière décisive des qualités personnelles du tiers. Un tiers dépendant pourrait tout à fait se révéler impartial. Sa position sera inconfortable, mais n'emportera pas nécessairement un préjugement en faveur ou en défaveur d'une partie. La dépendance du tiers pourrait apparaître indifférente en raison de la confiance que les parties ont en sa personne. L'aspect *intuitu personae*, qui se comprend au regard des qualités personnelles du tiers susceptible d'assurer le succès de ces procédures, explique que son indépendance puisse paraître facultative.

Dès lors que cette dépendance est prise en considération par la partie envers laquelle le tiers est indépendant, et qu'elle lui renouvelle sa confiance en connaissance de cause, la sanction de la dépendance du tiers devrait pouvoir être abandonnée. Ce faisant, et à l'instar des mécanismes à l'œuvre en matière d'arbitrage<sup>2</sup>, les parties renoncent non pas à l'indépendance du tiers, mais renoncent simplement à considérer que cette dépendance révélée affecte son impartialité. Il ne pourrait cependant en être ainsi que dès lors que la relation des parties en présence n'est pas considérée comme affectée d'un déséquilibre structurel. C'est la raison pour laquelle notamment il semble déconseillé de ne pas exiger une telle indépendance dans les médiations ou expertises amiables réunissant des parties aux pouvoirs inégaux. L'absence d'indépendance a motivé la critique du système antérieurement mis en place par la FIDIC qui confiait une mission délicate à l'ingénieur, contractant du maître d'ouvrage, de se prononcer sur les différends pouvant l'opposer à l'entrepreneur. Le règlement de la CCI relatif aux *Dispute Boards* prévoit ainsi la signature d'une déclaration d'indépendance et impose à la charge de l'expert pressenti une obligation de révélation persistante tout au long de son mandat<sup>3</sup>. Une telle démarche ne peut qu'être conseillée dans les procédures amiables de traitement des conflits faisant intervenir un tiers.

Pour conserver l'indépendance du tiers sous peine de compromettre, peut-être, son jugement, et bien plus certainement le sentiment de neutralité qu'il doit inspirer aux parties, il semble recommandé que les frais liés à ces procédures soient, par principe, partagés par parts égales entre les parties, et que le contrat qui les lie soit tripartite. Du fait de la nature continue de l'obligation d'indépendance, le tiers devra s'astreindre à notifier aux parties, dès leur survenance, les événements pouvant entraîner des suspicions sur son indépendance et/ou son impartialité vis-à-vis de chacune d'elles.

223. ***Une exigence par défaut.*** De manière générale, même s'il nous semble pouvoir être dérogé, dans certaines conditions, au principe selon lequel le tiers doit être indépendant il est préférable de prévoir, par défaut, cette qualité du tiers. Que le tiers soit facilitateur ou source d'une information, il semble essentiel que son indépendance et son impartialité soient assurées. « L'intérêt est que ce tiers ne soit pas désigné par un juge mais par les parties et que chaque partie ne désigne pas "son expert" mais se met d'accord avec l'autre pour un expert "commun",

---

<sup>1</sup> au §2.1, disponible : [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_fr.pdf)

<sup>2</sup> Il en va ainsi en matière d'arbitrage, Th. Clay : « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2006, pan. 3026 ; v. *not.* CA Paris, 1<sup>er</sup> Ch. C, 18 nov. 2004 ; *Rev. arb.* 2004, p. 192 et p. 196, note L. Perreau-Saussine ; CA Paris, 10 mai 1994 ; *Rev. arb.* 1996, p. 66, obs. Ch. Jarrosson ; CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C, 12 déc. 1996 ; *Rev. arb.* 1998, p. 699 et p. 700, note D. Bureau.

<sup>3</sup> V. article 8 du règlement de la CCI relatif aux *Dispute Boards*.

impartial et objectif »<sup>1</sup>. Imposées pour l'expert et le médiateur judiciaires<sup>2</sup>, ces caractéristiques devraient également être exigées par les parties mettant en place des procédures faisant intervenir un tiers, et ce quelle que soit sa mission. « Le défaut d'indépendance de l'expert, sans rendre son rapport irrecevable, ne peut manquer d'altérer très fortement la force de conviction qu'il exercera »<sup>3</sup>. En cas d'échec des processus, le résultat de l'expertise amiable pourrait par ailleurs se révéler utile dans une procédure ultérieure et aura alors d'autant plus de force que ces qualités d'indépendance et d'impartialité du tiers seront indiscutables.

Si les principes d'indépendance et d'impartialité du tiers doivent s'imposer quel que soit le processus tant par devoir que dans un souci d'efficacité mais plus fortement encore comme vecteurs menant à la justice, fut-elle celle décidée par les parties, l'application indistincte du principe du contradictoire semble plus discutable.

## §2 Les conditions relatives à la qualité de la procédure

224. **La nécessaire souplesse des principes applicables aux processus amiables.** Le principe du contradictoire, « cette justice du 2 + 1 »<sup>4</sup>, semble déterminant pour assurer l'efficacité des modes alternatifs de règlement des conflits. Principe directeur du procès équitable, essentiel dans toute procédure juridictionnelle, notamment pour assurer l'impartialité du juge, ce principe semble, dans les modes alternatifs de règlement des conflits, pouvoir et même parfois devoir être conçu avec souplesse lorsque l'objectif de la procédure amiable est la concorde (A). Le principe de la publicité des débats, principe général du droit<sup>5</sup> et directeur du procès civil<sup>6</sup>, d'ordre public devant les juridictions étatiques<sup>7</sup> est quant à lui posé comme exception dans les modes alternatifs de règlement des conflits. La confidentialité qui domine ces processus<sup>8</sup> représente un atout pour les parties désireuses de ne pas rendre public leur désaccord, et leur permet de réserver leurs droits si une procédure juridictionnelle devait faire suite à l'échec du processus amiable. Les parties sont ainsi libres de déterminer par leurs stipulations si ces procédures devront être couvertes par un secret absolu, ou aménagé (B).

### A. Le principe du contradictoire

225. **Une importance fonction du modèle dominant.** Le principe du contradictoire doit-il s'imposer au tiers lorsque celui-ci ne rend qu'un avis, ou n'a pour mission que de tenter de rapprocher les parties ? Il semble que le respect de ce principe ne soit pas requis dès lors que le tiers ne dispose d'aucun pouvoir sur les parties<sup>9</sup>. Ce principe, d'une importance centrale en

<sup>1</sup> A. Outin-Adam et S. Henry : « Quelques autres modes de règlement des litiges », *Gaz. Pal.* 28 juin 2007, n° 179, p. 88.

<sup>2</sup> Article L. 131-5 du CPC.

<sup>3</sup> O. Leclerc : « L'indépendance de l'expert », in K. Favro (dir.) : *L'expertise : enjeux et pratiques*. éd. Lavoisier/ Tec&Doc, coll. « sciences du risque et du danger », 2009, p. 167.

<sup>4</sup> M.-A. Frison-Roche : « 2+1 = la procédure », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (dir.) : *La justice – l'obligation impossible*. Autrement, Séries Morales, n°16, 1999, p. 214, *sp.* p. 224.

<sup>5</sup> CE, 4 oct. 1974, *Dame David* ; *JCP* 1975, II, 17967, note R. Drago ; *D.* 1975, p. 369, note J.-M. Auby ; *RTD civ.* 1975, p.174, obs. Ph. Jestaz et p. 354, obs. J. Normand.

<sup>6</sup> Article 22 du CPC.

<sup>7</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 févr. 2000, n° 98-22395, non publiée.

<sup>8</sup> *V. not.* S. Carré : « La confidentialité dans le règlement amiable des litiges », *PA* 5 et 8 août 1994, n° 93 et 94, p. 11.

<sup>9</sup> Ch. Jarroson : « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RIDC* 1997, p. 325, *sp.* p. 341 : « on ne peut ici exiger l'application du principe de la contradiction ».

matière juridictionnelle est également essentiel pour l'efficacité de ces modes amiable de règlement des conflits<sup>1</sup>. Une partie qui aurait le sentiment de ne pas avoir été entendue, ou de ne pas avoir pu discuter les éléments du différend soulevés par l'autre partie ne saurait avoir confiance en l'avis du tiers ou en sa mission d'intermédiation. C'est la raison pour laquelle ce principe directeur du procès doit être considéré comme un élément important des modes de traitement amiable des conflits. L'intensité de cette importance dépend cependant de l'archétype informationnel ou communicationnel auquel emprunte le processus considéré.

226. **Dans l'expertise.** La nature contradictoire des opérations d'expertise est un point important, à double titre. D'une part, le respect du contradictoire permet à chacune des parties de faire valoir ses observations relativement aux constatations de l'expert. Cette faculté renforce le sentiment qu'ont les parties de l'objectivité déployée par l'expert lors de ses travaux, ce qui est un facteur déterminant pour leur acceptation du rapport. Ensuite, au niveau procédural, le respect du contradictoire lors des opérations d'expertise permettra, en cas d'absence d'accord entre les parties, de faire du rapport un élément de preuve plus fort, voire de rendre inutile l'expertise judiciaire, et d'économiser ainsi temps et argent dans le procès civil à suivre. L'interprétation *a contrario* d'une jurisprudence récente de la Cour de cassation<sup>2</sup> incitait en effet à admettre que le juge puisse s'appuyer exclusivement sur ce rapport contradictoire pour prendre sa décision, alors qu'une expertise effectuée sans contradiction peut valoir en tant que simple élément de preuve<sup>3</sup> dès lors que le rapport a pu être contradictoirement discuté par les parties<sup>4</sup>. Plus récemment encore, il a été admis dans une décision laissant « perplexe », qu'un rapport d'expertise « versé aux débats et soumis à la discussion contradictoire des parties » pouvait seul fonder la décision des juges du fond<sup>5</sup>. Il semble cependant que l'évolution en ce sens ne soit pas encore franchement décidée, une décision de la première Chambre civile de la Cour de cassation se prononçant en sens contraire<sup>6</sup>. Or « le poids de l'expertise amiable peut influencer de manière si prépondérante l'appréciation des faits par le

---

<sup>1</sup> Sur son respect en matière d'expertise, v. P. Julien : « Principe de la contradiction et expertise en droit privé », in *La procédure dans tous ses états. Mélanges J. Buffet*, éd. Petites Affiches, 2004, p. 293.

<sup>2</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 févr. 2010, n° 09-10631 ; *Bull. civ.* III, n° 31 ; *D.* 2010, p. 439, note Y. Rouquet ; *RDC* 2011, n°1, p. 199.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 26 janv. 2012, n° 10-11528, non publiée ; Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-12008, non publiée ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 sept. 2006, n° 05-14333 ; *Bull. civ.* II, n° 225, p. 212 ; *AJDI* 2007, p. 562, note Ch. Denizot ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 24 sept. 2002, n° 01-10739 ; *Bull. civ.* I, n° 220, p. 169 ; *D.* 2002, IR, 2777 ; *Procédures* 2002, n° 200, obs. R. Perrot ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 11 mars 2003, n° 01-01430 ; *Bull. civ.* I, n° 70, p. 53 ; *D.* 2005, Jur. p. 46, note G. Cavalier ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 13 avr. 1999, n° 96-19733 ; *Bull. civ.* I, n° 134, p. 87 ; *D.* 1999, IR, p. 137 ; *RTD civ.* 1999, p. 671, obs. J. Patarin ; Cass. com. 26 oct. 1982, n° 81-11323 ; *Bull. civ.* IV, n° 327 ; V. Vigneau : « Propos d'ouverture », in *Expertise et Conciliation. Actes du colloque du 9 avril 2009*, disponible : <http://www.cnideca.fr/PDF/Colloque-09-04-2009.pdf>, sur le sujet, v. ég. T. Moussa : « L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction », *Rencontres Université- Cour de cassation*, 23 oct. 2004, *BICC* hors série, n° 3, p. 51.

<sup>4</sup> Cass. Ch. Mixte, 28 sept. 2012, n° 11-18710 ; *Bull. ch. Mixte*, n° 2 ; *D.* 2012, p. 2317 : « si le juge ne peut refuser d'examiner une pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire, il ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties » ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 juill. 2011, n° 10-22749, non publiée.

<sup>5</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 sept. 2011, n° 10-19919 : « ayant relevé que le rapport d'expertise avait été versé aux débats et soumis à la discussion contradictoire des parties, c'est sans méconnaître les dispositions de l'article 16 du Code de procédure civile que la cour d'appel s'est déterminée en considération de ce seul rapport » ; *Bull. civ.* II, n° 166 ; *Procédures* 2012, comm. 3, R. Perrot ; *AJDI* 2012, p. 283, note H. Heugas-Darraspen.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2012, n° 10-18853 ; *Bull. civ.* I, n° 20 ; *D.* 2012, p. 446 ; *JCP* 2012, n° 7, 160, obs. G. Deharo ; sur la question, v. E. Jeuland et C. Charbonneau : « Le caractère contradictoire du rapport d'expertise : une contradiction en haut lieu ? » *JCP* 2012, n° 11, 340 ; R. Perrot : « Expertise : la place de la contradiction ? », *D.* 2012, p. 374.

tribunal que la possibilité de la contester seulement devant la juridiction n'est pas suffisante dès lors que la contradiction n'a pu être apportée au cours des opérations d'expertise elles-mêmes »<sup>1</sup>. Le respect du contradictoire dans les modes de résolution s'appuyant sur la perfection de l'information des parties semble ainsi essentiel à leur réussite.

La motivation des avis du tiers expert semble également importante dans les modes de traitement basés sur l'information<sup>2</sup>. Une telle motivation sera apte à informer les parties non seulement sur la réponse à la question posée au tiers, mais également sur le cheminement ayant abouti à une telle conclusion. Elle leur permettra ainsi de vérifier que le tiers a pris en compte les éléments du conflit qu'elles lui ont soumis. Elle leur permettra également de vérifier la fiabilité de son jugement, processus nécessaire à son appropriation par les parties, ou de déterminer en quoi il leur semble contestable. Les pistes envisageables ainsi que l'opportunité de mettre fin au conflit ne leur en apparaîtront qu'avec plus de clarté.

Dans les systèmes étudiés plus haut, notamment l'avis technique amiable de la CCI, la contradiction est le principe. Le règlement du CMAP précise que, par défaut, les recherches effectuées par l'expert pour remplir la mission qui lui a été confiée par les parties sont effectuées contradictoirement. Ce n'est que sur demande conjointe des parties qu'il sera autorisé à se rapprocher d'un rôle de médiateur en entendant séparément chacune des parties. Une telle solution se justifie en raison de la mission qui est confiée à ce tiers, dont le but de l'intervention est d'éclairer les parties sur une situation de fait ou de droit, sans tenter nécessairement de les concilier. L'approche semble devoir être différente lorsque la mission principale qui est confiée au tiers est de tenter de rapprocher les parties pour faciliter un règlement amiable non par l'information, mais par la facilitation de la communication.

227. **Dans la médiation ?** Faciliter la reprise du dialogue entre les parties implique parfois la communication privée et confidentielle entre le tiers facilitateur et chacune des parties séparément. Cette pratique des « caucus », ou des « navettes » est parfois nécessaire à la réussite d'une médiation : « cette « navette », alternant avec les réunions plénières, est le plus souvent le seul moyen de rapprocher les parties, pas à pas, d'explication en explication, concession après concession »<sup>3</sup>. Nous partageons, avec d'autres auteurs<sup>4</sup>, l'opinion du professeur Charles Jarrosson qui estime que « le principe de la contradiction ne peut s'appliquer tel quel à la médiation »<sup>5</sup>, à moins que les parties ne l'aient expressément conçu ainsi dans les stipulations relatives au processus. En l'absence de précision, l'application stricte de ce principe devrait être écartée, sous peine d'affaiblir les chances de succès de cette méthode de traitement amiable des conflits. Appliquer souplement le principe de la contradiction n'implique pas pour autant que ces navettes soient effectuées en secret. S'il peut être souhaitable qu'une partie n'assiste pas à certains entretiens entre son adversaire et le médiateur, cette partie devrait cependant être informée de la tenue de ces réunions. Le professeur Xavier

---

<sup>1</sup> G. Cavalier : « Principe du contradictoire en matière d'expertise amiable », note sous Cass. 1<sup>o</sup> civ., 11 mars 2003, n<sup>o</sup> 01-01430 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 70, p. 53 ; *D.* 2005, jur. p. 46.

<sup>2</sup> Ph. Malinvaud : « Réflexions sur le "Dispute Adjudication Board" », in *Études offertes à P. Catala*. Litec, 2001, p. 241.

<sup>3</sup> Ch. Jarrosson : « Chronique de modes alternatifs de règlement des conflits : Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *RGDP* 1999, p.764.

<sup>4</sup> X. Lagarde : « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », in P. Chevalier, Y. Desdevises et Ph. Milburn (dir.) : *Les modes alternatifs de règlement des litiges : Les voies nouvelles d'une autre justice*. Mission de recherche Droit et Justice, La documentation française, 2003, p. 45 et s.

<sup>5</sup> Ch. Jarrosson : « Chronique de modes alternatifs de règlement des conflits : Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *RGDP* 1999, p.764.

Lagarde propose ainsi la prévision de trois garde-fous : « le respect d'un principe de transparence dans la conduite de la procédure, l'assistance effective de chacune des parties par un conseil qualifié, une garantie de célérité »<sup>1</sup>. La transparence, la loyauté et plus généralement la confiance en le déroulement des opérations de médiation, gages de son succès, seraient ainsi préservées tout en ménageant une certaine place à la confidentialité.

## B. Le principe de la confidentialité

228. **Avantages et inconvénients de la confidentialité.** On peut s'interroger sur l'opportunité d'imposer la confidentialité aux rapports issus de ces modes de traitement amiable des conflits d'évaluation, notamment du fait de l'hybridation parfois opérée entre l'expertise « pure », dans laquelle le tiers joue un rôle de facilitateur par l'information mais de ne formule en aucun cas de recommandations pour tenter de résoudre le litige, et la médiation sous couvert d'expertise qui semble se déployer « officieusement » dans nombre de ces procédures de traitement des différends d'évaluation.

D'un côté, le rapport du tiers ou son avis pourrait utilement valoir à titre de preuve, et permettre de faire l'économie de mesures superfétatoires en cas de soumission du litige à l'œuvre juridictionnelle. Informé par les constatations du tiers, le juge pourrait en effet se décider en prenant en compte le résultat de ces procédures amiables. Cependant dès lors que les parties, en confiance du fait du rôle non assumé du médiateur expert, lui ont révélé des informations en vue de trouver un rapprochement amiable, il ne semblerait pas souhaitable que le résultat de ces procédures puisse être produit devant un juge. Cela ne pourra être le cas que si le médiateur expert fait preuve d'une discipline personnelle en s'interdisant de consigner éventuellement dans son rapport ou dans ses recommandations les informations que les parties ont précisées être confidentielles ou qui pourraient raisonnablement être considérées comme telles par un tiers avisé.

La limite de ces modes amiables de traitement des différends se fait alors jour : efficaces en pratique pour tenter de trouver un accord transactionnel, ils peuvent se révéler potentiellement nuisibles dans une approche contentieuse consécutive à l'échec des négociations. Par ailleurs, le fait de pouvoir verser les constatations ou recommandations du tiers dans une procédure contentieuse ultérieure peut être moteur pour inciter la partie envers laquelle l'avis est défavorable à transiger, peut être pour de mauvais motifs. Le règlement d'expertise de la CCI a choisi comme système par défaut que le rapport de l'expert sera recevable dans toute procédure juridictionnelle ultérieure<sup>2</sup> mais prévoit que toute information, fournie par le centre ou les parties, sera traitée comme confidentielle par l'expert, qui ne pourra donc pas en faire état dans son rapport. Le règlement de la CCI relatif aux *Dispute Boards* prévoit également que les déterminations du *board* sont recevables dans toute procédure juridictionnelle<sup>3</sup>. Le système inverse est adopté par le CMAP dans son règlement relatif à l'avis technique amiable, selon lequel, sauf dérogation expresse des parties, ces dernières s'interdisent de produire l'avis dans une procédure juridictionnelle consécutive<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> X. Lagarde : « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », in P. Chevalier, Y. Desdevises et Ph. Milburn (dir.) : *Les modes alternatifs de règlement des litiges : Les voies nouvelles d'une autre justice*. Mission de recherche Droit et Justice, La documentation française, 2003, *sp.* p. 49.

<sup>2</sup> Règlement d'expertise de la CCI, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, article 12.4.

<sup>3</sup> Article 25 du règlement de la CCI relatifs aux *Dispute Boards*.

<sup>4</sup> Article 9.4.78 du règlement du CMAP sur l'ATA.

Les enjeux soulevés par la question de la confidentialité du résultat du processus amiable dépendent intimement de la mission qui a été confiée au tiers et suit en toute logique l'application, dans le cadre de ce processus amiable, du principe de la contradiction et dans une certaine mesure de celui de la confidentialité des opérations qui s'y sont déroulées. S'agissant d'opérations d'expertise ou de recherche d'informations afin d'éclairer les parties et leurs permettre de négocier sur des éléments factuels établis, rien ne semble réellement s'opposer à la production en justice du résultat de ces opérations si le rapport ne contient pas d'informations divulguées sous le sceau de la confidentialité par les parties. Ne pas permettre à une partie d'utiliser ce résultat reviendrait en effet à faire perdre aux parties tout le bénéfice de la procédure amiable. Il serait dans ce cas essentiel que soit offerte à son adversaire la faculté de critiquer tant la méthode employée que le résultat atteint en se fondant notamment sur l'irrespect de certains principes essentiels afin de s'assurer de la qualité du processus employé pour obtenir le résultat invoqué.

À l'inverse, s'agissant de processus fondés sur une tentative de réconciliation relationnelle ou de négociation, la divulgation du résultat de ces négociations ne semble pas présenter d'intérêt dans le cadre d'une procédure ultérieure. En effet, à moins de s'orienter vers une sanction de l'absence de résultat des négociations à l'encontre de la partie considérée comme, en quelque sorte, déraisonnable, l'échec des négociations ne semble pas de nature à faire évoluer positivement les débats dans le cadre d'une procédure juridictionnelle. L'utilisation du résultat de la procédure, par un rapport du tiers négociateur par exemple, pourrait même apparaître dangereuse dans la mesure où la confidentialité revêt le plus souvent une grande importance pour le succès de ces processus et que le principe du contradictoire n'y est généralement pas strictement observé.



\*  
\*   \*  
\*

### *Conclusion du Titre 1<sup>er</sup>*

229. ***L'appréhension contractuelle du conflit et de son traitement non-juridictionnel.*** L'aspiration des parties à contrôler la survenance et le traitement des conflits nés du contrat par le contrat lui-même se montre très forte. Le juge appuie la liberté contractuelle des parties en donnant, le plus souvent, un effet utile aux stipulations sur mesure qu'elles élaborent afin de répondre à leurs besoins diversifiés et nouveaux. La volonté des parties exprimée dans le contrat se manifeste ainsi à plusieurs stades du conflit. Dès la conclusion du contrat, les clauses pénales ou résolutoires expresses apportent une solution déterminée au conflit avant même qu'il soit né. Les stipulations appréhendant les difficultés et organisant des procédures de traitement des conflits fondent leurs espoirs sur la volonté des parties, une fois le différend survenu, pour y mettre fin amiablement. À défaut, elles organisent des procédures de traitement des conflits par le contrat.

Les stipulations préventives, dont l'objet est d'éviter la survenance du conflit lui-même, participent d'un élan nouveau, d'une volonté de bloquer l'avènement du contentieux. Les peines privées incitatives de l'exécution et les procédures d'encadrement de l'exécution du contrat en sont de bons exemples, dans lesquels la volonté exprimée lors de la conclusion du contrat s'imposera pour prévenir puis, le cas échéant, régler le conflit sans avoir recours au juge. L'objectif de dissuasion d'agir en justice ressort également de nombre de stipulations. La dissuasion considérée s'appuie alors sur la certitude. Les clauses limitatives de responsabilité, les peines convenues ou encore les clauses abusives réalisent ainsi la dissuasion d'agir en justice par la certitude, que celle-ci soit d'ailleurs fondée ou non.

À leur manière, les procédures de traitement écartent également les parties du procès en organisant une sorte de dérivation préalable, voire définitive, à l'œuvre juridictionnelle. Les clauses organisant le recours à ces processus constituent probablement la manifestation la plus éclatante de l'aspiration des parties de gérer leurs conflits par leur volonté, et ce même lorsqu'elles font appel à un tiers. Qu'il s'agisse du traitement des conflits relationnels ou des conflits d'évaluation, les interventions des tiers ont souvent pour objet d'éclairer les parties afin de tenter de résoudre amiablement le différend par leur volonté conjointe. De nombreuses stipulations empruntant à différentes techniques, telles la médiation ou l'expertise, sont nées du constat que le procès se révèle souvent un mauvais remède lorsqu'il s'agit de traiter un différend rapidement et à moindre coûts.

La volonté des parties a aussi parfois pour ambition de compenser les insuffisances du droit français dans l'appréhension de certaines situations. Les solutions consacrées par la jurisprudence française apparaissant inadaptées aux souhaits des parties, elles pallient parfois la non reconnaissance de la théorie de l'imprévision par des stipulations dont la rédaction minutieuse a pour vocation d'encadrer l'imprévisible et ses effets sur la relation contractuelle.

230. ***La confiance en la volonté renouvelée des parties.*** Une large place est faite à la volonté renouvelée des parties dans ces modes alternatifs de traitement des conflits, la recherche de la concorde étant érigée comme objectif premier dans nombre de ces processus. La volonté initiale des parties fait alors appel à la volonté future des contractants pour éviter le procès. Cette volonté renouvelée ne constitue cependant pas une garantie de la fin du conflit.

Certains projets ou situations, particulièrement les contrats d'envergure ou se déployant sur le long terme, méritent ainsi un traitement tout particulier. L'absence de volonté renouvelée des parties peut être supplée par des mécanismes empruntés aux techniques du droit civil pour la fixation par un tiers d'un élément du contrat, lequel s'imposera aux parties en cas d'échec des procédures volontaristes. Le tiers va alors faire irruption dans la sphère contractuelle sur invitation des parties pour traiter de manière autoritaire le désaccord et permettre, souvent, la survie du contrat et la continuation des relations entre les parties. Le rôle qui leur est alors confié est tout à fait original, puisque les parties vont se fier à lui pour dispenser la voix de la raison qu'elles ont échoué à trouver.

231. ***Dissuasion au fond et droit du contrat.*** Il ressort qu'une grande liberté est laissée aux parties pour gérer leur contentieux futur par le contrat. La volonté des parties constitue une source intarissable d'innovation, la pratique découvrant des remèdes spécifiques aux différents types de conflits qui pourraient advenir. Cette liberté doit cependant être encadrée, parfois outragée pour éviter qu'elle n'aboutisse à des situations contraires à l'idée de la Justice. Cette emprise se justifie en raison de la grande proximité de ces stipulations avec le « fond » du contrat, avec sa substance. S'agissant des instruments classiques opérant une dissuasion d'agir en justice par la certitude, le principe de la liberté des conventions sous couvert duquel s'exerce la gestion des conflits est ainsi tempéré par les correcteurs de la bonne foi et de l'abus, qui fixent les limites dans lesquelles la force obligatoire des conventions peut se déployer. Au-delà de ces limites, que sont le « manifestement excessif », la « contradiction avec l'obligation essentielle » ou la mise en œuvre de mauvaise foi de la clause résolutoire, la volonté des parties de gérer leur conflit par la dissuasion tombe face aux notions d'abus et d'utilité de la convention.

Ces garde-fous, laissés à l'appréciation des juges, apparaissent parfois mouvants, de nature à déjouer les prévisions légitimes des parties. L'interventionnisme judiciaire dans la gestion du conflit par les parties apparaît alors comme un élément regrettablement perturbateur. Cette protection, qui peut parfois apparaître excessive ou mal venue, se manifeste cependant également de manière bien plus positive dans la lutte contre la dissuasion illégitime d'agir en justice opérée par les clauses abusives imposées aux consommateurs. La récente réforme opérée par la loi du 17 mars 2014, en améliorant de manière notable les sanctions des comportements répréhensibles à l'encontre des consommateurs, est de nature à susciter l'espoir que la dissuasion opérée par les professionnels sur les consommateurs finisse par cesser. Le mouvement de balancier entre liberté et prohibition des abus apparaissait en effet jusqu'alors défavorable non pas à celui qui entendait écarter les réclamations de son cocontractant mais précisément à la partie dont la protection est ambitionnée.

Est en quelque sorte consacrée une protection « contre » le contrat, plus précisément contre les dérives auxquelles la trop grande liberté contractuelle des parties est susceptible de laisser la place. La notion de raisonnable et celle de cohérence semble ainsi encadrer le fond du contrat et enserrer la volonté des parties dans un cadre normalisé, dicté par la finalité du contrat, conçu comme un vecteur d'échange et non de domination d'une partie sur l'autre. D'autres limites à la volonté des parties semblent devoir prévaloir s'agissant des modes alternatifs de traitement des conflits élaborés par les parties.

232. ***MARC et droit du procès.*** En raison de leur proximité avec le procès et de leur influence sur l'action en justice, les modes alternatifs de résolution des conflits sont souvent mieux appréhendés par le droit processuel que par les mécanismes du droit commun des conventions. L'emprise du droit des contrats se fait moins forte sur ces modes alternatifs

élaborés par les parties. Il se révèle d'ailleurs dans certaines hypothèses manifestement impuissant à assurer l'application effective de ces clauses en raison du caractère inapproprié de la réponse qu'il peut apporter à l'inexécution d'une obligation de recourir à ces méthodes de gestion du conflit. C'est le cas pour la clause de médiation dont on a vu que la sanction par le droit du contrat était problématique. L'invocation de l'exception d'inexécution à l'encontre d'un contractant qui ne se plie pas à son obligation de renégocier le contrat ou la caducité pourraient cependant constituer des pistes pour contraindre ledit contractant récalcitrant sur le fondement contractuel. Mais l'admission de ces outils d'origine contractuelle comme moyens de pression reste à tout le moins hypothétique.

La procédure civile prend alors le relais tant pour assurer l'effectivité des clauses de médiation que pour inspirer les principes supplétifs nécessaires à l'efficacité de ces modes de traitement amiables. L'influence de la clause de médiation sur la procédure devrait également être reconnue aux autres clauses imposant un préalable à l'action, et emporter les mêmes conséquences processuelles en cas de non respect. Ces clauses partagent en effet le même but de tenter de régler le conflit sans passer en première intention devant un juge. Celui-ci devrait en ce sens leur apporter son concours afin de faire respecter, par les parties, leur propre volonté initiale de tenter d'éviter une solution juridictionnelle à leur conflit. Les clauses prévoyant que les différends survenant entre les parties devront être soumis au *Dispute Board* avant d'être tranché par un juge en cas de contestation devraient ainsi être gratifiées du levier processuel accordé à la clause de médiation préalable.

L'unification du régime des stipulations ayant pour ambition d'évincer l'appréciation judiciaire pourrait par ailleurs être l'occasion de rechercher une conséquence processuelle plus adaptée à leur non respect. La qualification de fin de non-recevoir semble en effet à certains égards peu adéquate. Elle permet un détournement dilatoire peu souhaitable de ces stipulations. Si la qualification de fin de non-recevoir devait être conservée, la renonciation à ces préalables à l'action dès lors que les parties ont participé sans réserve à la procédure juridictionnelle devrait alors être admise plus largement. Une telle solution présenterait en effet l'avantage d'éviter que ces stipulations soient invoquées à des fins dilatoires pour faire échec à la procédure alors que les parties s'y sont pliées de bonne grâce, faisant ainsi logiquement prévaloir dans la gestion de leur conflit leur volonté actuelle commune, passer au contentieux juridictionnel, sur leur volonté initialement cristallisée dans le contrat.

## TITRE 2 - L'organisation du contentieux

233. *L'emprise de la volonté sur l'action en justice.* Certaines clauses stipulées par les parties ont pour but d'éloigner l'action en justice, ou plutôt de la prévenir, soit en amoindrissant l'intérêt qu'elle pourrait présenter dans certaines circonstances, soit en lui substituant des modes de résolution des conflits alternatifs. Pour assurer leur efficacité, la jurisprudence confère à certaines stipulations des conséquences procédurales, qui devraient pouvoir bénéficier à l'ensemble des modes alternatifs de règlement des litiges ayant pour objectif d'écarter le traitement juridictionnel du litige. La clause de médiation préalable, sorte de fer de lance de ces stipulations particulières, a ainsi pour effet de rendre l'action en justice irrecevable tant que la voie de la concorde n'a pas été explorée. En ce sens, ces stipulations aménagent de manière indirecte et temporaire l'action en justice à la disposition des parties au contrat.

Plus proches du procès, certaines clauses ont pour but premier d'aménager directement et durablement l'action en justice. Or le droit d'agir en justice est un droit fondamental<sup>1</sup>, garanti par l'article 6 §1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, notamment du fait de l'interprétation qui en a été logiquement faite par la CEDH dans l'arrêt *Golder*<sup>2</sup> qui a estimé que les garanties procédurales du procès équitable ne se comprennent que si le prérequis du droit d'accès à un tribunal est également garanti. En ce sens, « équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès »<sup>3</sup>. Le droit d'agir est également consacré par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 8 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies, qui consacrent ainsi le droit au juge, véritable pilier de la notion de procès équitable. Ces textes imposent aux états de permettre l'accès à un tribunal et consacrent le droit pour toute personne à ce que sa cause soit entendue. La jurisprudence de la CJCE, du Conseil constitutionnel et des juridictions nationales françaises consacre également ce droit à un recours juridictionnel<sup>4</sup>.

On pressent d'emblée que l'aménagement négatif direct de l'action en justice ne sera pas largement admis au nom du respect du droit fondamental d'agir en justice. Pour autant tout aménagement de l'action en justice n'est pas radicalement hors de portée des parties. Dans une certaine mesure, elles peuvent en effet directement attenter à leur droit d'agir en justice, voire exclure certaines modalités de l'exercice de ce droit. Les stipulations telles que celles abrégant les délais de prescription et celles interdisant les recours entendent ainsi circonscrire en les retreignant les possibilités d'une action en justice (Chapitre 1<sup>er</sup>). Les parties peuvent également,

---

<sup>1</sup> M. Brandac : « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mél. en l'honneur de R. Perrot*. Dalloz, 1996, p. 1.

<sup>2</sup> CEDH 21 février 1975, *Golder*, série A, n°18 ; *AFDI* 1975, 330, note R. Pelloux ; F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire et M. Levinet : *Grands Arrêts de la CEDH*, 5<sup>e</sup> éd., PUF, 2005, n°26, p. 275, obs. A. Gouttenoire.

<sup>3</sup> Considérant n°35. v. ég. Cass. 1<sup>e</sup> civ., 16 mars 1999, n° 97-17598 ; *Bull. civ. I*, n° 92 p. 61 ; *RTD civ.* 1999, p. 469, obs. R. Perrot ; *D.* 1999, IR, 101. Ce droit d'accès à un tribunal connaît cependant certaines exceptions, sur lesquelles v. J.-P. Costa : « Le droit à un tribunal et ses limites selon la jurisprudence de la CEDH », in *La procédure dans tous ses états, Mélanges en l'honneur de J. Buffet*. éd. Petites affiches, 2004, p. 159.

<sup>4</sup> Pour un panorama complet, v. *not.* L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, p. 555.

moins radicalement, aménager l'action en justice entre elles, impactant alors médiatement les tiers intéressés, ou les conséquences d'un litige sur leur relation (Chapitre 2).

## Chapitre 1<sup>er</sup> - La restriction de l'action en justice

234. **Renoncer à agir en justice dès le contrat.** Pour le justiciable, l'exercice effectif du droit d'agir en justice n'est qu'une simple faculté. Il ne saurait lui être imposé d'agir en justice pour faire valoir ses droits. « La liberté d'agir a pour corollaire la liberté de ne pas agir »<sup>1</sup>. La question qui se pose alors est celle de savoir s'il est possible, dans la convention initiale des parties, de renoncer ou de prévoir des entraves à ce droit fondamental et si c'est le cas, sous quelles conditions. S'il est évident qu'une partie dispose de la faculté de ne pas agir en justice alors qu'elle pourrait formuler une prétention dès lors que les droits en question sont disponibles, la validité d'un tel engagement dès la conclusion d'un contrat apparaît plus discutable, en raison de la contradiction intrinsèque qu'elle recèle. « Vouloir ne pas demander justice est étrange. Quelle vision a pu conduire les parties à concevoir tel acte juridique ? »<sup>2</sup>.

Les parties peuvent être tentées d'exclure radicalement le traitement juridictionnel d'un différend qui viendrait à les opposer dans le contrat qu'elles s'approprient à conclure. Pour « faire taire la clameur du procès, rompre avec ses longueurs, ses incertitudes, son coût et l'arbitraire du juge »<sup>3</sup>, inconvénients majeurs fréquemment dénoncés du recours à une juridiction, les parties recourent en pratique assez fréquemment à des stipulations affectant la possibilité même d'une action en justice.

235. **Action en justice et droit substantiel.** Il convient dans un premier temps de bien cerner l'objet même de ces clauses tendant à « neutraliser » l'action en justice, cette « ombre de tous les droits, dont elle assure la mise en œuvre »<sup>4</sup>. Nous n'entrerons pas dans les détails des nombreuses controverses doctrinales affectant la nature de l'action<sup>5</sup>. Il nous suffit pour la présente étude de savoir qu'elle est définie par l'article 30 du Code de procédure civile comme « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ». Il ressort de la rédaction de cet article que l'action est distincte du droit substantiel, mais lui reste intimement liée, par des « liens inextricables »<sup>6</sup>. Distincte donc du droit subjectif objet de la prétention mais également de la demande en justice, qui est la concrétisation de la virtualité de la faculté d'agir en justice, ou encore de l'accès aux tribunaux, l'action est « la faculté d'obtenir d'un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise »<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> L. Cadiet : *Découvrir la justice*. Dalloz, 1997, *sp.* p. 220.

<sup>2</sup> N. Cayrol : *Les actes ayant pour objet l'action en justice*. Préf. F. Grua, Thèse, Economica, 2001, *sp.* p. 6.

<sup>3</sup> N. Cayrol : *thèse préc. sp.* n° 368, p. 221.

<sup>4</sup> N. Cayrol : *thèse préc. sp.* n°12, p. 17.

<sup>5</sup> L'action en justice est conçue par le professeur Henry Motulsky comme un droit subjectif dont le sujet passif est le juge, par d'autres auteurs comme une faculté, un pouvoir ou une possibilité. J. Héron et Th. Le Bars considèrent que l'action se confond en réalité avec la demande (*Droit judiciaire privé*. Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 2012, *sp.* n°45).

<sup>6</sup> S. Amrani-Mekki : *Le temps et le procès civil*. Préf. L. Cadiet, Dalloz, 2002, *sp.* n° 55, p. 49.

<sup>7</sup> H. Motulsky : « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Écrits, études et notes de procédure civile*. Préf. G. Bolard, Dalloz, 2009, p. 95.

Sous certaines conditions, la volonté des parties peut directement affecter le droit d'agir en justice dont elles disposent par la stipulation d'un « moyen de défense procédural d'origine contractuel »<sup>1</sup>. Il en est ainsi des clauses de non recours (Section 1<sup>ère</sup>), par lesquelles les parties conviennent de ne pas exercer une action en justice, mais également des clauses abrégant les délais de prescription de l'action (Section 2), qui constituent autant d'entraves conventionnelles à l'exercice du droit d'agir en justice. Ces stipulations, qu'on a pu englober dans la catégorie plus vaste des « neutralisations d'action »<sup>2</sup>, manifestent la volonté des parties de « sortir de la juridicité »<sup>3</sup>.

## Section 1<sup>ère</sup> La fermeture de l'action

236. **Définition et conséquences des clauses de non-recours.** Stipulées dans une large palette de contrats<sup>4</sup>, les clauses de non recours peuvent être définies comme les stipulations ayant pour objet d'interdire à une partie d'intenter une action en justice contre son cocontractant, emportant « un abandon volontaire de l'objet d'une prétention ou du droit d'être entendu par le juge »<sup>5</sup>. Les conséquences d'un tel accord de volonté des parties sont donc particulièrement énergiques, puisque celui-ci tend à éloigner du juge et, partant, du droit, toute contestation qui pourrait naître relativement à l'objet visé. Cet effet rigoureux justifie la grande suspicion entourant ces stipulations et le contrôle attentif dont elles font l'objet, notamment dans les contrats de consommation<sup>6</sup> ou dans les contrats dans lesquels un déséquilibre structurel est avéré. Sans entrer dans les controverses concernant la nature de cette clause<sup>7</sup>, nous ferons usage de la terminologie employée par la doctrine majoritaire qui utilise le terme « renonciation » pour désigner les effets des clauses de non recours.

Si l'invalidité de principe des clauses emportant renonciation générale à la faculté d'agir en justice est fermement établie (§1<sup>er</sup>), les clauses de renonciation à une action déterminée sont valables sous certaines conditions (§2) et emportent, en cas de violation, une sanction toute aussi particulière que l'est leur objet (§3).

### §1<sup>er</sup> La prohibition des clauses de non recours d'une portée trop générale

---

<sup>1</sup> N. Cayrol : *thèse préc.* sp. n° 271, p. 165.

<sup>2</sup> Le terme de neutralisations d'action est utilisé par le professeur Nicolas Cayrol pour désigner les « actes ayant pour objet de réduire à rien, ou presque rien, la recevabilité des prétentions litigieuses » (*thèse préc.* sp. n° 264, p. 160). Cette catégorie englobe également, entre autres, la transaction.

<sup>3</sup> N. Cayrol : *thèse préc.* sp. n° 266, p. 161.

<sup>4</sup> N. Cayrol : *thèse préc.* sp. n° 375, p. 224.

<sup>5</sup> Ph. Delebecque : « Les renonciations à recours », in *Études offertes au doyen Ph. Simler*. Dalloz, Litec, 2006, p. 565.

<sup>6</sup> L'article R 132-2 du Code de la consommation présume abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet de « 1° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges. ». Déjà en ce sens, v. A.-S. Chrétien : *Contrat et action en justice*. Thèse, L. Cadet (dir.), Nantes, 2000, sp. n° 528, p. 434.

<sup>7</sup> Certains auteurs voient en ces clauses de simples obligations de ne pas agir en justice, à la nature contractuelle très marquée. En ce sens, Philippe Grignon avance que « l'obligation de ne pas agir en justice n'ayant pas pour objet de déposséder le titulaire de son droit d'agir en justice mais de lui imposer de ne pas le mettre en œuvre, l'engagement souscrit ne peut, ainsi, être l'expression d'une renonciation à un droit » (« L'obligation de ne pas agir en justice », in *Mél. Ch. Mouly*, Litec, 1998, p. 124.) ; Le professeur Nicolas Cayrol estime que ces clauses de non recours sont en réalité des fins de non-recevoir conventionnelles.

237. **La négation de tout engagement.** La volonté des parties de maîtriser le contentieux ne bénéficie pas d'une puissance absolue. Les parties ne peuvent ainsi prévoir une renonciation trop générale à l'action en justice, qui bousculerait les fondements mêmes de leurs engagements. Une telle stipulation à vocation processuelle est alors rattrapée par ses effets néfastes sur le contrat, et en cela saisie par le droit commun des conventions et plus spécifiquement par la notion de cause, dont on a déjà vu qu'elle pouvait se révéler fort active. Il est en effet acquis qu'une clause de non recours par laquelle une partie évincerait le traitement judiciaire de tout contentieux susceptible de s'élever entre elle et son partenaire contractuel ne peut être suivie d'effet en raison de la négation de toute obligation qu'une telle stipulation réaliserait. La jurisprudence a eu l'occasion il y a fort longtemps de décider qu'une renonciation générale anticipée au droit d'action d'une partie n'est pas valable. Une telle clause par laquelle une partie s'engagerait « à former, pendant tout le cours du bail, aucune réclamation en dommages-intérêts contre le bailleur, et à intenter contre lui aucune action quelconque devant quelques tribunaux ou cours que ce soit, pour quelque cause que ce soit »<sup>1</sup> serait en opposition avec les engagements du contractant qui souhaiterait s'en prévaloir. Malgré la reconnaissance de la distinction entre l'action et le droit substantiel, l'intimité qui les unit emporte pour conséquence que l'absence d'action nie l'effectivité du droit substantiel<sup>2</sup>. Une telle clause, qui revient en définitive à paralyser l'accès à la justice du locataire, s'oppose manifestement au « principe de tout contrat », puisque les obligations essentielles à un contrat, normalement à la charge d'une partie, se trouvent affectées du vice de potestativité. « Sauf à se faire justice soi-même, la renonciation à la liberté d'accès à la justice est donc une forme d'aliénation, de mise hors-la-loi ou une disparition dans le non droit »<sup>3</sup>, ce que notre système juridique ne saurait souffrir.

L'interdiction des clauses de non recours à caractère trop général trouve par ailleurs un soutien de poids dans l'article 557 du Code de procédure civile, qui prohibe la renonciation à l'appel antérieurement à la naissance du litige. Il peut paraître étonnant qu'une telle disposition n'ait été édictée que pour la procédure en appel. La justification d'une telle omission réside sans doute dans le caractère évident d'une telle règle. En effet, si l'on ne peut renoncer à l'appel avant la naissance du litige, il semble d'autant plus logique qu'on ne puisse renoncer à toute action. C'est le caractère général et abstrait de l'appel qui paraît devoir être mis en lumière et qui interdit fort logiquement que la renonciation générale à saisir le tribunal de première instance soit possible. Les renonciations spécifiques sont en revanche valables sous certaines conditions.

238. **En matière délictuelle.** La Cour de cassation semble avoir adopté une position équivoque s'agissant des renonciations en matière délictuelle. Sans en effet fermer radicalement la possibilité d'une renonciation à agir avant toute demande en justice, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation semble cependant se fonder sur des considérations factuelles afin d'écarter une fin de non-recevoir. Une renonciation à agir, semble-t-il pourtant clairement formulée, a été écartée en raison des circonstances dans lesquelles elle a été effectuée, la haute juridiction retenant que la déclaration de la veuve avait « pu être provoquée par l'engagement d'indemnisation pris »<sup>4</sup>, rapprochant dès lors la

<sup>1</sup> Cass. req. 19 janv. 1863 ; *DP* 1863, p. 248.

<sup>2</sup> W. Baranès et M.-A. Frison-Roche : « Le souci de l'effectivité du droit », *D.* 1996, chron. 301.

<sup>3</sup> N. Cayrol : *thèse préc. sp.* n° 472, p. 278.

<sup>4</sup> Cass. 2° civ., 19 nov. 1998, n° 97-11440 ; *Bull. civ.* II, n° 278, p. 167 ; *Procédures* 1999, n° 1, p. 7, obs. R. Perrot.

renonciation unilatérale de celle qui eut pu être effectuée dans le cadre d'une transaction. Les conditions de l'admission d'une telle renonciation à agir, une fois que les droits pouvant donner lieu à l'action sont nés, semblent ainsi être appréciées avec beaucoup de prudence par les juges. S'il apparaît ainsi qu'une telle renonciation ne soit pas écartée en droit, son appréciation par la jurisprudence semble, dans les faits, de nature à inciter à considérer son avalisation par le juge hautement improbable en cas de contestation. Il en ressort qu'une renonciation à tout droit d'action antérieurement la survenance du dommage en matière délictuelle serait, très probablement, radicalement impossible.

## §2 Les conditions de validité des clauses de non recours

239. **Une renonciation ciblée.** Si une clause portant l'engagement de ne pas agir en justice de manière générale et absolue ne saurait être valable, il est en revanche admis que, par une stipulation contractuelle, une partie puisse renoncer par avance à l'exercice d'une action déterminée, sous certaines conditions, ou pour une catégorie de préjudices définie. En raison des liens étroits qui étreignent action en justice et effectivité des droits substantiels, il semble peu probable qu'une partie puisse valablement exclure tout recours en cas d'inexécution d'une obligation essentielle, alors cependant que le démembrement tant des types de recours que des préjudices pouvant être exclus semble constituer un oasis de liberté, dans lequel ces clauses sont susceptibles de prospérer (A). D'autres clauses de non recours se heurtent à l'obstacle de l'indisponibilité des droits qui en sont l'objet (B). La condition de la temporalité limitée de la clause (C) considérée par un auteur<sup>1</sup> comme nécessaire à la validité des clauses de non recours, apparaît devoir être éprouvée.

### A. Les renonciations aux sanctions de l'inexécution

240. **Le lien entre l'action et le droit substantiel.** Bien qu'il soit aujourd'hui admis que l'action, cette « humble servante du droit subjectif substantiel » selon l'expression du professeur Henri Motulsky<sup>2</sup>, doit être distinguée du droit substantiel, elle ne saurait pour autant s'en détacher totalement. « Les liens qui subsistent entre l'action et le droit substantiel tiennent au fait que l'action réalise la jonction entre le droit substantiel et la procédure pour en assurer la sanction »<sup>3</sup>. Sans pour autant renoncer à toute action pour quelque cause que ce soit, serait-il loisible aux parties de mettre à la charge de l'une d'elle l'obligation de ne pas agir en justice pour obtenir la sanction de l'inexécution du contrat ? En d'autres termes, une clause de non recours peut-elle avoir pour objet d'interdire à une partie d'agir sur le fondement de l'inexécution de l'obligation essentielle du contrat (1°) ? La réponse négative semble s'imposer d'emblée.

Il apparaît cependant concevable que les parties puissent renoncer à une sanction déterminée de l'inexécution, mais également qu'elles puissent renoncer de manière absolue à la sanction de toute obligation qui ne constitue pas l'essence même du contrat. La proximité de fondement avec le régime dégagé au sujet des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité impose en effet la considération de la nature de l'obligation malmenée pour déterminer de

<sup>1</sup> Ph. Grignon : « L'obligation de ne pas agir en justice », in *Mél. Ch. Mouly*. Litec, 1998, p. 127.

<sup>2</sup> H. Motulsky : « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Ecrits, études et notes de procédure civile*. Préf. G. Bolard, Dalloz, 2009, p. 100.

<sup>3</sup> S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand : *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*. Dalloz, 32<sup>e</sup> éd. 2014, *sp.* n°85.



l'applicabilité de la clause de renonciation à recours en la matière. Les solutions dégagées à cet égard devraient ainsi, en toute logique, s'appliquer aux clauses de renonciation à recours<sup>1</sup>. Lorsque c'est l'obligation substantielle elle-même qui est remise en cause par la clause, il semble que toutes les sanctions de l'inexécution ne soient pas considérées sur un pied d'égalité par la doctrine. Il conviendra ainsi de se pencher sur la validité des clauses emportant renonciation aux actions en responsabilité (2°), à la résolution (3°) et à l'exécution forcée du contrat (4°).

1° L'impossible renonciation à toute sanction de l'inexécution d'une obligation essentielle

241. **Une renonciation trop générale.** On le pressent d'emblée, une stipulation par laquelle une partie s'interdirait de réclamer judiciairement la sanction de l'inexécution d'un contrat tendrait à vider de son sens l'engagement contractuel du cocontractant et s'exposerait aux foudres sévissant traditionnellement à l'encontre des clauses exclusives de responsabilité lorsqu'elles touchent aux obligations essentielles. On peut gager que la solution posée par la Cour de cassation dans sa décision du 19 janvier 1863 serait la même en présence d'une clause n'interdisant « que » l'action pour cause d'inexécution du contrat.

Il existe ainsi des raisons de douter de la valeur d'un engagement souscrit par un débiteur dont la sanction en cas d'inexécution ne pourrait être obtenue. En déniait le droit d'action, c'est le droit substantiel lui-même qui est privé de réalisation. C'est alors la force obligatoire de l'obligation essentielle, et par ricochet du contrat qui peut être remise en cause. « La liberté contractuelle d'aménager les suites de l'inexécution contractuelle s'arrête là où commence l'essence du contrat »<sup>2</sup>. Ce raisonnement ne vaut cependant que dès lors que la renonciation a trait à l'obligation essentielle du contrat. La renonciation à la sanction de l'inexécution d'une obligation accessoire à l'obligation essentielle et déterminante du contrat devrait ainsi être admise, et ce même si cela revient en définitive à priver une telle obligation de tout caractère contraignant pour son débiteur, seul restant alors son engagement moral à exécuter une telle obligation.

242. **Le préjudice plancher.** Certaines clauses sont parfois stipulées par lesquelles une partie, voire les deux, s'interdisent de solliciter la sanction de l'inexécution d'une obligation causant un préjudice de peu d'importance relativement au contrat considéré dans son ensemble. Ce préjudice plancher est généralement fixé à un certain montant. Ce faisant les parties entendent s'absoudre de fautes générant peu de conséquences et ne pas s'embarrasser de procédures contentieuses pour des montants considérés trop faibles. Une telle renonciation à agir semble de prime abord concerner exclusivement l'action en responsabilité en raison de son expression en termes monétaires. Pour autant, une telle renonciation ne serait-elle pas susceptible de concerner l'ensemble des actions à la disposition d'un contractant pour sanctionner l'inexécution d'une obligation en imposant un certain niveau de gravité pour actionner la sanction ? Une telle appréhension de cette clause écarterait ainsi radicalement l'exercice de toute sanction de l'inexécution en deçà du seuil défini par les parties. Par ailleurs, concernant le cas précis de l'action en résolution, si une partie accepte de renoncer à agir pour obtenir la sanction d'une violation peu grave de ses engagements, avec des conséquences pécuniaires par

<sup>1</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 23 mai 2013, n° 12-11652, non publiée ; *D.* 2013, p. 2142, note D. Mazeaud.

<sup>2</sup> D. Mazeaud : note sous Cass. Ch. Mixte, 22 avr. 2005 *préc.*, *RDC* 2005, p. 673, à propos de l'arrêt *Chronopost*.

convention qualifiées de négligeables, il est fort probable qu'une telle inexécution soit considérée comme insusceptible d'entraîner la résolution du contrat. Une telle stipulation réaliserait alors en quelque sorte le négatif de la clause résolutoire.

## 2° La validité sous surveillance de la renonciation à l'action en responsabilité

243. **La spécificité de l'action en responsabilité.** L'interdiction d'une renonciation générale à toute sanction de l'inexécution d'une obligation essentielle a poussé certains auteurs à rapprocher clauses élisives de responsabilité et clauses de non recours<sup>1</sup>. Les clauses ne sont certes pas assimilables en raison du changement de perspective quant à l'auteur de la prétention<sup>2</sup> mais c'est toujours au débiteur que ces deux stipulations bénéficieront en définitive. Les deux clauses auraient ainsi le même effet, priver le créancier de demander la réparation du préjudice occasionné par l'inexécution de l'obligation essentielle du contrat, l'une sur le plan des droits substantiels, l'autre au stade de la mise en œuvre de ce droit.

Il apparaît ainsi qu'une obligation de ne pas exercer d'action en responsabilité contractuelle en cas d'inexécution d'une obligation essentielle ne puisse être valable en raison de la chaîne des négations qu'une telle stipulation emporte. Il semble à cet égard que l'action en responsabilité ait une vocation plus étendue que les autres sanctions de l'inexécution. Elle recouvre en effet tant le préjudice résultant de l'absence d'exécution de l'obligation que les conséquences dommageables qu'entraîne l'inexécution. C'est la raison pour laquelle elle semble dépasser le cadre de la seule exécution. Les dommages et intérêts causés par l'inexécution qui sont attribués en sus de la résolution ou de l'exécution forcée en sont la preuve. C'est la raison pour laquelle la renonciation à l'action en responsabilité contractuelle semble devoir être affectée des mêmes restrictions affligeant les clauses limitatives de responsabilité. Cela justifie également que ces limites soient plus étroites que celles encadrant les renoncements aux autres actions assurant la sanction de l'inexécution.

244. **Distinction en fonction du caractère de l'obligation concernée.** Dès lors que la stipulation n'affecterait que la responsabilité relativement à l'inexécution d'une obligation non essentielle du contrat, elle devrait *a contrario* pouvoir être considérée comme valable dans la mesure où l'exclusion de responsabilité relativement à cette obligation le serait. On en déduit que l'oasis de validité applicable à la renonciation à l'action en responsabilité est dans une certaine mesure le décalque de celui dans lequel l'exclusion de responsabilité est susceptible de prospérer et serait soumis aux mêmes exceptions tenant au comportement du débiteur de l'obligation<sup>3</sup>. Après s'être penché sur le cas de l'action en responsabilité, il convient d'examiner le sort des clauses de non recours relatives aux actions résolutoires ou en exécution forcée<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> V. pour ce rapprochement N. Cayrol : *thèse préc. sp.* p. 187 ; Ph. Delebecque : « Les renoncements à recours », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*. Dalloz, Litec, 2006, p. 563, *sp.* p. 572 ; M. Lamoureux : *thèse préc. sp.* n° 363, p. 375.

<sup>2</sup> Le professeur Philippe Delebecque souligne en effet que la renonciation à recours émane du créancier de l'obligation, alors que la clause de non responsabilité est prévue en faveur du débiteur (« Les renoncements à recours », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*. Dalloz, Litec, 2006, p.564).

<sup>3</sup> Relativement à la faute lourde et au dol notamment.

<sup>4</sup> Sur le sujet : M. Lamoureux : *thèse préc. sp.* n° 364 et s., p. 376, notamment sur la probable validité des clauses de renonciation à la réfaction ou au remplacement, qui ne seront pas abordés dans le cadre de cette étude.

### 3° La validité de la renonciation à la résolution judiciaire

245. **La nécessité d'une renonciation non équivoque.** Utilisée principalement dans les contrats de vente, la renonciation anticipée à la résolution judiciaire est généralement accordée en considération de garanties supplémentaires fournies par l'acheteur. Une telle clause de non recours emportant renonciation à la résolution lui permet de s'assurer de conserver la propriété de la chose tout en laissant ouverts d'autres modes de sanction de l'inexécution.

La validité d'une renonciation anticipée à la résolution judiciaire lorsque ce droit n'est pas spécialement désigné comme étant d'ordre public<sup>1</sup> n'en est pas moins controversée en doctrine<sup>2</sup>. Son principe a pourtant été validé par la jurisprudence<sup>3</sup> qui a, en filigrane, admis le principe d'une telle renonciation à la condition qu'elle ne soit pas équivoque<sup>4</sup>. Ainsi, « il doit être permis aux parties de convenir qu'elles se contenteront de l'action en exécution et qu'elles ne demanderont pas la résolution »<sup>5</sup>. Cette solution semble compatible avec la rédaction même de l'article 1184 du Code civil, qui désigne la résolution judiciaire comme « sous entendue » et semble ainsi permettre aux parties de s'extraire de ce principe par l'expression de leurs volontés.

L'admission d'une telle renonciation anticipée ne saurait pour autant se combiner avec d'autres renonciations aux sanctions de l'inexécution et résulter en l'impossibilité de sanctionner le débiteur défaillant. C'est en effet l'enseignement de principe qu'il convient de tirer de la décision sanctionnant une renonciation générale à tous recours. Ainsi, « il semble donc qu'il faille admettre la validité d'une clause de renonciation anticipée au droit de se prévaloir de la résolution judiciaire, lorsque le créancier dispose d'une autre solution pour sanctionner le débiteur défaillant, et la contester dans le cas inverse, au motif qu'elle prive le contrat de sa fonction d'échange »<sup>6</sup>. Une telle position, à la fois raisonnée et conforme à l'idée qu'une obligation dépourvue de sanction n'en est plus réellement une, chasse ainsi en partie les objections qu'a pu susciter la faculté de renoncer à cette sanction. Des objections similaires ont

---

<sup>1</sup> Pour la dissolution anticipée d'une société pour justes motifs prévue par l'art. 1844-7, 5° du Code civil, ou encore l'article R. 132-1, 7° du Code de la consommation qui stigmatise comme irréfragablement abusive la clause ayant pour objet ou pour effet d'« interdire au non-professionnel ou au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service ».

<sup>2</sup> Contre *v. not.* le professeur Philippe Delebecque, note sous Cass. com., 7 mars 1984, n° 82-13041 ; *Bull. civ.* IV, n°93 ; *JCP* 1985, II, 20407, pour qui « on ne saurait donc, en principe, renoncer d'avance à la résolution : ce serait contredire la finalité contractuelle en détruisant l'équilibre même du contrat » ; *v. ég.* R. Cassin : « Réflexions sur la résolution judiciaire pour inexécution », *RTD civ.* 1945, p. 177, n°11 ; en faveur de la validité d'une telle renonciation : M.-E. Pancrazi-Tian : *La protection judiciaire du lien contractuel*. Préf. J. Mestre, PUAM, 1996, *sp.* n°312, p. 258 ; J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau : *Les effets du contrat*. LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2001, *sp.* n° 451, p. 511.

<sup>3</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 nov. 2011, n° 10-26203 ; *Bull. civ.* III, n° 178 ; *D.* 2011, p. 2795 et 2012, p. 495, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *RTD civ.* 2012, p. 114, obs. B. Fages ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 11-12, p. 22, comm. D. Houtcieff ; *PA* 19 janv. 2012, n° 14, p. 3, note C. Delobel ; *CCC* 2012, n° 2, comm. 36, L. Leveneur ; *JCP* 2012, 63, obs. P. Grosser ; *LEDC* 2011, n° 11, p. 4, obs. O. Deshayes ; Cass. com., 2 déc. 1974, n° 73-12843 ; *Bull. civ.* IV, n° 306, p. 253 ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 1965, n° 63-10812 ; *Bull. civ.* I, n° 88 ; *JCP* 1965, II, 14187 ; Cass. com., 14 mars 1950, *Bull. civ.* II, n°104 ; *JCP* 1950, II, 5694, obs. D. Bastian.

<sup>4</sup> Cass. com., 7 mars 1984, n° 82-13041 ; *Bull. civ.* IV, n°93 ; *RTD civ.* 1985, p. 164, obs. J. Mestre ; *JCP* 1985, II, 20407, note Ph. Delebecque ; *RTD com.* 1985, p. 352, n°11, obs. J. Hémard, B. Bouloc ; Cass. Req. 24 mars 1931 ; *JCP* 1931, II, p. 784 ; *RTD civ.* 1931, p. 889, obs. R. Demogue.

<sup>5</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette : *Droit civil, Les obligations*. Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2009, *sp.* n°665, p. 677.

<sup>6</sup> J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau : *Les effets du contrat*. LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2001, *sp.* n° 451, p. 512.

été soulevées concernant la faculté pour les parties de renoncer par avance à solliciter l'exécution forcée de la convention.

#### 4° La validité de la renonciation à l'exécution forcée

246. **L'exécution forcée ou la fidélité au lien contractuel.** L'exécution forcée en nature du contrat bénéficie, depuis la moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, de la préférence d'une grande partie de la doctrine<sup>1</sup> alors même qu'elle constitue parfois la sanction de l'inexécution la plus inefficace de la palette à la disposition du créancier<sup>2</sup>. Elle représente la sanction la plus proche de ce que pourrait souhaiter le créancier de l'obligation inexécutée puisque réalisant, par la contrainte, l'exécution exacte des obligations légitimement attendues par le contractant déçu. L'exécution forcée en nature présente également l'avantage d'écarter les erreurs d'estimations qui pourraient survenir en cas d'appréciation judiciaire de la réparation due pour compenser l'inexécution. Des auteurs considèrent ainsi que l'exécution forcée du contrat n'est qu'une suite de sa force obligatoire et que, partant, il ne devrait pas être possible d'y renoncer sous peine de nier le contrat lui-même<sup>3</sup>.

Il a cependant été relevé qu'une telle position confondait la force obligatoire du contrat, qui doit donner lieu à une exécution « spontanée » de ses obligations par le débiteur et la sanction de l'inexécution<sup>4</sup> que représente l'exécution forcée. Si d'autres sanctions de l'inexécution restent à la disposition du créancier, la force obligatoire du contrat reste intacte puisque par hypothèse l'inexécution sera susceptible d'emporter une sanction. Cette position est celle adoptée par la jurisprudence. La Cour de cassation a en effet validé une telle clause portant renonciation à l'exécution forcée<sup>5</sup>, alors même que la renonciation était implicite puisqu'elle a été déduite par la Cour de cassation de la seule stipulation entre les parties de sanctions spécifiques à l'inexécution d'une obligation donnée. Cette décision a été décriée par certains commentateurs qui se sont inquiétés du fait qu'elle pourrait « impliquer la mise à l'écart de l'exécution en nature en présence de toute clause relative aux sanctions de l'inexécution et serait, alors, une nouvelle étape dans le déclin de la force obligatoire des contrats »<sup>6</sup>.

247. **L'inadéquation de la renonciation implicite.** Il semble en effet que l'admission de la renonciation implicite à une sanction déterminée du seul fait de la stipulation d'une autre sanction soit contestable<sup>7</sup>. À l'examen de ces décisions, Mme Lamoureux a noté qu'il

<sup>1</sup> Pour une étude de cette idéalisation de l'exécution forcée en nature, v. Y.-M. Laithier : *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*. Préf. H. Muir-Watt, Thèse, Bibl. dr. privé, t. 419, LGDJ, 2004, *sp.* p. 37.

<sup>2</sup> A. Ogus et M. Faure : *Économie du droit : le cas français*. Avant propos L. Vogel, éd. Panthéon Assas, 2002, *sp.* p. 110.

<sup>3</sup> En ce sens Ph. Delebecque : « Les renonciations à recours », in *Études offertes au doyen Ph. Simler*. Dalloz, Litec, 2006, p. 563 et s., *sp.* p. 571 : « Du reste, certains droits peuvent être considérés comme inhérents à telle ou telle situation contractuelle ou même à l'existence d'une relation contractuelle. C'est ce qui nous fait douter de la validité des renonciations à toute action en exécution forcée, lorsque celle-ci est possible, car il s'agit de l'action contractuelle par essence ».

<sup>4</sup> Y.-M. Laithier : *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*. Préf. H. Muir-Watt, Thèse, Bibl. dr. privé, t. 419, LGDJ, 2004, *sp.* n°37, p. 58.

<sup>5</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> févr. 1994, n° 92-12621, non publiée ; *RJDA* 1994, n°620, p. 506 ; *D.* 1996, som. p. 290, obs. J.-M. Mousseron, J. Schmidt et J.-C. Galloux ; *JCP E* 1995, I, 439, n° 7, obs. A. Wyvekens.

<sup>6</sup> J.-M. Mousseron, J. Schmidt et J.-C. Galloux, note sous Cass. com., 1<sup>er</sup> févr. 1994 *préc.*, *D.* 1996, somm. p. 290.

<sup>7</sup> En ce sens not. L. Weiller : *La liberté procédurale du contractant*. Préf. J. Mestre, PUAM, 2004, *sp.* n°34, p. 62.

semblerait que la renonciation aux sanctions de l'inexécution du contrat puisse être implicite : le seul fait de stipuler une clause visant une sanction déterminée, telle celle organisant la sanction par les dommages-intérêts, suffirait pour découvrir une renonciation implicite du contractant aux autres modes de sanction de l'inexécution<sup>1</sup>. Or une telle reconnaissance de possibles renonciations implicites est des plus particulières, notamment au regard des conséquences de l'insertion des clauses limitatives de responsabilité, des clauses pénales ou encore des clauses résolutoires expresses. Il en est généralement admis que la stipulation de telles clauses n'emporte pas, à défaut de stipulation contraire, de renonciation aux autres modes de sanctions à la disposition du créancier en cas d'inexécution<sup>2</sup>. Mme Lamoureux en conclut que « l'admission des renonciations anticipées aux sanctions de l'inexécution du contrat serait donc finalement telle que dans certains cas les parties devraient s'en prémunir par la stipulation de clauses de non-renonciation expresses pour faire obstacle à une renonciation implicite »<sup>3</sup>.

L'admission de ces renonciations implicites est par ailleurs critiquable au regard de la notion de renonciation, conçue comme « l'acte juridique unilatéral par lequel le titulaire abdique une prérogative ou un ensemble de prérogatives »<sup>4</sup>. Certes, dans le cadre des clauses de non recours, la renonciation en cause ne semble pas devoir être qualifiée d'acte unilatéral dans la mesure où elle fait partie intégrante d'un contrat dont elle participe de l'économie, ce qui devrait d'ailleurs être pris en compte pour la mettre à l'écart dans certaines circonstances. S'il est admis qu'une renonciation puisse être tacite<sup>5</sup>, la manifestation de volonté doit en tous cas être non équivoque. Or on peut douter que la renonciation implicite aux autres sanctions de l'inexécution, par la seule stipulation d'une clause en prévoyant une, s'accorde harmonieusement avec la maxime selon laquelle « la renonciation ne se présume pas »<sup>6</sup>. Ces considérations laissent à penser que la décision malheureuse ne devrait pas faire jurisprudence relativement à l'admission, trop large en l'espèce, de la renonciation tacite à tous autres modes de sanction de l'inexécution. La validité de la renonciation anticipée à l'action en exécution forcée devrait néanmoins rester acquise.

---

<sup>1</sup> *Contra* M. Storck : V° Résolution judiciaire, in *J.-Cl. Civil Code*, art. 1184, fasc. 10, n°17 : « la renonciation ne se présume pas et doit être non équivoque : la jurisprudence a tendance à ne pas admettre l'existence de renonciations tacites, découlant de la seule stipulation d'une autre clause » ; en ce sens, Cass. com., 7 mars 1984, n° 82-13041 ; *Bull. civ.* IV, n°93 ; *RTD civ.* 1985, p. 164, obs. J. Mestre ; *JCP* 1985, II, 20407, note Ph. Delebecque.

<sup>2</sup> Pour la clause pénale : Cass. 1<sup>e</sup> civ., 21 mars 1995, n° 93-12177, non publiée ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 22 févr. 1978, n° 76-13828 ; *Bull. civ.* III, n°99, p. 77 ; *Rev. Loyers* 1978, p. 297 : « la stipulation d'une clause pénale à défaut d'exécution d'une convention n'emporte pas de plein droit renonciation du créancier à poursuivre la résolution de cette convention » ; Il a cependant été argué qu'en stipulant une clause résolutoire de plein droit sans mise en demeure, le créancier renoncerait nécessairement à l'exécution forcée dans ce cas, puisque la résolution interviendrait automatiquement du seul fait de l'inexécution, sans qu'une manifestation de volonté du créancier de s'en prévaloir ne soit nécessaire. *v. not. J.-Cl. Civil code*, article 1184, fasc. 20, n°20. Il nous semble cependant qu'une telle analyse doive être réfutée dans la mesure où la sanction de la résiliation, y compris de plein droit, ne devrait être qu'au seul bénéfice du créancier de l'obligation inexécutée, *v. supra* n° 46.

<sup>3</sup> M. Lamoureux : *thèse préc. sp.* n°370, p. 386.

<sup>4</sup> D. Houtcieff : V° Renonciation, in *Rép. civ.* n°1.

<sup>5</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 avr. 2004, n°01-04196 ; *Bull. civ.* II, n° 175, p. 147.

<sup>6</sup> Sur la critique de la maxime en elle-même, *v. F. Dreifuss-Netter : Les manifestations de volonté abdicatives*. Préf. P. Tercier, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CLXXXV, 1985, *sp.* n° 131 p. 123 : « La maxime "la renonciation ne se présume pas" nous paraît tout à fait insuffisante pour caractériser l'interprétation des manifestations de volonté abdicatives. Est-ce à dire que les autres manifestations de volonté se présument ? »

248. ***Une admission large conditionnée à l'absence de contradiction aux engagements contractuels.*** Il était nécessaire d'étudier la faculté de renonciation aux sanctions de l'inexécution afin de vérifier la permanence de la force obligatoire du contrat. De cette étude se dégage une impression de liberté contrôlée. La volonté des parties, nous l'avons vu, peut exclure conventionnellement le recours à la justice pour des actions déterminées. En revanche, la volonté des parties d'aménager les sanctions applicables en cas d'inexécution n'est pas pour autant libre d'écarter radicalement le traitement juridictionnel du litige. En définitive, si les parties sont libres du choix de la sanction, elles ne peuvent par ces stipulations ruiner la force obligatoire de la convention qui les lie. L'objet processuel de la clause ne la dispense pas du respect des conditions relatives à la convention qui la contient. Dès lors que la clause contredirait la validité même de l'engagement, elle devra ainsi céder le pas face à l'utilité de la convention.

249. ***Vers la reconnaissance d'autres causes d'inapplicabilité des clauses de non recours ?*** La proximité avec le régime de l'obligation essentielle dégagee au sujet des clauses limitatives de responsabilité est manifeste. Dans les deux cas, des limites à l'applicabilité des clauses sont fixées afin de ne pas ruiner l'utilité ou la cohérence même du contrat. On peut se demander si l'emprunt au régime de l'applicabilité de la clause limitative de responsabilité ne devrait pas être étendu aux clauses de non recours qui partagent la même ambition défensive. Ne serait-il pas en effet envisageable d'interdire au débiteur d'une obligation non exécutée de se prévaloir de la fin de non-recevoir conventionnelle prévue par le contrat dès lors que ce qui lui est reproché est d'une certaine gravité, voire confine à la mauvaise foi ? Car si en effet les clauses limitatives de responsabilité sont sanctionnées dans ces hypothèses de faute lourde ou de dol, pourquoi les clauses de non recours ne le seraient-elles pas ? De manière générale, on peut se demander si une catégorie à part entière de clauses, que l'on pourrait qualifier de « défensives », ne devraient pas être affectées par ces causes d'inapplicabilité, en dehors de toute problématique liée à leur validité, afin de les priver d'effet, par une sorte de déchéance contractuelle. La moralisation contractuelle sous-jacente à une telle mise à l'écart de ces clauses ne semble pas plus frappante que celle qui irrigue l'inapplicabilité des clauses limitatives de réparation et présenterait l'intérêt de ne pas permettre à un contractant habile ou en relative position de force de se dédouaner, par le contrat, des conséquences de comportements présentant une certaine gravité.

Au-delà des obligations essentielles qui forment en quelque sorte le véritable noyau de l'engagement des parties, la clause de non recours peut également avoir pour objet une myriade de droits gravitant autour du contrat. Le point de fuite dictant la validité de la clause de non recours qui les affecte semble devoir être non plus la force obligatoire du contrat, mais l'ordre public qui se traduit en la matière par la disponibilité des droits en cause.

#### B. La condition de la disponibilité des droits

250. ***La confrontation entre volonté et ordre public.*** En raison du lien fort qui étroit l'action en justice au droit substantiel dont elle assure l'effectivité, lorsque le droit substantiel est indisponible, la renonciation à l'action l'est aussi nécessairement. « Lorsque les parties règlent l'exercice de leurs prérogatives judiciaires, elles ne font pas autre chose que de modifier l'étendue de leurs droits. Aussi, comme l'attraction du droit fondamental se fait sentir ici très fortement, elles ne peuvent disposer de leur faculté d'agir que dans la mesure où elles sont

maitresses de leurs droits »<sup>1</sup>. La volonté des parties, confrontée à son contradicteur le plus vigoureux, l'ordre public, voit son efficacité réduite à néant. Un bon exemple est fourni par la clause dans laquelle les parties conviendraient de ne pas agir en nullité contre le contrat qui la contient.

251. ***L'impossible renonciation à la nullité du contrat.*** La doctrine<sup>2</sup> et la jurisprudence, plus sévères que certains outils de référence<sup>3</sup>, s'accordent sur le fait que les clauses de renonciation contenues dans un contrat qui auraient pour objet d'interdire au contractant d'agir en nullité dudit contrat sont nulles, et ce que la nullité concernée soit relative ou absolue. On ne saurait renoncer à une nullité absolue, puisque par définition ce sont les intérêts de la société toute entière qui sont alors en cause. Quant à la nullité relative, conséquence de la violation d'une règle d'ordre public de protection, on ne saurait non plus y renoncer par anticipation. « L'ordre public protecteur intervient pour assurer l'entière liberté du contractant le plus faible contre le contractant le plus fort ; il manquerait complètement son but si la personne protégée pouvait y renoncer au moment où il contracte »<sup>4</sup>. Les stipulations tendant à renoncer à une nullité découlant de l'ordre public de protection sont donc interdites en considération du moment de leur conclusion. Pour autant, si une clause de renonciation anticipée à nullité est inefficace, il convient de noter que les parties peuvent, par d'autres stipulations contractuelles, au moment de la conclusion du contrat, efficacement écarter le prononcé de la nullité sans frontalement dénier la faculté d'action de la partie qui souhaiterait s'en prévaloir par des moyens détournés<sup>5</sup>.

252. ***La renonciation dans le temps.*** Les clauses renonçant à l'action en nullité sont cependant valables dès lors que la protection envisagée aura pu avoir un effet utile. Ainsi, « si toute clause emportant par avance renonciation au bénéfice d'une protection légale est nulle, toute partie peut faire abandon d'un droit prévu dans son intérêt, lorsqu'il est définitivement acquis »<sup>6</sup>. On peut s'interroger sur les raisons incitant la jurisprudence à refuser une renonciation anticipée à une nullité relative postérieurement à la conclusion du contrat. La nullité relative étant édictée comme sanction devant bénéficier à la seule partie protégée, une fois qu'une telle protection a pu utilement se déployer postérieurement au contrat, devrait-il être interdit aux parties d'y renoncer et de « couvrir » cette nullité relative ? Il semble qu'aucun obstacle ne puisse alors s'opposer à la reconnaissance d'une renonciation conventionnelle par la partie protégée à une nullité relative, dès lors que la protection justifiant l'instauration d'une telle nullité a bénéficié du temps nécessaire pour se déployer.

La faculté de renoncer conventionnellement à une action est ainsi subordonnée à la qualification d'ordre public du droit substantiel qui la sous-tend. Or on sait les difficultés

---

<sup>1</sup> J. Vincent : « La procédure civile et l'ordre public », in *Droit privé, propriété industrielle littéraire et artistique, Mélanges en l'honneur de P. Roubier*. Dalloz Sirey, 1961, p. 303 et s, *sp.* n°10, p. 307.

<sup>2</sup> F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette : *Droit civil, Les obligations*. Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2009, *sp.* n° 403, p. 417 ; P. Bouzat : « De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité », *Rev. Crit. Lég. et jur.* 1934, p. 350 ; G. Couturier : *La confirmation des actes nuls*. Préf. J. Flour, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 121, 1972, *sp.* n°250.

<sup>3</sup> Certaines stipulations portant renonciation à certaines causes de nullités, telles l'erreur par exemple, trouvent grâce aux yeux des principes Unidroit et des principes du droit européen du contrat. En revanche, les renonciations aux nullités pour des causes que l'on pourrait qualifier de déloyales sont expressément interdites ; sur le sujet, v. M. Lamoureux : *thèse préc. sp.* n°392, p. 412.

<sup>4</sup> M. Gégout : V<sup>o</sup> Ordre public et bonnes mœurs, in *J. Cl. Civil code*, art 6. Fasc. II, 1979, n°28.

<sup>5</sup> Sur le sujet, voir notamment l'étude des clauses de constatations dans la thèse de Mme Lamoureux (*thèse préc. sp.* p. 421).

<sup>6</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 29 oct. 1970, n° 69-11287 ; *Bull. civ.* III, n°553, p. 402.

inhérentes à la notion d'ordre public, qui « emprunte (...) une partie de sa majesté au mystère qui l'environne »<sup>1</sup>. C'est probablement une des raisons qui motivent certaines précisions législatives quant à la possibilité de renoncer ou non à une action déterminée, comme on en trouve exemple en matière de succession<sup>2</sup> ou relativement à l'action directe des sous-traitants contre le maître d'ouvrage<sup>3</sup>.

### C. La condition de la durée limitée de l'abstention

253. **Une condition discutable.** L'article de Philippe Grignon sur « l'obligation de ne pas agir en justice » analysant ses conditions de validité, cite au nombre de ces dernières la limitation dans le temps d'une telle stipulation. Cette condition tiendrait selon l'auteur à l'objet même de l'obligation. Il avance ainsi que « les parties devront, à peine de nullité de la clause, délimiter le domaine de l'abstention, relativiser son contenu et prévoir sa durée »<sup>4</sup>. Ainsi, selon l'auteur, une renonciation sans durée ne serait pas valable. À la différence d'une obligation de non-concurrence ou de confidentialité qui peuvent avoir une durée très longue, l'obligation de ne pas agir en justice ne présente réellement d'intérêt que tant que l'action qui en est l'objet n'est pas prescrite. Au-delà, l'action serait en tout état de cause nécessairement déclarée irrecevable et sanctionnée par une fin de non-recevoir pour cause de prescription, sauf à reconnaître que l'action contractuellement empêchée rentre dans les exceptions en suspendant le cours comme c'est notamment le cas pour la clause de médiation préalable à toute action en justice.

La circonscription de la durée de l'abstention comme condition de validité semble ainsi devoir être écartée, et ce qu'elle soit envisagée comme une réelle renonciation à l'action ou comme une simple obligation de ne pas faire. En l'absence de précision contraire, il semble que la circonscription dans le temps de l'obligation de ne pas agir en justice ne répondrait pas aux effets recherchés par les parties qui souhaitent radicalement exclure un mode de sanction de l'inexécution de leurs obligations. Il resterait cependant évidemment possible pour les parties de convenir d'une abstention limitée dans le temps, conditionnée à l'exécution d'autres obligations par le cocontractant ou encore à certaines circonstances, mais cela ne semble pas devoir constituer une véritable condition de validité de la clause de non-recours.

254. **Les avantages d'une telle condition.** La condition de la limitation de la durée de l'abstention présente cependant un réel intérêt dans des hypothèses où la renonciation définitive est exclue. Il apparaît en effet envisageable qu'une obligation de ne pas agir en justice limitée dans le temps ou une renonciation temporaire à toute action puisse être valable. N'est ce pas d'ailleurs le schéma qui se manifeste avec les clauses attendant temporairement à la recevabilité de l'action ? Les clauses de médiation préalable ont en effet pour conséquence processuelle de rendre l'action portée devant un juge en contravention avec l'obligation de ne pas agir en justice irrecevable jusqu'à ce que la médiation ait eu lieu.

---

<sup>1</sup> R. Japiot : *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*. Thèse, Dijon, 1909, *sp.* p. 302.

<sup>2</sup> L'article 1130, al. 2, du Code civil interdit en effet de renoncer à une succession non ouverte.

<sup>3</sup> L'article 12, al. 2, de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance dispose ainsi que « toute renonciation à l'action directe est réputée non écrite ». D'autres interdictions de renonciation se retrouvent en matière d'action sociale contre les dirigeants (art. 1843-5 al. 2 du Code civil), de dommages-intérêts en cas de résiliation d'un contrat de louage de service (art. 1780 al. 5 du Code civil).

<sup>4</sup> Ph. Grignon : « L'obligation de ne pas agir en justice », *in Mél. Ch. Mouly*. Litec, 1998, p. 127 ; nous surlignons.



Cette mise à l'écart temporaire de l'action serait elle accordée quelque soit le motif qui la sous-tend ? Les clauses de médiation préalable ainsi que les autres clauses tendant à la résolution amiable du différend ont en effet pour fondement la volonté de traiter le différend autrement. En cas d'échec de ces procédures, les plaideurs retrouvent leur liberté de porter leur litige devant le juge. L'objectif animant ces stipulations peut être considéré comme louable, puisque la recherche de la concorde doit être préférée à la démarche contentieuse. La bienveillance avec laquelle les juges considèreraient une clause de non recours temporaire interdisant toute action avant un laps de temps fixe et potentiellement long serait-elle identique à celle dont ils font preuve au sujet des clauses organisant le traitement non juridictionnel de la difficulté ? Rien ne semble, en droit, s'y opposer si ce délai reste raisonnable. Dans le cas contraire, l'abus pourrait être invoqué pour faire échec à une telle stipulation.

255. **Les inconvénients d'une telle condition.** En opportunité cependant, cette dilution injustifiée du contentieux dans le temps pourrait se révéler néfaste à plusieurs titres. D'une part, elle pourrait priver le contractant d'une exécution utile du contrat, le temps étant une composante importante de l'utilité des échanges. Un tel allongement de la durée séparant l'exécution théorique de la potentielle sanction de l'inexécution pourrait se révéler très préjudiciable au créancier de l'obligation. Si la renonciation temporaire concerne toute sanction de l'inexécution, le créancier sera alors totalement démuni et coincé dans une sorte de faille temporelle créée par le contrat. D'autre part, le fait de repousser ainsi le temps de la sanction de l'inexécution pourrait ménager au débiteur peu scrupuleux le temps d'organiser son insolvabilité ou sa défense. Le temps contentieux a en effet, en sus du temps contractuel, une certaine incidence sur la faculté d'obtenir la sanction de l'inexécution. Dès lors il apparaît qu'une telle temporisation contentieuse, ne présentant pas d'intérêts par ailleurs, ne soit pas souhaitable.

La validité de ces stipulations de temporisation semble par ailleurs douteuse dans les contrats de consommation. Si les clauses de médiation ne sont pas considérées comme abusives du seul fait qu'elles retardent l'action en justice<sup>1</sup>, une telle position ne semble pouvoir se justifier qu'en vertu de l'absence de déséquilibre significatif au détriment du consommateur puisque la recherche d'une solution amiable par le biais de la médiation ne lui est pas défavorable. Une clause qui interdirait au consommateur d'agir en justice, même temporairement, sans qu'une raison pouvant éventuellement lui bénéficier ne soit à l'origine de ce délai serait fort probablement considérée comme abusive.

Il semble ainsi que si l'encadrement par un délai raisonnable pourrait en droit constituer une condition de la validité des clauses de non recours à vocation générale, les clauses réalisant une renonciation définitive à une des actions tendant à remédier à l'inexécution ou à l'inexécution d'une obligation accessoire n'en seraient pas moins, en l'absence de délai, valables.

### §3 La sanction du non-respect de la clause de non recours

256. **Une fin de non-recevoir d'origine conventionnelle.** La conséquence procédurale de la violation de la clause de non recours est la faculté pour le contractant d'opposer une fin de non-recevoir, cet « enfant chéri du procédurier »<sup>2</sup> d'origine conventionnelle au débiteur qui s'est

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2005, n° 03-19692 ; *Bull. civ.* I, n° 64, p. 56 ; *RDC* 2005, p. 718, note D. Fenouillet et p. 1141, note X. Lagarde ; *JCP E* 2005, act. 69, obs. C. Pelletier.

<sup>2</sup> J. Héron et Th. Le Bars : *Droit judiciaire privé*. Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 2012, *sp.* n°144, p. 124.

engagé par la clause. La validité des fins de non-recevoir conventionnelles est admise par la jurisprudence, les cas énumérés par l'article 122 du Code de procédure civile ne devant pas être considérés, à la lumière de l'article 124 du Code de procédure civile, comme formant une liste exhaustive des motifs des fins de non-recevoir<sup>1</sup>. « On constate encore ici la puissance de la volonté pour reconstituer les effets des institutions dont elle s'empare et qu'elle imite »<sup>2</sup>. La fin de non-recevoir ne pouvant être relevée d'office par le juge que dans des cas limités<sup>3</sup>, en l'absence de son invocation par le bénéficiaire de la clause de non recours, la prétention pourra être examinée au fond.

Il convient de noter que la définition de la fin de non-recevoir donnée par l'article 122 du Code de procédure civile peut porter à confusion. Ce texte dispose que « 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 de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée »<sup>4</sup>. À première lecture, on comprend qu'une fin de non-recevoir est un instrument processuel touchant au droit d'action, précédant et excluant ainsi tout examen par le juge des défenses au fond tirées du droit subjectif en cause. Cependant, cette interprétation s'accommode difficilement des limites, parfois instaurées par la loi elle-même, relatives à la reconnaissance d'une fin de non-recevoir. En effet, si une fin de non-recevoir doit être appréciée sans considération des faits de l'espèce, comment accepter, par exemple, que puisse être rapportée la preuve nécessaire pour écarter la fin de non-recevoir prévue relativement à la renonciation des actions aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation prévue par l'article 311-20 al. 2 du Code civil ?

En réalité, la référence à l'examen au fond dans l'article 122 du Code de procédure civile implique que, postérieurement à la reconnaissance d'une fin de non-recevoir soulevée par une partie, le juge ne puisse plus statuer sur le fond de la prétention déclarée irrecevable. Les obstacles pouvant être soulevés à l'encontre de la reconnaissance d'une fin de non-recevoir prennent ainsi tout leur sens. « Parce que les fins de non-recevoir ne sont pas des mécanismes abstraits, le juge ne sera souvent en mesure de statuer sur la recevabilité qu'après avoir pris connaissance d'au moins une partie du fond de l'affaire »<sup>5</sup>.

Il serait ainsi envisageable, comme le proposent certains auteurs, que l'effet des fins de non-recevoir soit aménagé comme cela l'a été fait pour les droits substantiels dont l'action assure la protection. On sait par exemple que les stipulations exclusives de responsabilité pourtant

---

<sup>1</sup> Cass. civ., 24 oct. 1951 ; *D.* 1952, p. 105, note A. Besson ; Cass. Ch. Mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19423 ; *Bull. ch. Mixte* n° 1 ; *D.* 2003, p. 1386, note P. Ancel et M. Cottin, p. 2480, note Th. Clay ; *RTD civ.* 2003, p. 294, obs. J. Mestre et B. Fages et p. 349, obs. R. Perrot ; *JCP* 2003, I, n°128, obs. L. Cadiet, n°142, n° 13, obs. G. Virassamy et n° 164, n°9, obs. Ch. Seraglini ; *JCP E* 2003, n°19, p. 707, comm. H. Croze et D. Gautier ; *Rev. arb.* 2003, p. 403, note Ch. Jarrosson ; *CCC* 2003, comm. 84, L. Leveneur ; *Procédures* 2003, n°93, note H. Croze ; *PA* 2003, n° 51, p. 13, note L. Bernheim ; Cass. com., 22 févr. 2005, n°02-11519, non publiée ; *Procédures* 2005, comm. 120 ; *JCP* 2005, I, n° 183 et n°3, p. 2004, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2005, p. 450, obs. R. Perrot ; *Dr. et patr.* 2006, p. 94, obs. S. Amrani-Mekki ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 juill. 1989, n° 86-16309 ; *Bull. civ.* III, n°158, p. 87.

<sup>2</sup> N. Cayrol : *thèse préc. sp.* n°295, p. 180.

<sup>3</sup> L'article 125 CPC dispose : « Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours.

Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée. »

<sup>4</sup> Nous soulignons.

<sup>5</sup> N. Cayrol : *V° Action en justice, in Rép. Proc. Civ.*, n°229.

valables *a priori* sont écartées en considération du comportement du débiteur qui s'est rendu coupable de dol ou a commis une faute lourde. Il a ainsi été avancé que les clauses de non recours dont l'objet serait l'action en responsabilité ou en résolution devraient être écartées en cas de dol du débiteur qui invoque la fin de non-recevoir<sup>1</sup>.

Une telle position assurerait la cohérence du système élaboré au sujet des clauses exclusives de responsabilité. Les droits substantiels n'étant effectifs que si l'action qui permet leur sanction n'est pas entravée, on comprend que permettre une renonciation au droit d'agir en responsabilité sans l'assortir des mêmes exceptions que celles affectant les clauses limitatives de responsabilité reviendrait à orienter la pratique vers de telles clauses, permettant ainsi de contourner les prohibitions fondées sur le comportement d'une particulière gravité ou, plus radicalement encore, malhonnête d'une partie.

Les clauses de non recours constituent donc, sur le plan procédural, des fins de non-recevoir d'origine conventionnelle. Ces fins de non-recevoir peuvent être temporaires ou définitives selon la volonté des parties et l'étendue des actions qu'elles affectent. Par les clauses de non recours, la volonté des parties peut soit différer la possibilité d'obtenir une décision dans le temps, soit radicalement exclure une sanction déterminée en cas d'inexécution de leurs obligations. Ce faisant, les contractants influent directement sur les conséquences de l'inexécution ou sur le délai précédant l'office juridictionnel. Or la composante temps revêt une importance certaine pour les parties s'agissant de la gestion de leurs conflits, comme le manifeste d'ailleurs leurs tentatives d'aménagement du temps pour agir.

## Section 2 La limitation de l'action dans le temps

257. *La prescription comme outil conventionnel de limitation de l'action en justice.* La volonté des parties peut, dans certaines circonstances, affecter la recevabilité d'une action en déniaient conventionnellement le droit d'agir à l'une d'elles. L'aménagement conventionnel du droit d'agir dans le temps constitue un autre moyen à leur disposition pour restreindre les potentialités de survenance d'un procès. En faisant appel à l'« institution tranchante »<sup>2</sup> qu'est la prescription, les parties ont la faculté d'amenuiser les potentialités de contentieux en les enserrant dans des limites plus étroites que celles fixées par le droit commun. Les parties disposent également de la faculté d'étirer le temps dans lequel l'action en justice pourra être soumise au juge. Elles peuvent ainsi contraindre le service public de la justice à connaître de litiges prescrits selon les règles du droit commun. Une telle démarche participe également de la gestion du conflit par les parties, en étendant les possibilités d'action. Le parti a cependant été pris de ne pas étudier en détail ces stipulations qui, en étendant les possibilités d'action dans le temps, semblent à rebours de la tendance contemporaine des parties à limiter les possibilités d'action.

---

<sup>1</sup> M. Storck : V° Résolution judiciaire, in *J.-Cl civil code*, art. 1184, fasc. 10, n° 17 ; Ph. Delebecque : *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*. Thèse dactyl. Aix-Marseille, P. Bonassies (dir.), 1981, n° 172, p. 207 ; l'auteur va plus loin et étend la sanction en cas d'inexécution fondamentale du contrat : « rien ne peut légitimer une renonciation par avance au droit de demander la résolution, en cas d'inexécution fondamentale ou dolosive du contrat ; on ne saurait, sous peine de déséquilibrer le contrat synallagmatique et de lui enlever toute efficacité, autoriser l'insertion d'une clause qui permettrait à l'une des parties, coupable d'inexécution, d'envisager le maintien du contrat et l'exécution des obligations du co-contractant ».

<sup>2</sup> V. Lasserre-Kiesow : « La prescription, les lois et la faux du temps », *JCP N* 2004, 1125, n°3.

258. **Les fondements sous-tendant la prescription.** La question de la disponibilité des délais de prescription est traditionnellement présentée à la lumière des deux fondements complémentaires qui sous-tendent la nécessité de l'extinction des obligations par l'écoulement d'un certain laps de temps. La première justification intéresse la protection d'intérêts privés. Le débiteur a en effet intérêt à ce que l'inaction prolongée du créancier aboutisse à l'inexigibilité de la créance, de manière à ce qu'il soit définitivement libéré, la prescription devenant alors « affaire de conscience pour le débiteur qui n'a pas payé »<sup>1</sup>. En ce sens, la prescription revêt un aspect sanctionnateur : le créancier négligent est susceptible de se voir valablement opposer son inaction prolongée.

L'ordre public est également intéressé par la mise à l'écart des « procès les plus poussiéreux »<sup>2</sup>. Au-delà des problématiques classiquement invoquées de déperdition des preuves et de sanction de l'impéritie du créancier qui n'aurait pas agi dans un certain délai, l'organisation de la justice elle-même est en cause. « L'institution même de la prescription n'intéresse pas seulement les intérêts privés des parties, mais touche directement à l'institution judiciaire elle-même puisque ce qui est en cause est le droit de saisir le juge »<sup>3</sup>. La prescription a ainsi, dans une certaine mesure, pour finalité d'éviter d'actionner les mécanismes de la justice étatique sans limite de temps. Ce but n'est cependant pas absolu puisque la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action ne peut être soulevée d'office par le juge<sup>4</sup>, et ce alors même que la prescription serait d'ordre public<sup>5</sup>. Les solutions jurisprudentielles en la matière ont été confirmées par la loi nouvelle, l'article 2247 nouveau du Code civil disposant que « les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription », ce qui appuie la composante volontariste de l'institution. La prescription peut ainsi être assimilée à un instrument de limitation des contentieux, mais à la seule disposition du débiteur qui s'en prévaut. Sous certaines conditions, la prescription, ce temps consolidateur<sup>6</sup>, peut être aménagé par les parties, restreignant ainsi les possibilités d'actions et corrélativement, de litiges.

259. **Exclusion de l'aménagement par la volonté des parties en droit de la consommation.** Il convient d'ors et déjà d'exclure certains domaines particuliers dans lesquels de tels aménagements sont proscrits explicitement par des textes. De telles stipulations sont ainsi interdites dans les contrats de consommation par l'article L. 137-1 du Code de la consommation, qui dispose : « par dérogation à l'article 2254 du code civil, les parties au contrat entre un professionnel et un consommateur ne peuvent, même d'un commun accord, ni

---

<sup>1</sup> Ph. Hoonakker : « La disposition de la prescription », in *La réforme du droit de la prescription*. Colloque Strasbourg 2008, *PA* 2 avr. 2009, p. 19, n°4.

<sup>2</sup> J. Carbonnier : « Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ.* 1952, p. 171, *sp.* p. 175.

<sup>3</sup> A. Bénabent : « Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive », *D.* 2007, p. 800, n°9.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 nov. 1978, n° 77-13150 ; *Bull. civ.* I, n°340, p. 264 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 févr. 1990, n° 88-16829 ; *Bull. civ.* II, n° 34, p. 20. Il convient désormais de réserver cependant la prescription en matière de contrat de consommation, que le juge peut relever d'office au seul bénéfice du consommateur en vertu de l'article L. 141-4 du Code de la consommation.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 28 juin 1988, n° 86-15400 ; *Bull. civ.* I, n°206, p. 145 ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 9 déc. 1986, n°85-11263 ; *Bull. civ.* I, n° 293, p. 278 ; *Gaz. Pal.* 1987, I, 187, note P. Mayer et S. Pinon ; *RTD civ.* 1987, p. 763, obs. J. Mestre.

<sup>6</sup> A. Outin-Adam : *Essai d'une théorie des délais en droit privé. Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit*. Thèse, Paris II, 1985, pour qui la prescription est « un mécanisme fondé sur l'écoulement d'un certain délai au terme duquel elle consolide une situation de fait qui s'est prolongée en une situation de droit » (*sp.* n°139, p. 141) ; l'auteur en exclut cependant les courtes prescriptions, « qui ne sont autres que des présomptions irréfragables de paiement », et considère que les délais préfix se distinguent des délais de prescription, et sont des délais « d'apurement ».

modifier la durée de la prescription, ni ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de celle-ci »<sup>1</sup>.

Les composantes du droit d'agir dans le temps peuvent être détaillées en quatre éléments qui guideront notre étude : le premier est la date à compter de laquelle le temps va jouer contre le créancier, le point de départ qui fait courir le délai de prescription. Le deuxième est le délai de prescription lui-même, qui est susceptible d'être interrompu ou suspendu, repoussant d'autant la date effective à laquelle la prescription sera acquise. Ces interruptions et suspensions constituent également un paramètre sur lequel les parties souhaiteraient pouvoir influencer par leur volonté afin d'allonger ou de raccourcir le délai qui s'écoulera en pratique entre le point de départ du délai et l'expiration de celui-ci. Enfin, le délai butoir, nouvellement instauré par la loi du 17 juin 2008, enserme quant à lui l'action dans une limite de 20 ans à compter de la naissance du droit. Pour cerner l'étendue de la liberté des parties de restreindre les possibilités d'action, il conviendra dans un premier temps de s'attacher à déterminer dans quelle mesure leur volonté peut influencer sur le point de départ et les délais de prescription (§1<sup>er</sup>). Il s'agira ensuite d'envisager les possibilités d'aménagement par les parties des causes d'interruptions ou de suspension de ce délai et de s'interroger sur leur liberté d'encadrer dans des limites temporelles intangibles le droit d'agir en justice (§2).

§1<sup>er</sup> La fixation conventionnelle du point de départ ou du délai de prescription

260. **La réduction conventionnelle des délais pour agir.** Dans une perspective de gestion des conflits, les parties peuvent souhaiter étendre ou raccourcir les délais de prescription, dépendant de leur position dans l'échange envisagé par le contrat. Pour éviter la survenance de litiges, les parties souhaitent le plus souvent réduire le laps de temps au cours duquel une action pourrait être intentée à l'encontre de l'une d'elles, de manière à consolider dans un temps moins long les certitudes relatives aux éventuelles réclamations. Pour ce faire, les parties peuvent s'accorder pour déterminer conventionnellement le point de départ des délais de prescription (A) ou pour réduire le délai lui-même (B).

A. La fixation conventionnelle du point de départ de la prescription

261. **La limite d'une telle fixation.** L'article 2224 du Code civil fixe le point de départ de la prescription de droit commun au jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Les parties pourraient-elles fixer conventionnellement le *dies a quo* à une date antérieure ? Notant que « ce point de départ subjectif n'est pas propice à la sécurité juridique »<sup>2</sup>, un auteur propose de remédier à cette incertitude en fixant conventionnellement le point de départ du délai de prescription, tout en précisant qu'en tout état de cause la stipulation ne saurait avoir pour effet de réduire les délais extrêmes fixés par l'article 2254 du Code civil, qui s'entendent, de manière évidente semble-t-il, à compter du

---

<sup>1</sup> La formulation est reprise de manière très similaire par l'article L. 114-2 du Code des assurances et par l'article L.221-12-1 du Code de la mutualité ; L'article L. 1134-5 al. 2 du Code du travail interdit quant à lui plus spécifiquement tout aménagement conventionnel de la prescription relative à l'action en responsabilité pour discrimination dans les relations de travail.

<sup>2</sup> L. Leveneur : « La faculté d'aménagement de la prescription en matière civile », in Ph. Casson et Ph. Pierre (dir.) : *La réforme de la prescription en matière civile ; Le chaos enfin régulé ?* Dalloz, 2010, p. 65, *sp.* p. 72.

point de départ fixé par l'article 2224 du Code civil. En toute hypothèse, même si l'article 2224 du Code civil n'était pas reconnu d'ordre public, l'adage *actioni non natae non praescribitur*<sup>1</sup> empêcherait de fixer le *dies a quo* à une date arrêtée antérieure à la naissance du droit. La volonté des parties serait donc impuissante à fixer un point de départ du délai de prescription avancé combiné à une réduction du délai de prescription qui aurait pour effet de réduire le délai à compter du point de départ de la prescription à moins de un an. Cela incite à examiner les possibilités offertes aux parties d'écourter la durée de la prescription.

## B. La réduction de la durée de prescription extinctive

262. **Validité de principe.** La jurisprudence a validé il y a longtemps déjà la faculté pour les parties de réduire les délais de prescription légaux<sup>2</sup>, tout en imposant que la réduction de ces délais n'entraîne pas en pratique des délais trop courts pour permettre toute action<sup>3</sup>. Cette validité de principe se comprend en raison de la conformité de ces stipulations avec les objectifs poursuivis par le législateur. « En effet, non seulement ces clauses stimulent la diligence du créancier, mais encore, puisqu'elles accélèrent la marche du temps, favorisent la libération du débiteur et, en tous cas, consolident sa situation »<sup>4</sup>. Il convient cependant de se garder de verser dans l'excès en admettant les « prescriptions conventionnelles que stipulent les contractants *potentiores* »<sup>5</sup> qui, dans les faits, contrarient le principe de l'accès effectif à la justice. C'est ainsi qu'avant que la réforme ne clarifie le délai minimum de prescription tolérable, il était généralement considéré que la stipulation de délais interdisant *de facto* toute action en justice du fait de leur extrême brièveté ne devait pas recevoir application<sup>6</sup>.

La réforme de la prescription, opérée par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008, a inséré dans le Code civil l'article 2254 qui dispose, en son alinéa premier, que « la durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans ». On ne saurait affirmer plus clairement le principe, qui souffre quelques exceptions légales<sup>7</sup>, que la volonté des parties peut influencer sur les délais qui leurs sont impartis par défaut pour entamer une action en justice. La loi a ainsi tranché sur la

<sup>1</sup> H. Roland et L. Boyer : *Adages du droit français*. vol. 1, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1999.

<sup>2</sup> Cass. civ., 1<sup>er</sup> févr. 1853 ; *DP* 1853, 1, p. 77 ; *S.* 1856, 1, p. 892 ; Cass. civ., 16 janv. 1865 ; *DP* 1865, 1, p. 12 ; *S.* 1865, 1, p. 80 ; Cass. civ., 4 déc. 1895 ; *DP* 1896, 1, 241, note L. Sarrut ; *S.* 1896, I, 113, note Ch. Lyon-Caen : « La disposition de l'article 2220 c. civ., qui défend de renoncer à la prescription et de rendre ainsi les actions perpétuelles, se concilie, loin d'en recevoir aucune atteinte, avec les stipulations qui tendent à renfermer l'exercice des certaines actions dans des limites plus étroites que celles fixes par la loi ; qu'à cet égard, la liberté des conventions ne saurait être qu'exceptionnellement restreinte par un texte formel ou par des motifs d'ordre public » ; Cass. civ., 31 janv. 1950 ; *D.* 1950, p. 261, note P. Lerebours-Pigeonniere ; *S.* 1950, 1, 121, note J.-P. Niboyet ; *JCP* 1950, II, 5541, note A. Weill ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 oct. 1976, n° 74-11771 ; *Bull. civ.* I, n° 286, p. 231 ; *D.* 1977, p. 25, note Ch. Gaury ; Cass. com., 21 janv. 1992, n° 90-12120 ; *Bull. civ.* IV, n°30, p. 25 ; Cass. com., 21 mars 1995, n° 93-12383 ; *Bull. civ.* IV, n°92, p. 82.

<sup>3</sup> *V. not.* Cass. com., 17 déc. 1973, n° 72-11017 ; *Bull. civ.* IV, n°367, p. 327 ; *JCP* 1975, II, 17912, note R. Savatier ; Trib. civ. Seine, 26 févr. 1929 ; *D.* 1929, p. 305 ; *Gaz. Pal.* 1929, 1, 783 ; Trib. civ. Périgueux, 6 juill. 1954 ; *Gaz. Pal.* 1954, 2, 278 ; *RTD civ.* 1955, 330, obs. H. et L. Mazeaud.

<sup>4</sup> D. Mazeaud : « Ordre public et aménagements de la prescription », in *Les désordres de la prescription*. colloque, Publications de l'Université de Rouen, 2000, p. 85, *sp.* p. 88.

<sup>5</sup> Le professeur Jean Carbonnier dénonce également le « scandale des prescriptions trop courtes » (*Les obligations*. PUF, 22<sup>e</sup> éd., 2000, *sp.* n° 350, p. 628).

<sup>6</sup> H. et L. Mazeaud : obs. à la *RTD civ.* 1955, p. 330.

<sup>7</sup> L'alinéa 3 de l'article 2254 du Code civil exclut de tout aménagement conventionnel des actions en paiement ou en répétition des créances périodiques.

durée raisonnablement nécessaire pour qu'une action en justice puisse être exercée, qui est d'un an.

263. **L'applicabilité subordonnée au comportement du débiteur.** Ces clauses valablement stipulées n'apparaissent cependant pas à l'abri d'être écartées en considération du comportement du débiteur. Le rapprochement des effets de ces clauses avec ceux des clauses limitatives de responsabilité serait compréhensible, puisque la réduction de la durée de la prescription emporte la réduction corrélative des actions en responsabilité qui pourraient être engagées par le créancier. C'est ainsi que certains auteurs analysent ces stipulations comme des « clauses de responsabilité abrégée », et en déduisent que les exceptions tirées de la faute lourde ou dolosive auraient vocation à s'appliquer à ces stipulations<sup>1</sup>.

La jurisprudence semble cependant résister à cette idée concernant la faute lourde. La chambre commerciale de la Cour de cassation a en effet strictement appliqué la clause abrégative de prescription en présence d'une faute lourde : « la prescription contractuelle abrégant le délai de prescription reçoit application même en cas de faute lourde »<sup>2</sup>. Cette solution se comprend dans la mesure où une telle stipulation ne tend pas à limiter la responsabilité du débiteur dans son montant, mais bien dans la durée. Elle a ainsi été approuvée puisque la clause abrégative de prescription a pour but, sous réserve que les délais stipulés permettent effectivement d'agir en justice, d'inciter le créancier à agir promptement. Ainsi, elle « n'empêche nullement le créancier de l'obligation mal exécutée d'obtenir une pleine réparation : il lui suffit d'agir avec diligence... »<sup>3</sup>. L'obstacle n'est pas insurmontable mais tend tout de même à réduire les facultés d'actions du créancier. À ce titre, cette clause confère un certain avantage à son bénéficiaire, avantage que l'on pourrait être tenté de supprimer lorsque son comportement apparaît particulièrement critiquable.

La question reste cependant entière au sujet du dol. Une faute dolosive manifestant une déloyauté certaine serait-elle de nature à interdire au débiteur de se prévaloir de la clause abrégative de prescription ? La solution ne semble pas faire de doute dans l'esprit des commentateurs de l'arrêt ayant repoussé l'exception de faute lourde : « il n'est guère concevable de donner effet, en présence d'un dol, à une clause abrégant le délai de prescription lorsque l'application de celle-ci aboutirait à une exonération »<sup>4</sup>.

## §2 La détermination conventionnelle des éléments affectant le cours de la prescription

264. **Les éléments affectant le cours de la prescription.** Les parties peuvent, par leur accord de volonté, abrégier la durée de la prescription à condition que les délais conventionnellement réduits permettent l'exercice effectif de l'action. Fortes de la liberté nouvelle de s'approprier, dans une certaine mesure, le temps processuel, il devrait également être admis qu'elles puissent

---

<sup>1</sup> D. Mazeaud : « Ordre public et aménagements de la prescription », in *Les désordres de la prescription*, colloque, Publications de l'Université de Rouen, 2000, p. 85 ; v. ég. Ph. Le Tourneau (dir.) : *Droit de la responsabilité et des contrats*. Dalloz Action 2006/2007, sp. n°1180, au sujet des clauses limitant la durée de la responsabilité.

<sup>2</sup> Cass. com., 12 juill. 2004, n°03-10547 ; *Bull. civ.* IV, n° 162, p. 174 ; *D.* 2004, p. 2296, note Ph. Delebecque et p. 2231, obs. E. Chevrier ; *RTD civ.* 2005, p. 133, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2005, p. 164, obs. B. Bouloc ; *RDC* 2005, p. 273, obs. D. Mazeaud ; *CCC* 2004, comm. n°169, L. Leveneur.

<sup>3</sup> L. Leveneur : « Une intéressante précision », *CCC* 2004, comm. n°169.

<sup>4</sup> G. Viney, obs. sous Cass. com., 12 juill. 2004, *JCP* 2005, I, 132, n°11.

déterminer, dans leur contrat, les événements pouvant entraîner des conséquences sur l'écoulement des délais de prescription. Ainsi les causes de suspension ou d'interruption des délais devraient pouvoir être spécifiées par elles (A). Si la faculté de réduire le délai butoir était accordée aux parties, celles-ci disposeraient alors d'un outil d'une grande efficacité, pouvant leur permettre une plus grande prévisibilité dans leur appréhension du temps contentieux (B).

#### A. La définition conventionnelle des causes de suspension ou d'interruption de la prescription

265. **La latitude laissée aux parties.** Les parties pourraient-elles, par contrat, supprimer des causes de suspension ou d'interruption des délais de prescription ? Pourraient-elles, par exemple, stipuler que l'engagement d'une médiation ou d'une conciliation ne suspendrait pas le cours de la prescription, contrairement à ce qu'énonce l'article 2238 du Code civil ou que d'autres causes définies contractuellement seront susceptibles de l'interrompre ou de le suspendre ?

La jurisprudence antérieure avait admis que les dispositions relatives aux causes d'interruption du délai de prescription de l'article 2244 du Code civil n'étaient pas d'ordre public et que les parties étaient en conséquence libres d'y déroger, notamment pour stipuler que la prescription serait valablement interrompue par l'envoi d'une lettre simple<sup>1</sup>. C'était ainsi admettre que les parties puissent stipuler des causes supplémentaires d'interruption de la prescription. En déniait le caractère d'ordre public à ces dispositions, cette décision permettait également de penser que les parties pourraient conventionnellement renoncer à invoquer certaines causes légales d'interruption. Le nouvel article 2254 du Code civil admet que les parties puissent valablement stipuler des causes de suspension en sus de celles expressément prévues par la loi. Il est en revanche muet sur le possible retranchement conventionnel de ces causes de suspension, de même que sur une quelconque possibilité d'aménagement des causes d'interruption de la prescription.

Certains auteurs estiment que « s'il est possible aux parties d'abrégé directement le délai de prescription, il doit leur être logiquement reconnu le pouvoir de le diminuer indirectement en évinçant certaines causes d'interruption ou de suspension prévues par la loi, d'autant plus que la liste légale des actes ayant valeur interruptive ou suspensive énumérée par le législateur n'est pas d'ordre public »<sup>2</sup>.

Cependant, réduire un délai de prescription et exclure les cas dans lesquels ce délai est susceptible d'être suspendu ou interrompu ne nous semble pas participer de la même idée. En réduisant le délai de prescription, les parties déterminent le délai « théorique » pour agir. Dans les faits, par le jeu des causes de suspension ou d'interruption, la date à laquelle une partie sera encore susceptible d'agir contre son contractant pourra en conséquence être bien postérieure à celle indiquée par l'application mécanique du délai théorique à compter du *dies a quo*. La durée « effective » écoulée entre le point de départ et la prescription de l'action se révèle alors potentiellement bien plus longue.

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 25 juin 2002, n<sup>o</sup>s 00-14590 et 00-14591 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 174, p. 134 ; *RTD civ.* 2002, 815, obs. J. Mestre et B. Fages ; *D.* 2002, IR, 2516 ; *D.* 2003, p. 155, note *crit.* Ph. Stoffel-Munck.

<sup>2</sup> D. Mazeaud : « Ordre public et aménagements de la prescription », in *Les désordres de la prescription*. Colloque, Publications de l'Université de Rouen, 2000, p. 85, *sp.* p. 88 ; dans le même sens, Ph. Hoonakker : « La disposition de la prescription », in *La réforme du droit de la prescription*. Colloque Strasbourg 2008, *PA* 2 avr. 2009, p. 19, *sp.* n<sup>o</sup>12.



**266. Une possible transformation du délai de prescription en délai de forclusion.**

L'interrogation soulevée par la suppression des causes de suspension ou d'interruption des délais de prescription se rapproche en réalité de la question de à savoir si les parties peuvent valablement changer la nature du délai en cause et transformer un délai de prescription en un délai de forclusion<sup>1</sup>. Ce délai, dont l'objectif « semble être de donner au débiteur la certitude qu'aucune action ne pourra plus être engagée contre lui passé un certain délai, sans que des circonstances tenant à la situation personnelle du créancier ne puissent en suspendre le cours »<sup>2</sup> était déclaré par la jurisprudence antérieure rétif aux interruptions<sup>3</sup> et, on peut le supposer aux suspensions.

Antérieurement à la réforme, il avait en effet été admis par certaines décisions, appuyées par une partie de la doctrine<sup>4</sup>, que les stipulations des parties enfermant l'action dans des délais contractuellement prévus édictaient en réalité des délais de forclusion contractuels se substituant aux délais légaux de prescription<sup>5</sup>. Il est cependant possible de s'interroger sur le caractère opportuniste de ces décisions. Dans deux décisions ayant adopté une position contraire sur la modification ou non de la nature du délai par la convention des parties, on ne peut exclure une intention de protéger une certaine catégorie de débiteurs : la caution d'un débiteur en liquidation de biens contre le banquier, un mineur contre la société mutualiste pour la réparation d'un accident. Une autre décision, plus neutre moralement, avait cependant posé une règle d'une grande rigueur. Le délai de forclusion ainsi édicté sonnait comme un véritable couperet : « (...) les causes d'interruption de prescription énumérées dans l'article 2244 du code civil (ne s'appliquent) pas aux forclusions contractuelles »<sup>6</sup>. Or dans l'ancien article 2244 était incluse la citation en justice, y compris en référé ! Il semblait pourtant proprement impensable qu'une citation en justice, manifestant la volonté du créancier d'exercer ses prérogatives et de défendre son droit, n'interrompe pas le délai octroyé pour exercer l'action, alors même que l'article cité visait de manière générale « les délais pour agir »<sup>7</sup>. Le délai de forclusion contractuellement convenu par les parties ne serait ainsi pas « un délai pour agir », et serait traité plus rigoureusement que les délais de forclusion instaurés par la loi. La solution semblait fortement propice aux critiques, et en tous les cas d'une formulation maladroite.

Il apparait en réalité fort probable que la décision prononçant la forclusion de la demande de l'entrepreneur n'ait pas tant été dictée par le respect des délais que par les formes prévues par la procédure précontentieuse, sur lesquelles s'étaient accordées les parties et qui n'avaient pas été respectées. Il ne semblait pas réellement défendable de soutenir que l'action en justice ne

---

<sup>1</sup> Sur les possibles justifications des délais de forclusion, délais « d'apurement » particulièrement adaptés au monde des affaires, v. A. Outin-Adam : *thèse préc. sp.* p. 174.

<sup>2</sup> R. Witgen : « L'émergence d'un droit commun des délais pour agir », note sous Cass. Ch. Mixte, 24 nov. 2006, n° 04-18610 ; *D.* 2007, p. 1112.

<sup>3</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 31 oct. 2001, n° 99-13004 ; *Bull. civ.* III, n° 117, p. 90 ; *D.* 2002, p. 2840, obs. Ph. Delebecque.

<sup>4</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck : *Les obligations*. Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2013, *sp.* n°1208 ; *ég.* en ce sens semble-t-il : A. Bénabent : *Droit civil, les obligations*. Montchrestien, 14<sup>e</sup> éd., 2014, *sp.* n°908.

<sup>5</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 31 oct. 2001, *préc.* ; v. *ég.* Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 oct. 1987, n° 86-13059 ; *Bull. civ.* II, n°195, p. 109 ; *RTD civ.* 1988, p. 753, obs. J. Mestre ; En sens contraire cependant : Cass. 1<sup>e</sup> civ., 6 oct. 1976 *préc.* ; *D.* 1977, 25, note C. Gaury : « (La) limitation conventionnelle de la prescription n'en modifie pas la nature ».

<sup>6</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 31 oct. 2001, n° 99-13004 ; *Bull. civ.* III, n° 117, p. 90 ; *D.* 2002, p. 2840, obs. Ph. Delebecque.

<sup>7</sup> A. Bénabent : « Le chaos du droit de la prescription extinctive », in *Mélanges dédiés à L. Boyer*. PU Toulouse, 1996, p. 123, *sp.* p. 132.

saurait avoir aucun effet sur les délais pour agir, et ce quelle que soit leur origine, contractuelle ou légale. La Cour de cassation avait modifié sa jurisprudence<sup>1</sup> avant que la loi nouvelle n'intervienne pour confirmer cette approche, le nouvel article 2241 du Code civil visant désormais spécifiquement l'interruption non seulement du délai de prescription mais également du délai de forclusion, y compris par une demande en référé. Une telle précision semble des plus raisonnables. Il apparaît en effet que refuser d'admettre que la manifestation de volonté d'une partie contre laquelle on forclose puisse interrompre le délai de forclusion contractuelle contreviendrait à l'esprit de l'institution. Dès lors que le créancier manifeste sans ambiguïté la volonté de faire valoir ses droits, et ce quel que soit le délai en cause, il semble juste de ne pas pouvoir lui opposer la forclusion de son action, notamment en cours de procédure. La solution contraire eut été absurde et aurait eu pour effet de rendre les actions affectées de délais brefs tout à fait illusoire du fait des lenteurs de la justice.

267. **La nécessité du respect de la volonté des parties.** Les parties pourraient donc, si la qualification de préfix est retenue pour le délai conventionnellement abrégé, faire coïncider délai théorique et durée effective, sauf en cas d'action en justice. En amputant des causes de suspension ou d'interruption de ce délai, elles restreignent le délai effectif pour agir, ce qui pourrait avoir pour conséquence fâcheuse que le créancier se voie opposer la forclusion alors même qu'il n'a jamais eu, dans les faits, la faculté d'agir. Le maintien de la qualification de délai de forclusion par la jurisprudence semble ainsi peu souhaitable, le maintien de la nature de délai de prescription aux délais conventionnellement fixés apparaissant préférable. Une telle solution apparaît par ailleurs plus respectueuse de la volonté des parties. Car en effet, comment justifier qu'en l'absence d'une manifestation de volonté claire en ce sens, les parties modifient, à leur insu, la nature du délai qu'elles aménagent ? Il semblerait ainsi plus logique que le principe soit l'absence de modification de la nature du délai, mais que les parties soient libres d'établir, si elles le souhaitent, un délai préfix en substitution au délai de prescription qu'elles souhaitent réduire<sup>2</sup>.

L'argument selon lequel la possible réduction des délais entraînerait la validité de la suppression des causes de suspension ou d'interruption sans distinction nous apparaît ainsi devoir être écarté en opportunité, d'autant que des arguments en faveur d'une position contraire doivent être pris en considération.

Plusieurs auteurs mettent en avant le silence de la loi sur ces points pour considérer *a contrario* que ces suppressions conventionnelles de causes d'interruption ou de suspension des délais de prescription seraient impossibles<sup>3</sup>. Il est également avancé qu'un délai court « n'est concevable que s'il s'accompagne de certaines contreparties, spécialement au sujet des possibilités

---

<sup>1</sup> Au sujet de l'interruption des délais pour agir en cas de saisine d'une juridiction incompétente, ce qui impliquait que la solution soit la même concernant l'interruption des délais de forclusion par la demande en justice : Cass. Ch. Mixte, 24 nov. 2006, n° 04-18610 ; *Bull. ch. Mixte* n° 11 ; *D.* 2007, p. 1112, obs. V. Avena-Robardet et note R. Wintgen ; *JCP* 2007, I, 139, obs. Y.-M. Serinet ; *JCP* 2007, II, 10058, note I. Pétel-Teyssié ; Cass. 2° civ., 10 janv. 2008, n° 06-20964 ; *Bull. civ.* II, n° 5 ; Cass. 1° civ., 9 juill. 2009, n° 08-16847 ; *Bull. civ.* I, n° 174.

<sup>2</sup> En ce sens, J.-J. Taisne : *J.-Cl. Civil code*, art 2247 à 2254, n°16.

<sup>3</sup> En ce sens, Ph. Malaurie : « La réforme de la prescription civile », *JCP* 2009, I, 134, n°14 ; C. Pelletier : « L'aménagement conventionnel de la prescription extinctive », *RDC* 2008, p. 430, *sp.* n° 3, qui aurait souhaité voir affirmée l'application des causes de suspension ou d'interruption même en cas d'aménagement conventionnel du délai de prescription.

d'interruption et de suspension de ce délai »<sup>1</sup>. On peut par ailleurs noter que l'article L. 137-1 du Code de consommation, qui prohibe les clauses abrégatives de prescription ainsi que l'adjonction de causes de suspension ou d'interruption de la prescription dans les contrats de consommation ne mentionne pas non plus l'hypothèse du retranchement de certaines causes de suspension ou d'interruption. Il ne fait pourtant aucun doute que de telles clauses ne sauraient recevoir application, car elles créeraient un déséquilibre que l'esprit du texte semble clairement condamner, sans distinction d'ailleurs comme cela l'a été déploré<sup>2</sup>. Ainsi, par analogie, on pourrait conclure que les stipulations contractuelles ayant pour but de réduire les causes de suspension ou d'interruption de la prescription ne devraient pas être reconnues valables. Cette condamnation semble cependant pouvoir être tempérée.

268. **Une distinction fondée sur le caractère essentiel de la cause d'interruption ou de suspension.** Ne serait-il pas en effet envisageable de distinguer dans les causes d'interruption ou de suspension de la prescription certaines auxquelles les parties pourraient renoncer ? Par exemple, la suspension du délai de prescription entre époux prévue par l'article 2236, « qui permet, de façon peu opportune, aux héritiers ou aux époux divorcés de faire revivre des litiges très anciens après la dissolution du mariage »<sup>3</sup> ne pourrait-elle pas être conventionnellement écartée dans le contrat de mariage ? De même, la suspension du délai de prescription pendant la durée de la médiation ou de la conciliation ne pourrait-elle pas être écartée par les parties au contrat initial ? Cela irait certes à rebours de la faveur accordée aux modes de résolution amiable des conflits, mais la volonté des parties serait-elle pour autant impuissante à exclure une telle cause de suspension afin d'éviter notamment que les discussions s'éternisent ?

269. **La faculté de changer la nature interruptive ou suspensive de certains événements.** À l'inverse, certaines causes de suspension à vocation générale ne devraient pas pouvoir être conventionnellement écartées. En la matière, il semble que l'article 2234 du Code civil, consacrant bien qu'incomplètement la règle *contra non valentem agere non currit praescriptio*<sup>4</sup> ait un caractère fondamental, et ne puisse ainsi être écarté comme cause de suspension du délai. Les exceptions apportées aux effets du délai butoir semblent également importantes : l'alinéa 2 de l'article 2232 du Code civil vise ainsi l'action en justice et l'acte d'exécution forcée. Ces exceptions ne sont pas affectées par l'écoulement du délai butoir. La précision de ces deux exceptions d'importance semble renforcer leur caractère impératif, et indiquer par ricochet que ces deux cas d'interruption de la prescription ne sauraient être supprimés par la volonté des parties. Si le principe de l'effet de ces deux cas sur les délais de prescription semble acquis, ne serait-il pas en revanche envisageable pour les parties de modifier la nature de cet effet ? Plutôt que d'interrompre la prescription, ne pourraient-elles pas décider de seulement en suspendre le

---

<sup>1</sup> L. Leveneur : « La faculté d'aménagement de la prescription en matière civile », in Ph. Casson et Ph. Pierre (dir.) : *La réforme de la prescription en matière civile ; Le chaos enfin régulé ?* Dalloz, 2010, p.65, *sp.* p. 70 ; v. ég. L. Leveneur : « Le nouvel article 2254 du Code civil », in *Liber Amicorum Ch. Larroumet. Economica*, 2009, p. 283.

<sup>2</sup> D. Mazeaud : « Liberté contractuelle et pouvoirs du juge dans le nouveau droit de la prescription extinctive », *RLDA* 2009, n° 42, p. 92, *sp.* n°11 ; L. Leveneur : « La faculté d'aménagement de la prescription en matière civile », in Ph. Casson et Ph. Pierre (dir.) : *La réforme de la prescription en matière civile ; Le chaos enfin régulé ?* Dalloz, 2010, p.65, *sp.* p. 76, qui propose d'ailleurs d'abroger l'article L. 137-1 du Code de la consommation.

<sup>3</sup> D. Mazeaud, R. Wintgen : « La prescription extinctive dans les codifications savantes », *D.* 2008, p. 2523, *sp.* n° 22.

<sup>4</sup> A. Hontebeyrie : « L'adage *Contra non valentem...* a-t-il survécu à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ? », *D.* 2014, p. 244 à propos Cass. com., 5 sept. 2013, n° 13-40034.

cours ? Rien ne semble s'opposer à une telle modification conventionnelle de la nature suspensive ou interruptive d'un événement désigné par les parties.

Par exemple, l'interruption découlant de la demande en justice ne pourrait-elle pas être conventionnellement requalifiée par les parties comme cause de suspension du délai lorsqu'un vice de procédure affecte la demande ? « On ne voit guère, en effet, pourquoi le créancier dont l'action s'est heurtée à un obstacle procédural quelconque devrait se voir reconnaître un nouveau délai de cinq ans pour agir, alors que le temps qu'il reste du délai entamé devrait en règle générale largement suffire pour régulariser la procédure »<sup>1</sup>. Il semble en effet que le système mis en place par la loi nouvelle dans les cas de suspension de la prescription par la médiation ou la mise en œuvre d'une mesure d'instruction avant tout procès aurait pu être étendu aux causes d'interruption de la prescription. Le délai minimum de six mois prévu à la suite de la suspension semble de nature à éviter que le créancier ne soit dans l'impossibilité de former une nouvelle demande valable. Une telle suspension aménagée semble par ailleurs plus conforme à la tendance générale de réduction des délais effectifs pour faire valoir ses droits.

Il apparaît ainsi que si le principe devrait être que les parties ne peuvent retrancher par leur volonté commune aux causes de suspension ou d'interruption du délai, certaines exceptions à cette interdiction de principe pourraient être concevables. De même, rien ne semble en principe s'opposer à ce que les parties puissent disqualifier une cause d'interruption en simple cause de suspension des délais. Mais la volonté des contractants peut-elle avancer la date à laquelle le droit d'agir en justice sera éteint ?

## B. La réduction du délai butoir

270. **La finalité du délai butoir** Le délai butoir établi par l'article 2232 du Code civil fixe la limite ultime de 20 ans à compter de la naissance du droit au-delà de laquelle, bien que la durée de prescription ne soit pas écoulée, l'action sera prescrite. De nombreuses exceptions au principe sont cependant fixées dans le second alinéa du texte, au nombre desquelles notamment l'action en justice et un acte d'exécution forcée. Ces nombreuses exceptions incitent à s'interroger sur la portée réelle de cette innovation<sup>2</sup>.

Certains auteurs ont conclu à l'impossibilité d'aménager conventionnellement ce délai butoir, avançant qu'il serait d'ordre public, « en raison de sa finalité propre »<sup>3</sup>. Mais sa finalité mérite précisément d'être précisée pour tempérer cette position. Le délai butoir a pour fonction d'éviter que de trop nombreuses actions puissent être intentées trop longtemps après la naissance des droits qui les sous-tendent. L'objectif de cette institution est donc d'éviter que le délai effectif de la prescription se révèle excessivement long, sous réserve d'exceptions justifiées par la nature essentielle des intérêts en cause. L'allongement conventionnel du délai butoir serait ainsi effectivement prohibé par l'esprit de la réforme. En revanche, envisager la réduction conventionnelle de ce délai renvoie à une hypothèse déjà envisagée, celle de la stipulation de délais de forclusion conventionnels.

---

<sup>1</sup> D. Mazeaud et R. Wintgen : « La prescription extinctive dans les codifications savantes », *D.* 2008, p. 2523, *sp.* n° 25.

<sup>2</sup> Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki : *Droit des obligations*. Litec, 13<sup>e</sup> éd., 2014, *sp.* n° 926.

<sup>3</sup> B. Fauvarque-Cosson et J. François : « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.* 2008, p. 2512, *sp.* n°27.

La question de savoir si la réduction conventionnelle du délai butoir par les parties est possible découle en effet de la faculté accordée aux parties de prévoir des délais de forclusion. Qui peut le plus peut le moins. Si l'on admet que les parties puissent ainsi fixer un délai insusceptible d'interruption ou de suspension, ce qui était la position de la jurisprudence avant la réforme, rien ne semble s'opposer à ce qu'elles fixent également un délai butoir plus court que les 20 longues années prévues par la loi. C'est ainsi que les parties pourraient combiner réduction du délai de prescription et du délai de forclusion, permettant ainsi, sans passer par la technique rigoureuse du délai préfix, de prévoir un délai de prescription, susceptible d'interruption et de suspension, tout en limitant la durée effective au terme de laquelle l'action sera prescrite.

Il est établi que les parties peuvent, sous certaines limites, écarter l'action en justice en stipulant des clauses de non recours ou en abrégant les délais de prescription encadrant l'action. La seule limite à leur volonté semble dans ces cas être la faculté de faire valoir son droit en justice, sans laquelle le contrat ne serait qu'un bout de papier n'engageant à rien. La faculté d'obtenir une sanction apparaît alors comme la condition de l'effectivité du droit qu'entend consacrer le contrat. Son utilité interdit ainsi qu'il puisse contenir des clauses en contredisant le contenu.

Le recentrage ainsi opéré sur l'utilité du contrat au sujet des clauses limitatives de responsabilité semble inciter à s'interroger sur l'opportunité de l'extension de certaines conditions de validité et d'applicabilité édictées pour ces clauses à d'autres stipulations dont les ambitions sont apparentées. D'une part en effet, il semblerait logique d'appréhender certaines considérations de forme inférant la connaissance de ces clauses « défensives » au regard de l'exigence manifestée par la jurisprudence à l'égard des clauses limitatives de responsabilité. D'autre part, les réflexions menées au sujet des clauses limitatives de responsabilité ont initié un véritable élan de moralisation du contrat. Les avantages contractuels librement convenus dans le but de réduire les facultés d'action en justice de la partie souffrant d'une cause grave d'inexécution (tel le dol ou la faute lourde) tombent en raison du comportement du débiteur qui se voit opposer une sorte de déchéance contractuelle et privé du bénéfice de l'aménagement conventionnel du droit, et *in fine* de l'action, de son cocontractant. Cette tentation moralisatrice incite à étendre les limites ainsi fixées à l'applicabilité de la clause limitative de responsabilité à d'autres clauses qui pourraient être qualifiées de « défensives » par opposition aux clauses « offensives » étendant conventionnellement les recours à la disposition du créancier d'une obligation<sup>1</sup>. Qu'elles aient pour objet le fond du droit à réparation comme c'est le cas pour les clauses limitatives de responsabilité ou l'action destinée à permettre sa réalisation, ces clauses poursuivent l'objectif de restreindre la faculté du cocontractant d'obtenir la sanction juridictionnelle de l'inexécution des obligations du débiteur. En vertu de cette unité d'objectif, il apparaît tentant de soumettre l'ensemble de cette catégorie de stipulations défensives à de mêmes causes d'inapplicabilité fondées sur le comportement condamnable du débiteur en cas de faute lourde ou de dol ainsi qu'aux mêmes limites tenant à l'utilité du contrat pour l'instant matérialisée par la notion d'obligation essentielle. Ces clauses défensives pourraient dès lors bénéficier de l'édition d'un régime commun clair et prévisible de nature à limiter leur potentiel effet déséquilibrant sur le contrat dans les cas les plus graves.

---

<sup>1</sup> Entreraient ainsi dans cette catégorie les clauses pénales et les clauses résolutoires mais également les clauses affectant l'action en justice elle-même en étendant par exemple la durée de la prescription de l'action.

\*  
\*   \*  
\*

### *Conclusion du Chapitre 1<sup>er</sup>*

271. ***Le nécessaire respect de l'intégrité du contrat.*** La liberté des parties d'aménager directement les conditions de recevabilité des actions qui pourraient découler de leur contrat leur permet d'écarter de nombreux litiges, ou de déterminer les sanctions applicables en cas d'inexécution de leurs obligations. Bien que touchant à la procédure, la volonté des parties est alors bridée par des contraintes ressortissant exclusivement du droit des contrats qui intervient pour rendre inapplicable les stipulations de nature à remettre en question les engagements des parties. C'est en effet la fidélité à l'engagement constitutif de la substance du contrat qui prévaut sur les aménagements de la faculté d'agir en justice ambitionnés par les parties. Les stipulations contractuelles doivent ainsi servir la cause du contrat et non la réduire à peau de chagrin. Cependant, si une renonciation générale à toute action est radicalement proscrite, rien ne semble s'opposer à ce qu'une renonciation large mais encadrée dans le temps par des délais raisonnables soit admise à l'instar des effets reconnus aux clauses de médiation préalable. Il est ainsi admis que les parties puissent faire usage de leur volonté afin de se dépouillier ou de réduire les moyens à leur disposition pour obtenir la sanction de l'inexécution de leurs obligations, sous certaines réserves. Les clauses de non recours ne peuvent en effet pas prétendre interdire l'exercice d'actions dont les droits ne sont pas disponibles au moment de la conclusion du contrat. La limite de l'ordre public prohibe ainsi logiquement la renonciation à certaines prérogatives contractuelles qui ne deviendront disponibles qu'une fois la nécessité de protection évanouie.

Par un mouvement de balancier inverse, le droit processuel vient assurer l'effectivité et le respect de la force obligatoire de ces stipulations en permettant d'opposer aux plaideurs agissant en violation d'une clause de non recours ou en contravention d'une obligation d'agir dans des délais raccourcis une fin de non-recevoir. Dans tous les cas cependant, le concours du droit processuel ne sera pas assuré d'office par le juge. Le non respect de la clause devra être invoqué par le défendeur pour être sanctionné.

Lorsque les parties s'accordent sur l'aménagement de l'action en justice, d'autres freins à leur liberté se font jour. D'une part, la force obligatoire du contrat interdit qu'elles puissent faire obstacle à la réalisation en justice des droits qu'il contient. La limitation du droit d'action dans le temps doit alors plier face à cet impératif tenant au droit des obligations pour éviter de ruiner l'utilité du contrat. Un délai utile pour agir en justice doit ainsi être ménagé par les parties et, le cas échéant, s'opposer à l'application de dérogations conventionnelles qu'elles auraient, par l'œuvre de leur volonté, établies entre elles. D'autre part, touchant à la procédure, leur volonté en la matière également limitée par les principes raisonnables d'organisation du service public de la justice, dont la maîtrise leur échappe. Il en va notamment ainsi lorsqu'elles souhaitent non pas réduire le délai dans lequel une action pourrait être exercée mais l'étendre. La faculté pour les parties de s'accorder sur un allongement des délais de prescription emporte en effet la conséquence d'engager le traitement judiciaire de plus d'actions, avec des difficultés plus grandes induites par le temps qui passe et justifiant classiquement le principe même de la prescription extinctive<sup>1</sup>. C'est la raison pour laquelle le législateur a décidé que le délai de

---

<sup>1</sup> Dépérissement des éléments de preuve, sauvegarde de la paix sociale, incurie du créancier dont l'inaction prolongée justifie qu'il perde son droit d'action...

prescription en matière civile ne pourrait être étendu à plus de 10 ans<sup>1</sup>. Cette indisponibilité du service de la justice se retrouve plus avant lorsque les parties désirent déterminer la compétence juridictionnelle relativement aux litiges qui pourraient survenir entre elles.

## Chapitre 2 - L'aménagement de l'action et de ses conséquences

272. *La limite consitutée par l'organisation du service public de la justice.* Cheminant plus avant encore sur le sentier menant au procès, la volonté des parties se trouve confrontée à de nouveaux obstacles qui viennent s'ajouter à ceux relatifs à leur convention elle-même. Dès lors que les parties ont pour ambition d'aménager l'action devant le juge étatique, l'organisation du service public de la justice, déjà envisagé comme limite à la faculté des parties d'allonger la prescription, surgit à nouveau pour brider leur liberté. La volonté des parties dans les conventions attributives de compétence se révèle ainsi parfois inefficace, mais parfois aussi extrêmement puissante (Section 1). En complément des clauses relatives à la procédure, fleurissent souvent des clauses à la nature processuelle bien moins affirmée, tendant à aménager les relations des parties au contrat en cas de litige (Section 2).

### Section 1<sup>ère</sup> L'aménagement de la compétence

273. *Les incidences du choix de juridiction.* Le choix d'une juridiction n'est pas neutre en termes de procédure et la stipulation opérant ce choix fait indubitablement partie des clauses participant à la gestion d'un conflit, que ce soit en termes de délais, de procédure, de modes de preuves admissibles ou de coûts à engager pour faire valoir ses droits ou se défendre. Il n'est d'ailleurs pas anodin que pour justifier certaines solutions la jurisprudence ait invoqué, tant au soutien de la clause attributive de juridiction qu'à celui de la clause compromissoire, que ces stipulations faisaient partie de l'économie des conventions<sup>2</sup>, voire même de l'opération économique<sup>3</sup>.

La contribution de ces stipulations à l'économie du contrat est cependant discutée<sup>4</sup>, au motif qu'elles n'auraient pas trait directement à la réalisation de l'opération poursuivie<sup>5</sup>. Il semble pourtant que l'économie d'un contrat puisse s'apprécier dans son ensemble, et non au seul regard des clauses touchant au noyau de l'opération. La survenance d'un différend est certes une donnée plus ou moins aléatoire, ce qui postulerait qu'elle ne soit pas prise en compte par les contractants. Force est de constater que l'approche inverse se manifeste dans la négociation des contrats, et que les discussions concernant les clauses relatives aux litiges sont loin d'être considérées comme anodines. Si ces stipulations sont étrangères à l'économie de l'opération envisagée, elles ne sont pas indifférentes dans le contrat envisagé comme un ensemble. C'est

---

<sup>1</sup> Article 2254 du Code civil.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 nov. 1986, n° 84-17745 ; *Bull. civ.* I, n° 277 p. 265 ; *JCP* 1987, IV, p. 41 ; *Rev. crit. DIP* 1987, p. 396, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD civ.* 1987, p. 547, obs. J. Mestre.

<sup>3</sup> CA Paris, 17 févr. 2011, n° 09/28533 ; *JDI* 2011 n° 2, 8, comm. I. Michou.

<sup>4</sup> La jurisprudence semble apprécier l'économie du contrat en fonction de sa nature : ainsi la clause compromissoire ne ferait pas partie de l'économie du contrat de transport, alors que dans la vente la clause attributive de compétence est opposable à l'assureur au motif que précisément elle en fait partie : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 févr. 2013, n° 11-27967, non publiée ; *D.* 2013, p. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *RTD com.* 2013, p. 324, obs. B. Bouloc ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 725, obs. D. Bureau.

<sup>5</sup> En ce sens not. A. Zelcevic-Duhamel : « La notion d'économie du contrat en droit privé », *JCP* 2001, I, 300.

notamment ce constat qui emporte la conviction qu'il est critiquable d'imposer à un tiers qui ne l'a pas accepté ni plus généralement pris en compte le recours à un juge qui entraînera des coûts supplémentaires comparativement au droit commun<sup>1</sup>.

274. **Les implications de l'aménagement de la compétence.** L'aménagement de ces composantes dès le stade du contrat par les clauses dérogeant aux règles légales de compétence, « aussi dangereuses qu'attirantes »<sup>2</sup>, permet aux parties de faire l'économie, le conflit venu, de procédures inutiles ou dilatoires pour déterminer le juge compétent. Il leur permet également d'estimer à l'avance les montants qui devront être engagés pour défendre leurs intérêts en justice, ou au contraire d'éviter de se voir attirées à un contentieux dans lequel elles ne sont pas frontalement impliquées, engendrant ainsi un morcellement des procédures qui pourrait leur profiter<sup>3</sup>. Une telle stipulation entraîne également, en l'absence de choix par les parties de la loi applicable à leur contrat, la dévolution de cette désignation de la loi applicable au juge désigné par la clause en application de ses propres règles de conflit. En choisissant ainsi le forum, les parties peuvent également indirectement influencer la loi par le prisme de laquelle sera appréciée leur convention. De plus, le choix de la juridiction étatique d'un pays dans lequel les parties ont leurs intérêts peut également permettre de faciliter l'exécution des décisions rendues par ladite juridiction le cas échéant. Ces stipulations ne sont ainsi pas anodines, et peuvent entraîner des conséquences que les parties n'avaient pas envisagées.

275. **Les avantages présentés par les conventions de juridiction.** Les clauses attributives de juridiction et les clauses compromissaires, réunies sous un même vocable de « conventions de juridiction »<sup>4</sup> en raison de l'éviction du juge normalement compétent qu'elles ont vocation à entraîner, sont désormais d'un classicisme tel qu'il serait pratiquement impossible de découvrir un contrat n'en contenant pas. Les justifications généralement avancées au soutien de leur validité sont au nombre de 3<sup>5</sup>. Ces clauses permettent en effet aux parties de fixer la juridiction compétente avec certitude, et donc d'établir une plus grande prévisibilité. Elles peuvent également sélectionner un juge « neutre », qui ne soit pas celui ni du défendeur ni du demandeur. Elles favoriseraient également le forum shopping, conçu positivement comme permettant aux parties de choisir le juge qu'elles considèrent le plus compétent en raison du domaine, entraînant ainsi une concurrence salubre entre les états pour rendre leurs juridictions et leur législation plus attractives.

Impactant frontalement la procédure applicable au litige futur, les conventions de juridiction permettent aux parties de s'écarter des règles du droit commun pour confier leur litige à une juridiction étatique dont elles s'accordent sur la compétence, ou plus radicalement encore pour précisément écarter l'intervention étatique dans l'œuvre juridictionnelle, en attribuant compétence à un tribunal arbitral. La clause compromissoire, qu'il convient de présenter de manière succincte, fait ainsi radicalement échec à la compétence des juridictions étatiques et a,

---

<sup>1</sup> V. *infra* n° 336.

<sup>2</sup> P. Deumier, au sujet des clauses attributives de juridiction, note sous Cass. 1<sup>e</sup> civ., 17 févr. 2010 ; *RDC* 2010, n° 3, p. 965.

<sup>3</sup> En ce sens, en application du Règlement Bruxelles I, v. Cass. 1<sup>e</sup> civ., 20 juin 2006, n° 05-16706 ; *Bull. civ. I*, n° 314, p. 271 ; *Procédures* 2007, comm. 137, C. Nourissat ; pour l'arbitrage, v. *infra* n° 672.

<sup>4</sup> N. Coipel-Cordonnier : *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1999, *sp.* n° 13, p. 12.

<sup>5</sup> Sur une critique de la démultiplication des justifications à l'admission des clauses d'élection de for, v. B. Rémy : « De la profusion à la confusion : réflexion sur les justifications des clauses d'élection de for », *JDI* 2011, doctr. 2.



en raison de son régime hors norme, indubitablement inspiré et devrait continuer d'inspirer de nombreuses évolutions en faveur de l'applicabilité des clauses attributives de compétence et plus généralement des clauses relatives aux litiges. La force de la liberté qui s'y exprime est par ailleurs proprement extraordinaire et bien plus étendue que celle dont peuvent faire preuve les parties lorsqu'elles aménagent la compétence de juridictions étatiques.

276. **La clause compromissoire ou le couronnement de la force de la volonté des parties.** La clause compromissoire est en effet la manifestation la plus éclatante du pouvoir dont peuvent disposer les parties d'influer sur la compétence, et au-delà, « l'expression la plus affirmée de la force obligatoire »<sup>1</sup>. Elle emporte des conséquences processuelles remarquables, fondées sur la volonté des parties qui, en cette matière peut-être plus qu'en toute autre, démontre son incroyable pouvoir. Forme de convention d'arbitrage, la clause compromissoire est définie par l'article 1442 du Code de procédure civile modifié par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage<sup>2</sup> : « La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats ». À l'instar du compromis, elle profite du principe compétence-compétence, qui comporte un aspect positif et un aspect négatif. Son effet positif est d'attribuer compétence à un tribunal arbitral pour le règlement des litiges pouvant surgir de la convention qui la contient ou qui y fait référence. Dans son effet négatif, il impose aux juridictions étatiques éventuellement saisies d'un litige qu'elle a vocation à traiter de se déclarer incompétentes sur demande d'une partie tant que le tribunal arbitral n'a pas statué, sauf si « le tribunal n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable »<sup>3</sup>.

La compétence attribuée aux arbitres relativement aux litiges pouvant naître du contrat principal est encore bien plus étendue. En vertu de l'effet positif du principe compétence-compétence, établi pour déjouer toute manœuvre dilatoire d'une partie, l'arbitre est seul compétent pour juger de sa propre compétence. La réforme de l'arbitrage a reformulé ce principe dans l'article 1465 du Code de procédure civile : « Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel ». Par cette compétence étendue, la clause compromissoire emporte renonciation anticipée au recours aux juridictions étatiques pour connaître du fond du litige, connaissance qu'elle attribue exclusivement à l'arbitre. De tels effets ont justifié une méfiance importante à son égard par le passé, laquelle n'est toujours pas entièrement dissipée.

Dans un premier temps devront être circonscrits les domaines et conditions de validité<sup>4</sup> des stipulations dérogeant aux règles de compétence instaurées par le législateur (§1<sup>er</sup>), puis leur

---

<sup>1</sup> Th. Clay : « La validité de principe de la clause compromissoire en matière interne », *D.* 2003, somm. p. 2469.

<sup>2</sup> J.-L. Delvolvé : « Présentation du texte proposé par le comité français de l'arbitrage pour une réforme du droit de l'arbitrage », *Rev. arb* 2006, p. 491 ; E. Gaillard et P. de Lapasse : « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.* 2011, chron. p. 175 ; B. Le Bars : « La réforme du droit de l'arbitrage ; un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *JCP* 2011, act. 67 ; Th. Clay : « "Liberté, Égalité, Efficacité" : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage » première partie, *JDI*, n° 2, avr. 2012, doctr. 4 et « "Liberté, Égalité, Efficacité" : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage » deuxième partie, *JDI*, n° 3, juill. 2012, doctr. 8 ; E. Kleiman et J. Spinelli : « La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité », *Gaz. Pal.* 27 janvier 2011 n° 27, p. 9, ét. 14528 ;

<sup>3</sup> Article 1447 du Code de procédure civile.

<sup>4</sup> Ne seront en effet pas distinguées la validité et la licéité de ces clauses, comme il est proposé par une partie de la doctrine.

régime exceptionnel, dérogoire au droit commun des conventions, devra être étudié pour comprendre l'impact que peut avoir, de manière exceptionnelle, cette expression de volonté sur des tiers au contrat contenant la clause (§2).

### §1<sup>er</sup> La validité des clauses aménageant la compétence

277. **Domaine et conditions de forme.** Les clauses aménageant la compétence exclusive d'une juridiction sont tout d'abord encadrées par un domaine de validité restreint, tenant aux litiges dont la connaissance peut être attribuée à un juge autre que celui déterminé par les règles légales de compétence (A). Le respect d'un certain formalisme est également imposé dans certaines hypothèses, dans le but de s'assurer du consentement des parties à une telle compétence dérogoire du droit commun que les parties déclarent impérative entre elles (B). Plus répandues dans les droits de *common law*, les clauses attribuant une compétence non exclusive à un tribunal normalement incompétent n'offrent qu'une option supplémentaire aux plaideurs ou à l'un d'eux seulement, sans pour autant nécessairement les contraindre à agir spécifiquement devant une juridiction déterminée. De telles clauses permettent également aux parties d'aménager la procédure applicable à leurs conflits éventuels et de les gérer en s'octroyant une certaine latitude dans le choix de la juridiction la plus favorable une fois le litige survenu (C).

#### A. Le domaine de validité des clauses aménageant la compétence

278. **Les limites dressées par l'ordre public.** Le domaine de validité des clauses aménageant la compétence est limité tantôt par un objectif de protection des intérêts des contractants, qui justifie que ceux considérés faibles ne puissent pas pâtir de cette faiblesse, tantôt par l'ordre public de direction qui interdit que les parties puissent disposer librement de certains droits. Par ailleurs, mettant en jeu le service public de la justice et l'organisation judiciaire, les clauses attributives de compétence judiciaire ont un domaine de validité plus restreint que celui des clauses compromissoires. Cheminant aux côtés de la liberté, nous étudierons en premier lieu le domaine de validité de la clause compromissoire (1<sup>o</sup>) pour apprécier le domaine de validité plus restreint des clauses attributives de juridiction (2<sup>o</sup>).

#### 1<sup>o</sup> Le domaine de validité étendu des clauses compromissoires

279. **S'abstraire des juridictions étatiques.** L'arbitrage est le plus souvent pratiqué, de nos jours, comme une justice de commerçants et comme le mode privilégié de résolution des litiges à l'heure de la mondialisation. Particulièrement répandue dans le commerce international, dans lequel elle représente la faculté de désigner une juridiction non étatique, composée de spécialistes du domaine considéré et permettant le règlement des litiges dans la confidentialité<sup>1</sup>, la clause compromissoire a pour effet de priver les juridictions étatiques de leur pouvoir juridictionnel afin de le confier à un juge privé. La convention d'arbitrage exploite ainsi la disposition de l'action en justice par les parties, qui jouissent d'une incroyable liberté :

---

<sup>1</sup> La confidentialité, en n'exposant pas le conflit, évite la radicalisation des positions des parties. Elle permet également de préserver l'image d'une société, ou d'éviter que ne se crée une jurisprudence qui lui soit défavorable sur un point donné ; sur le sujet, v. M. Armand-Prévoist : « Quelques interrogations sur le traitement des litiges entre sociétés commerciales », *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> mars 2007, n° 60, p. 2.

s'abstraire du juge étatique pour confier son différend à un juge présentant des qualités choisies.

280. **Le principe de validité en matière internationale.** L'attraction exercée par l'arbitrage est manifeste dans le commerce international. L'arbitre est y désormais conçu comme le « juge naturel », devenu un « juge international privé de la mondialisation, qui prend en charge non seulement les valeurs de libre échange, mais également celles de la morale universelle ou des intérêts généraux défendus par les états et la communauté internationale »<sup>1</sup>. En matière internationale, la clause compromissoire n'est entravée par aucune restriction quant à sa validité, reposant entièrement sur le postulat de la volonté des parties de recourir à l'arbitrage. Un véritable « principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité » a en effet été posé par l'arrêt *Zanzi*<sup>2</sup>. « En matière internationale, (...) tend à s'affirmer comme une véritable règle coutumière une présomption de compétence des opérateurs du commerce international »<sup>3</sup>.

281. **En matière interne.** En droit interne, la dérogation exceptionnelle au système de compétence de la juridiction étatique explique que sa validité soit restreinte dans un souci de protection. Si depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques le principe est celui de la validité de la clause compromissoire en matière interne, son objet particulier emporte certaines restrictions quant aux domaines dans lesquels elle peut être valablement conclue.

Pour déterminer de la validité de la clause compromissoire en droit interne, il convient de s'attacher à déterminer dans quelles limites l'éviction du juge étatique semble possible ou souhaitable, ou plutôt, comme cela a été proposé par M. Patrice Level, de déterminer les contours de l'arbitrabilité « positive », appréhendée « sous l'aspect d'une application de la liberté contractuelle au traitement du contentieux »<sup>4</sup>. La notion d'arbitrabilité du litige a vocation à délimiter l'arbitrage dans son ensemble et pas seulement le domaine de validité ou d'applicabilité de la clause compromissoire. Seule sera cependant ici examinée la problématique propre à la convention prévoyant, avant la survenance du litige, le recours à l'arbitrage. L'arbitrabilité peut se décomposer en deux sous catégories. L'arbitrabilité objective (b), qui concerne la libre disponibilité des droits en cause, dessine les contours de la possibilité de l'éviction du juge étatique. L'arbitrabilité subjective, qui concerne la qualité des parties à la convention d'arbitrage, éclaire sur ce qui est considéré comme une éviction indésirable du juge étatique en raison de la qualité des contractants. Elle est généralement considérée comme devant être réservée à la question de la faculté des personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage. Il nous semble cependant qu'elle pourrait également être considérée comme déterminant la faculté personnelle de certaines personnes à conclure une clause

<sup>1</sup> Ph. Fouchard : « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de G. Farjat*. éd. Frison Roche, 1999, p. 381, *sp.* p. 395.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 5 janv. 1999, n° 96-21430, *Zanzi* ; *Bull. civ.* I, n° 2, p. 1 ; *Rev. arb.* 1999, p. 260, note Ph. Fouchard ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 546, note D. Bureau ; *JDI* 1999, p. 784, note S. Poillot-Peruzzetto ; *D. Aff.* 1999, p. 474, note X. Delpech ; *RTD com.* 1999, p. 380, obs. E. Loquin ; *RGDP* 1999, p. 409, obs. M.-C. Rivier ; *Dr. et Patr.* 2000, n° 79, chron. 2514, obs. P. Mousseron ; *RDAl* 1999, p. 823, obs. Ch. Imhoos ; *Gaz. Pal.* 2000, 3, somm. p. 2019, obs. E. du Rusquec ; *RJDA* 1999, n° 3, n° 360 ; *Gaz. Pal.* 2000, 1, somm. p. 159.

<sup>3</sup> B. Oppetit : « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.* 1990, p. 551, *sp.* p. 566, qui renvoie à l'expression de « présomption de compétence des opérateurs du commerce international » employée par le professeur Eric Loquin dans son article « La réalité des usages du commerce international », *RIDE* 1989, p. 163.

<sup>4</sup> P. Level : « L'arbitrabilité », *Rev. arb.* 1992, p. 213, *sp.* p. 214.

compromissoire, et c'est en ce sens qu'elle sera envisagée dans les développements qui suivent (a). Ces deux composantes de l'arbitrabilité seront examinées ici uniquement à la lumière de la validité de la clause compromissoire en droit interne.

#### a) L'arbitrabilité subjective

282. **Rôle de l'arbitrabilité subjective.** L'arbitrabilité subjective a vocation à déterminer dans quelles hypothèses la volonté des parties peut confier à un tiers la mission de trancher le litige qui les oppose. Or il est craint que certaines catégories de justiciables soient empêchées en pratique d'avoir accès à la justice en raison de leur méconnaissance des rouages de la justice arbitrale et de ses coûts. C'est la raison pour laquelle il a semblé nécessaire de déclarer non valable la clause compromissoire, à l'instar d'autres clauses ayant le même objet procédural<sup>1</sup>, « dans toutes les hypothèses dans lesquelles un abus de puissance est à craindre, c'est-à-dire les rapports entre professionnels et non-professionnels »<sup>2</sup>.

283. **En arbitrage interne.** Suite à la mauvaise interprétation d'une décision exemplaire<sup>3</sup> qui avait pourtant exposé très clairement ce que devrait être la *ratio legis*<sup>4</sup> en la matière, la clause compromissoire avait été interdite par le législateur, sauf exceptions législatives. La loi NRE du 15 mai 2001 a corrigé l'injustice : le principe est celui de la validité de la clause compromissoire, assorti cependant de conditions. Le Code civil précise en effet que « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle »<sup>5</sup>. L'usage du singulier aurait pu laisser penser que le fait qu'une seule des parties conclue à raison de son activité professionnelle suffise. La clause serait alors valablement stipulée dans les actes mixtes. La doctrine puis la jurisprudence se sont cependant prononcées en sens inverse : pour que la clause compromissoire soit valable en vertu de l'article 2061 du Code civil, il faut qu'elle soit contenue dans un contrat conclu entre professionnels et en raison de leur activité. La qualité d'un seul ne saurait lui permettre d'attirer l'autre devant une juridiction arbitrale, et ce même si la partie qui n'a pas conclu en raison d'une activité professionnelle a été, auparavant, un professionnel<sup>6</sup>. L'exigence de la raison professionnelle est donc bilatérale et distincte de la qualité des parties.

L'article L. 721-3 du Code de commerce<sup>7</sup>, définissant la compétence des tribunaux de commerce, élargit considérablement le domaine de la clause compromissoire en lui ouvrant un

---

<sup>1</sup> La clause attributive de compétence est frappée de la même suspicion.

<sup>2</sup> Ch. Jarrosson : « La clause compromissoire (article 2061 du code civil) », *Rev. arb.* 1992, p. 259, *sp.* p. 273.

<sup>3</sup> Cass. civ., 10 juill. 1843, arrêt « Prunier », (reproduit dans *Rev. arb.* 1992, p. 399, avec les conclusions de l'avocat général Hello) ; *S.* 1843, I, 561, note L.-M. Devilleneuve.

<sup>4</sup> Par ailleurs considéré comme « une préfiguration du droit de la consommation » : Ch. Jarrosson : « La clause compromissoire (article 2061 du code civil) », *Rev. arb.* 1992, p. 259, *sp.* p. 263.

<sup>5</sup> Article 2061 du Code civil ; nous soulignons.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 29 févr. 2012, n<sup>o</sup> 11-12782 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 40 ; *D.* 2012, p. 1312, obs. X. Delpéch et note A.-C. Rouaud, p. 2991, pan. Th. Clay ; *Procédures* 2012, n<sup>o</sup> 4, comm. 17, L. Weiller ; *JCP* 2012, p. 310, obs. J. Béguin, p. 405, note J. Monéger et p. 843, obs. J. Ortscheidt ; *Rev. arb.* 2012, p. 359, note M. de Fontmichel ; *PA* 2012, n<sup>o</sup> 102, p. 11, note V. Legrand, n<sup>o</sup> 135, p. 7, note A.-S. Courdier-Cuisinier, n<sup>o</sup> 187-88, p. 14, note E. Faivre ; *Gaz. Pal.* 13-17 juill. 2012, p. 18, obs. D. Bensaude ; *Loyers et copropriété* 2012, comm. 113, E. Chavance ; *Deffrénois* 2012, n<sup>o</sup> 19, p. 966, note L. Ruet.

<sup>7</sup> Qui a lui aussi subi quelques turbulences législatives et quelques modifications : anciennement article L. 631 de l'ancien Code de commerce, il a été abrogé par mégarde puis réintégré par la loi NRE dans le Code de

large pan de la matière commerciale, notamment relativement au droit des sociétés<sup>1</sup>. Cependant, la dérogation à la compétence traditionnelle de la justice étatique apparaît toujours trop dangereuse pour les contrats de consommation<sup>2</sup> et les contrats de travail<sup>3</sup>, impliquant des particuliers, par postulat non suffisamment informés des conséquences engendrées par toute procédure arbitrale. Par principe, ces contrats ne sauraient contenir de clause compromissoire, qui serait ainsi nulle dans ces domaines.

284. **La réhabilitation de l'arbitrage comme justice neutre....** Cette position traditionnelle peut cependant être éprouvée. Elle est notamment remise en question en matière de droit du travail<sup>4</sup>. La raison en est qu'« il semble en effet curieux de percevoir l'arbitrage comme un instrument inégal de résolution des litiges. Non seulement sa source est contractuelle, donc convenue, mais en outre la convention d'arbitrage relève de la catégorie particulière des contrats de procédure qui ne sont pas, en eux-mêmes, des contrats déséquilibrés »<sup>5</sup>. Une clause compromissoire insérée hors de son domaine de validité, dans un contrat de travail ou dans un contrat de consommation, devrait-elle nécessairement être frappée d'inefficacité ? La circonscription du domaine de validité de la clause a pour but de protéger les parties structurellement faibles des dangers représentés par la procédure arbitrale, et non de l'arbitrage lui-même. Car en effet l'arbitrage est un mode de réalisation du droit sur un pied d'égalité avec l'office juridictionnel rempli par les juridictions étatiques.

285. **Mais inadéquate s'agissant des parties faibles.** Ainsi, selon le Professeur Loquin, « la non-arbitrabilité des litiges du droit de la consommation ou du droit du travail n'est pas liée au caractère impératif des règles qu'ils mettent en cause, mais trouve son fondement dans la volonté d'un ordre juridique de soustraire la partie faible à une procédure qui n'est pas jugée apte à garantir son droit d'ester en justice »<sup>6</sup>. La prépondérance de la volonté dans l'élaboration

---

l'organisation judiciaire à l'article L. 411-4, pour enfin être réintégré dans le Code de commerce par l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 portant refonte du Code de l'organisation judiciaire et modifiant le Code de commerce, le Code rural et le Code de procédure pénale.

<sup>1</sup> F. Fages et L. Jaeger : « Les nouveaux domaines de la clause compromissoire en droit des sociétés », *Bull. Joly* 2001, n° 171, p. 772.

<sup>2</sup> L'article R. 132-2 10° du Code de la consommation présume abusives les clauses compromissoires, et reconnaît ainsi leur dangerosité potentielle. Le professionnel peut cependant en apporter la preuve contraire, ce qui inciterait à penser que ces clauses ne sont pas nécessairement nulles. Dans le sens de la nullité de la clause compromissoire dans les contrats de consommation, v. Ph. Delebecque : « Arbitrage et droit de la consommation », *Dr. et patr.* mai 2002, p. 46.

<sup>3</sup> La nullité découle de l'article L. 1411-4 du Code du travail, qui confie la compétence exclusive et impérative en la matière aux conseils de prud'hommes : « Le conseil de prud'hommes est seul compétent, quel que soit le montant de la demande, pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre. Toute convention contraire est réputée non écrite ». La jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens CA Paris, 10 déc. 1985, *Rev. arb.* 1987, p. 157, note M.-Cl. Rivier ; CA Paris, 14 déc. 1990 ; *Rev. arb.* 1991, p. 365, note B. Moreau ; CA Paris, 4 juin 1992 ; *Rev. arb.* 1993, p. 449, obs. A. Hory ; *RTD com.* 1993, p. 642, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin ; CA Paris, 3 juill. 1997 ; *Rev. arb.* 1997, p. 611, obs. L. Degos.

<sup>4</sup> Rapport de J. Barthélémy et G. Cette pour le Conseil d'Analyse Economique, intitulé *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique* et disponible [http://www.cae.gouv.fr/IMG/pdf/CAE88\\_DroitSocial.pdf](http://www.cae.gouv.fr/IMG/pdf/CAE88_DroitSocial.pdf); sur ce rapport et sur l'absence d'incompatibilité entre protection du salarié et arbitrage, v. Th. Clay : « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette. », *Droit social* sept. 2010, p. 930.

<sup>5</sup> Th. Clay : « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette. », *Droit social* Sept. 2010, p. 930, *sp.* p. 931.

<sup>6</sup> E. Loquin : « Arbitrabilité et protection des parties faibles », communication au Comité français de Droit international privé, *Trav. Com Fr. DIP* 2004-2006, Pedone, 2008. p. 135, *sp.* p. 149 ; v. *ég.* sur le sujet M. de Fontmichel : *Le faible et l'arbitrage*. Préf. Th. Clay, Economica, 2013, *sp.* n° 64 et s., p. 44.

de cette procédure et la grande liberté dont disposent les parties pour l'aménager en font un outil potentiellement dangereux car pouvant attenter à l'accès à la justice des parties faibles, qui pourraient être dissuadées d'intenter une procédure arbitrale en raison, notamment, des coûts inhérents à une telle procédure. Un certain degré de protection se justifie ainsi afin d'écartier le risque de « déni de justice économique »<sup>1</sup>. L'arrêt *Prunier* en est l'exemple type : renoncer aux règles de compétence étatiques, c'est également éventuellement renoncer à la proximité et à la relative modicité des frais de procédure.

**286. *Le rétablissement du déséquilibre par l'ouverture d'une option de compétence lors de la survenance du litige.*** Une telle renonciation est ainsi considérée comme potentiellement périlleuse pour la partie faible lors de la conclusion du contrat, car la survenance d'un litige méritant d'être tranché n'est encore qu'une hypothèse incertaine. De plus, lors de la conclusion du contrat de consommation ou de travail, la partie faible est généralement privée de toute marge de négociation relativement à son contenu. Enfin, il est fréquent que les litiges découlant de ces contrats entre partenaires structurellement déséquilibrés soient d'un montant si faible que « le jeu n'en vaut pas la chandelle »<sup>2</sup>, en particulier en matière de contrat de consommation. Ces considérations expliquent qu'en quelques matières, la clause compromissoire doit être considérée comme dangereuse et, le cas échéant, écartée de certains contrats, afin de permettre à la partie faible de s'extraire de cette obligation si, une fois le litige survenu, elle lui apparaît constituer un obstacle à son droit d'accès à un tribunal. En revanche, on peut s'interroger sur la nature de la nullité frappant la clause compromissoire en ces domaines.

Si la partie faible consent à l'arbitrage et ne se prévaut pas de la nullité de la clause, pourrait-elle être empêchée d'avoir recours à l'arbitrage pour régler ses différends en raison de l'opposition de l'autre partie qui n'est pas empêchée de valablement conclure une telle convention d'arbitrage ? En d'autres termes, un arbitre saisi en vertu d'une clause compromissoire d'un litige entre personnes ne pouvant pas compromettre devrait-il nécessairement relever d'office son incompetence ? La jurisprudence a à ce sujet précisé, dans un arrêt un peu daté, que la nullité de la clause compromissoire en matière civile n'est pas d'ordre public<sup>3</sup>. Il pourrait ainsi parfaitement être considéré qu'à défaut de contestation de la validité de la clause compromissoire en raison de sa qualité de partie faible, cette dernière pourrait choisir de valablement s'engager dans une procédure d'arbitrage si elle lui apparaît conforme à ses intérêts. La partie faible pourrait ainsi bénéficier d'une option de compétence qu'elle pourrait exercer lors de la survenance du litige afin de lui permettre, le cas échéant, de revenir sur son choix d'évincer la juridiction étatique.

**287. *Une option au seul bénéfice de la partie faible.*** Cependant, dans le cas où la partie protégée déciderait finalement de soumettre le différend à l'arbitrage en vertu de la clause compromissoire, le cocontractant pour qui l'acte est établi à raison de son activité professionnelle ou dans le cadre d'une autre exception pourrait-il invoquer la nullité de la

---

<sup>1</sup> E. Loquin : « Arbitrabilité et protection des parties faibles », communication au Comité français de Droit international privé, *Trav. Com Fr. DIP 2004-2006*, Pedone, 2008. p. 135, *sp.* p. 137.

<sup>2</sup> Expression employée par le professeur Charles Jarrosson dans sa note sous CA Paris, 1<sup>e</sup> Ch. D., 7 déc. 1994, *Rev. arb.* 1996, p. 250.

<sup>3</sup> CA Paris, 19 déc. 1957 ; *D.* 1958, p 230, note crit. J.-D. Bredin ; concernant les contrats de consommation cependant, on peut s'interroger sur l'impact potentiel sur cette jurisprudence de l'obligation nouvelle faite au juge de relever d'office les clauses abusives dans les contrats de consommation ainsi que des décisions rendues par la CJCE en matière de clauses abusives.

clause compromissoire ? La question qui se pose en définitive est celle de savoir si la partie contractant à raison d'une activité professionnelle ou dans le cadre d'autres exceptions pourrait opposer la nullité de la clause au contractant protégé, en d'autres termes si la nullité affectant la clause compromissoire dans ce cas est relative ou absolue. Le choix de la nullité absolue, pourtant adopté par la jurisprudence<sup>1</sup>, contredirait frontalement l'objectif de protection justifiant l'interdiction de compromettre dans certaines hypothèses de déséquilibre structurel. Cela reviendrait à admettre que « le commerçant, qui est lié lorsqu'il a en face de lui l'un de ses pairs, ne l'est plus dès l'instant que son partenaire est une personne que le législateur a entendu protéger contre lui. Le simple bon sens interdit de s'accommoder d'un tel résultat, qui est la négation même de la nullité relative »<sup>2</sup>.

Il serait ainsi plus logique d'admettre que seule la partie considérée comme faible puisse invoquer la nullité de la clause compromissoire. Par ailleurs, si cette partie faible, une fois le litige né, accepte les conditions de la procédure arbitrale ou ne s'oppose pas à la mise en œuvre de la clause, elle devrait pouvoir la poursuivre librement en connaissance de cause et imposer à son cocontractant le respect de la convention d'arbitrage<sup>3</sup>. Toute solution contraire reviendrait à injustement contraindre la volonté de la partie faible de gérer son litige, alors même que l'arbitrage peut présenter, pour ces mêmes parties faibles, l'avantage de préserver la confidentialité et d'accélérer l'obtention d'une décision définitive.

La même justification devrait être adoptée au sujet de la clause compromissoire conclue entre deux personnes pour qui l'opération n'est pas à raison d'une activité professionnelle, ou ne rentrant pas dans les autres exceptions législatives autorisant la clause compromissoire. Le spectre du déséquilibre structurel ne pouvant planer au dessus de la relation entretenue par deux particuliers, et ce bien que le déséquilibre puisse exister en pratique, la clause compromissoire ne devrait pas souffrir d'une nullité absolue<sup>4</sup>. La jurisprudence ancienne incline en ce sens<sup>5</sup>. Elle admet qu'en l'absence de contestation de la clause compromissoire, les parties participant sans réserve à l'arbitrage sont réputées avoir couvert la nullité affectant la clause<sup>6</sup>. Une telle solution se justifie d'autant mieux qu'une fois le litige né, les parties auraient la faculté de soumettre leur différend à l'arbitrage par la voie du compromis, parfois d'ailleurs utilisé pour sauver une clause compromissoire nulle<sup>7</sup>. Pour certains auteurs cependant, une telle validité du compromis en ces matières ne semble pas non plus appropriée. En ce sens, il a été estimé que « ce n'est pas parce que le consommateur récupère, après la naissance du différend, la disponibilité de ses droits, qu'il consent forcément, en connaissance de cause, à un arbitrage

---

<sup>1</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 mai 1982, n° 81-10544 ; *Bull. civ.* II, n° 69 ; Cass. com., 2 déc. 1964 ; *Bull. civ.* IV, n° 533 ; *D.* 1965, p. 412 ; *JCP* 1965, II, n° 14041, note P.L.

<sup>2</sup> H. Motulsky : *Écrits t. II : études et notes d'arbitrage*. Préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, Dalloz, 1974, *sp.* p. 168.

<sup>3</sup> La solution de l'inopposabilité de la clause compromissoire au salarié dans un contrat international milite d'ailleurs clairement en faveur de la nature relative de la nullité.

<sup>4</sup> En ce sens *not.*, v. Ch. Jarrosson : « La clause compromissoire (article 2061 du code civil) », *Rev. arb.* 1992, p. 259, *sp.* p. 273.

<sup>5</sup> Cass. Req., 20 avr. 1931 ; *S.* 1931, I, p. 245 (« la nullité de la clause compromissoire (...) n'est pas d'ordre public ») ; 13 janv. 1947 ; *S.* 1947, I, p. 77, qui admet que la nullité puisse être couverte.

<sup>6</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 nov. 2002, n° 01-10047 ; *Bull. civ.* II, n° 264, p. 207 ; CA. Paris, 4 mai 1976 ; *Rev. arb.* 1976, p. 261, note Ph. Fouchard ; CA Paris. 12 janv. 1988 ; *Rev. arb.* 1988, p. 691, note L. Zollinger ; v. *cep.* CJCE, 26 oct. 2006, *Claro* ; *D.* 2006, AJ p. 2910, obs. V. Avena-Robardet et p. 3027, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2007, p. 109, note L. Idot ; *JCP* 2007, I, chron. p. 16, n° 1, Ch. Seraglini ; *JDI* 2007, p. 581, note A. Mourre qui adopte une solution contraire en matière de clauses abusives.

<sup>7</sup> v. *not.* Cass. com. 13 nov. 1972, n° 71-10942 ; *Bull. civ.* IV, n°284, p. 267.

équitable »<sup>1</sup>. En l'absence de règles protectrices du faible dans l'arbitrage permettant un accès sans dangers des parties en position de faiblesse structurelle à cette forme de réalisation de la justice<sup>2</sup>, le système établi par la jurisprudence permet déjà d'écarter les engagements contractuels inconsidérés intervenant en amont du conflit.

288. **Nullité ou inopposabilité.** On comprend ainsi qu'on s'interroge sur le caractère impératif de la nullité de la clause compromissoire en droit du travail : ne serait-il pas plus judicieux de prévoir, comme en matière internationale, non pas la nullité de clause qui n'est par ailleurs jamais retenue, fut-elle relative et à la disposition de la seule partie faible, mais l'inapplicabilité de la clause en cas d'opposition du salarié à sa mise en œuvre une fois le litige né et les droits disponibles<sup>3</sup> ? C'est semble-t-il la voie vers laquelle s'oriente la jurisprudence. Une décision de la Cour de cassation<sup>4</sup> a en effet retenu l'inopposabilité aux salariés, et non la nullité, de la clause compromissoire ayant vocation à régir, notamment, le contentieux relevant du contrat de travail interne, s'alignant ainsi sur la solution retenue en matière de contrat de travail international. Ce faisant, la haute juridiction adopte une solution mesurée et conforme à l'intérêt de la partie protégée. « La substitution de l'inopposabilité à la nullité consacre ainsi un nouvel équilibre relatif à la protection des salariés, fondée non plus sur une vision objective et dogmatique mais sur une vision subjective et consensualiste »<sup>5</sup>.

Il semble par ailleurs que cette décision entende très clairement marquer une certaine spécificité du contentieux social par rapport aux autres contentieux. En effet la décision ne se borne pas à déclarer la clause compromissoire inopposable au salarié. Elle proclame en effet, dans un attendu surprenant, qu'« il résulte de l'article 1141-4 du Code du travail que le principe compétence-compétence selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence n'est pas applicable en matière prud'homale ». Cet attendu a probablement pour but de justifier l'examen, par les juridictions étatiques, de la nature de la charte contenant la clause compromissoire pour en déduire son caractère d'avenant au contrat de travail et déterminer ainsi que la clause compromissoire qui y était contenue était inopposable au salarié.

Un tel attendu a cependant des conséquences collatérales bien plus larges en raison de la généralité de la formulation. Dénier l'application du principe compétence-compétence en matière prud'homale revient en effet à permettre au juge prud'homal de prononcer l'incompétence du tribunal arbitral à la demande d'un requérant qui argue que la clause a trait aux relations de travail. Or il n'est pas impossible que les juridictions prud'homales affirment la

---

<sup>1</sup> M. de Fontmichel : *Le faible et l'arbitrage*. Préf. Th. Clay, Economica, 2013, n° 66, p. 45.

<sup>2</sup> V. les propositions de M. de Fontmichel : *Le faible et l'arbitrage*. Préf. Th. Clay, Economica, 2013

<sup>3</sup> En ce sens, Th. Clay : « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette. », *Droit social* Sept. 2010, p. 930.

<sup>4</sup> Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 11-12905 et 11-12906 ; *Bull. civ.* V, n° 277 ; *Procédures* 2012, comm. 42, L. Weiller et n° 3, mars 2012, comm. 75, A. Bugada ; *JCP S* n° 5, 31 janv. 2012, 1049, comm. S. Brissy ; *RLDA* 2012, n° 68, note F. Laronze ; *Cah. Sociaux du barreau de Paris*, 1<sup>er</sup> févr. 2012, n° 238, p. 35, note J. Icard ; *PA* 2012, n° 89, p. 8, note L. Posocco, n° 141, p. 14, obs. A. Constantin ; *Gaz. Pal.* 2-3 mars 2012, p. 29, obs. V. Orif ; *JCP* 2011, act. 1417, obs. N. Dedessus-Le-Moustier ; *JCP* 2012, act. 690, §6, obs. Th. Clay, p. 843, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2011, p. 3002 ; *Dr. soc.* 2012, p. 309, obs. B. Gauriau ; *RTD com.* 2012, 351, obs. A. Constantin, p. 528, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2012, p. 333, note M. Boucaron-Nardetto ; *D.* 2012, p. 2991, pan. Th. Clay ; Avant cela, ayant déjà reconnu l'inopposabilité de la clause compromissoire à un salarié et non sa nullité, v. Cass. soc., 23 juin 1999, n° 97-16156 ; *Bull. civ.* V, n° 293, p. 211.

<sup>5</sup> J. Icard, note sous Cass. Soc., 30 nov. 2011, *Cahiers Sociaux du barreau de Paris*, 1<sup>er</sup> févr. 2012, n° 238, p. 35.



compétence de l'arbitre. La question de la compétence aura alors été à l'origine d'une vaine instance devant les juridictions prud'homales, alors qu'elle aurait pu plus efficacement se dénouer devant l'arbitre. En ce sens, l'ordre public de protection du salarié prime sur le principe d'efficacité de l'arbitrage, plus précisément sur le principe de faveur pour le consentement à l'arbitrage tel que défini par Mme. Bernheim-Van de Castele<sup>1</sup>. Mais cet attendu signifie aussi, à contrecourant de ce même principe, que la partie non protégée qu'un salarié souhaiterait attirer devant la juridiction arbitrale pourra en contester la compétence devant le juge étatique, renouant avec des manœuvres dilatoires que le droit de l'arbitrage s'efforce d'éradiquer.

289. **En matière internationale.** Ces interrogations relatives au domaine de validité de la clause compromissoire se posent avec moins d'acuité en matière d'arbitrage international, car la jurisprudence a depuis longtemps adopté une position de principe avec l'arrêt *Hecht*<sup>2</sup> : l'article 2061 n'est pas applicable à l'arbitrage international, la clause compromissoire contenue dans un acte mixte est dès lors valable. Une telle position implique ainsi d'imposer l'arbitrage aux parties généralement reconnues faibles, le consommateur et le salarié parties à un contrat international.

290. **La protection du consommateur dans les contrats de consommation internationaux.** En matière de contrat international de consommation, la Cour de cassation a, par la décision *Jaguar*<sup>3</sup>, confirmé le principe de la validité et posé celui de l'application de la clause compromissoire au contrat de consommation international, même si le consommateur s'y oppose. Cette position n'a pas été infléchie par la Cour de cassation depuis<sup>4</sup>. Il est ainsi possible pour le professionnel de mettre un obstacle supplémentaire à la réalisation des droits du consommateur, en lui imposant sa participation à un arbitrage potentiellement coûteux et d'une mise en œuvre difficile pour le consommateur. En ce sens il est généralement déploré que « la protection de la partie faible n'est donc pas assez assurée sur le terrain de l'arbitrage international et cette situation est d'autant plus inquiétante que le contractant le plus faible qui ne peut surmonter la question financière se voit ainsi privé d'accès à la justice »<sup>5</sup>. La préoccupation de l'accès à la justice en matière d'arbitrage semble d'ailleurs se faire jour quelles que soient les parties en cause, y compris celles réputées de forces égales<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Sur ce principe, v. L. Bernheim-Van de Castele : *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*. Préf. Th. Clay, Bruylant, 2012, *sp.* p. 63.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ. 4 juill. 1972, *Hecht* ; *Rev. arb.* 1974, p. 67, note Ph. Francescakis ; *Rev. crit. DIP* 1974, p. 82, note P. Level ; *JDI* 1972, p. 843, note B. Oppetit ; *RTD com.* 1973, p. 419, obs. Y. Loussouarn.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 21 mai 1997, n<sup>o</sup> 95-11427 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 159, p. 107 ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 87, note *crit.* V. Heuzé ; *RTD com.* 1998, p. 327, obs. E. Loquin et J.-C. Dubarry ; *Dr. et patr.* 1997, n<sup>o</sup> 53, 1800, p. 86, obs. P. Laroche de Roussane ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 21 mai 1997, n<sup>o</sup> 95-11428, non publiée ; *Rev. arb.* 1997, p. 537, note E. Gaillard ; *JDI* 1998, p. 969, note S. Poillot-Peruzzetto, confirmant la décision de la Cour d'appel CA Paris, 1<sup>er</sup> Ch. D., 7 déc. 1994 ; *Rev. arb.* 1996, p. 250, note Ch. Jarrosson ; *RTD com.* 1995, p. 401, obs. E. Loquin et J. C. Dubarry ; *D.* 1995, somm. p. 318, obs. J. P. Pizzio.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 30 mars 2004, n<sup>o</sup> 02-12259 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 97, p. 78 ; *D.* 2004, jur. p. 2458, note I. Najjar ; *RTD com.* 2004, p. 447, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2005, p. 115, note X. Boucobza ; *JCP* 2005, I, 134, §3, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2005, pan. p. 3050, obs. Th. Clay.

<sup>5</sup> F. Valencia : « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2007, p. 45, *sp.* p. 60.

<sup>6</sup> V. récemment CA Paris, pôle 1, ch. 1, 17 nov. 2011 ; *JDI* 2012, doct. 2, X. Boucobza et Y.-M. Serinet ; *Cah. Arb.* 2012, p. 159, note D. Cohen ; *JCP* 2012, p. 843, n<sup>o</sup> 6, obs. Ch. Seraglini.

Une décision<sup>1</sup>, critiquable par ailleurs, a cependant semblé ouvrir la voie vers une contestation de la validité de la clause compromissoire contenue dans un contrat de consommation, suivie par d'autres en matière de clauses attributives de juridiction<sup>2</sup>. L'affaire était purement interne, mais la solution semble susceptible de s'appliquer, dans une certaine mesure, à l'arbitrage international dès lors que la protection contre les clauses abusives est assurée par le droit communautaire<sup>3</sup>. Saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale, une juridiction espagnole a interrogé la CJCE pour savoir si la législation sur les clauses abusives pouvait fonder une annulation de la sentence au motif que la clause compromissoire serait abusive, alors même que la nullité de la clause n'avait pas été soulevée devant les arbitres.

La Cour a répondu par l'affirmative, remettant ainsi en cause le principe selon lequel le contrôle opéré par le juge étatique sur les sentences arbitrales doit être léger, voire superficiel. En effet soit la sentence peut être annulée sur le fondement de l'absence ou de la nullité de convention d'arbitrage, qui ne peut être décelée en amont puisque la clause est seulement présumée abusive, sans que cette présomption soit irréfragable. La clause compromissoire ne serait ainsi pas manifestement nulle ou inapplicable, et seul l'arbitre serait compétent pour en juger. Un tel contrôle est en ce sens nécessairement approfondi, tant avant que l'arbitrage ne soit déclenché qu'une fois la décision rendue pour déterminer si la clause est réellement abusive, le professionnel pouvant rapporter la preuve du contraire. Soit la sentence est contraire à l'ordre public communautaire et son exequatur doit être refusé du seul fait que le juge n'a pas pu examiner d'office si la clause est ou non abusive, ce qui reviendrait alors en définitive à radicalement exclure l'arbitrage pour les litiges de la consommation relevant du domaine de la réglementation communautaire des clauses abusives. Dans les deux cas, la solution n'est pas satisfaisante. L'effectivité de l'arbitrage en matière de droit de la consommation n'est manifestement pas assurée par les solutions actuelles. La confrontation frontale de l'arbitrage avec l'ordre public communautaire est certainement un signe que de nouvelles règles, plus prévisibles et respectueuses des intérêts des parties faibles doivent être recherchées.

291. **La solution de l'inopposabilité.** La solution la plus simple pour régler cette confrontation entre droit de l'arbitrage et droit consommériste serait probablement d'adopter l'inopposabilité de la clause au consommateur et lui permettre de saisir les juridictions étatiques compétentes. Une telle solution serait par ailleurs conforme à celle qui est posée au sujet des clauses attributives de juridiction, valides dans la seule mesure où elles offrent une option supplémentaire à la partie protégée. On peut cependant se demander si les instances communautaires se satisferaient d'une telle solution, dans la mesure où la partie faible avait, dans la décision *Claro*, été informée du fait qu'elle pouvait saisir les tribunaux étatiques, et avait ainsi choisi de s'engager dans la procédure arbitrale en toute connaissance de cause, ce qui n'a pas empêché les juges communautaires de préconiser l'annulation de la sentence arbitrale en raison de la nullité présumée de la convention d'arbitrage.

Avec nombre d'auteurs, on ne peut que déplorer qu'il ait été admis que, sous prétexte de protection, le consommateur puisse instrumentaliser la législation consommériste pour solliciter l'annulation d'une solution qui lui déplait alors même qu'il avait accepté de se plier à la procédure. Dès lors que la partie faible a accepté de se soumettre à l'arbitrage, en connaissance

<sup>1</sup> CJCE, 26 oct. 2006, *Claro* ; D. 2006, AJ, p. 2910, obs. V. Avena-Robardet et p. 3027, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2007, p. 109, note L. Idot ; *JCP* 2007, I, chron. p. 16, n° 1, Ch. Seraglini ; *JDI* 2007, p. 581, note A. Mourre.

<sup>2</sup> v. *infra* n° 300.

<sup>3</sup> En ce sens, L. Idot, note sous CJCE, 26 oct. 2006, *Rev. arb.* 2007, p. 109, *sp.* p. 119.

de cause et une fois le litige né, sa volonté devrait pouvoir produire plein effet. S'il est en effet acceptable d'admettre que la volonté de la partie faible doive être réitérée une fois le litige survenu pour manifester sa renonciation à une procédure considérée comme plus protectrice de ses intérêts, un tel accord à l'arbitrage ne devrait pas pouvoir être remis en cause indéfiniment. Sa renonciation à se prévaloir de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause devrait en ce sens pouvoir lui être opposée. La partie faible, comme tout autre contractant, doit tenir ses engagements et assumer ses décisions quand leur faiblesse n'est plus susceptible d'handicaper sa volonté.

292. **La protection du salarié dans les contrats de travail internationaux.** La qualification de partie faible est, pour l'instant, négligée dans les contrats internationaux de consommation par le droit français de l'arbitrage international. Elle n'est en revanche pas dépourvue d'intérêt dans les contrats de travail internationaux. Malgré la validité de principe de la clause compromissoire en matière internationale, y compris dans les contrats liant une partie réputée faible et un contractant « fort », la clause compromissoire peut rencontrer des obstacles à sa mise en œuvre en cette matière. L'objectif de protection du salarié s'oppose en effet à son application : « la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables »<sup>1</sup>, peu important le fondement de la compétence de la juridiction paritaire. En effet, la juridiction prud'homale est considérée comme saisie valablement dès lors que les contrats s'exécutent en France ou que l'employeur y est établi<sup>2</sup>. L'utilisation du terme « opposabilité » a surpris, en ce qu'il fait classiquement référence aux relations entre le contrat et les tiers. Une telle utilisation s'explique cependant car « il ne s'agit plus de l'inopposabilité à l'égard des tiers (...), mais de l'inopposabilité au sens générique, c'est-à-dire au sens d'un acte dont certains effets sont neutralisés, y compris à l'égard d'une partie à l'acte »<sup>3</sup>. Pour produire ses effets, la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail doit ainsi en quelque sorte être acceptée à nouveau par le salarié une fois le litige né, que ce soit tacitement, en participant sans réserve à la procédure arbitrale ou en saisissant lui-même le tribunal arbitral ou, plus explicitement, en convenant d'un compromis.

293. **Disparité de traitement entre parties faibles en matière internationale.** L'inopposabilité permet ainsi la protection du salarié dans un contexte international, mais la protection de la partie faible n'y est pas encore assurée de manière homogène, les consommateurs étant, pour l'instant, exclus d'une telle protection. La disparité dans le

---

<sup>1</sup> Cass. soc. 16 févr. 1999, n° 96-40643 ; *Bull. civ.* V, n° 78, p. 57 ; *D.* 1999, IR, p. 74 ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 745, note F. Jault-Seseke ; *Rev. arb.* 1999, p. 290, note M.-A. Moreau ; *JCP E* 1999, p. 1685, note P. Coursier et p. 748, obs. F. Taquet ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 62, p. 20, note M.-L. Niboyet ; *PA* 2000, n° 158, p. 4, obs. F. Jault-Seseke ; *Dr. et patr.* 1999, n° 74, n°2390, obs. P.-H. Antonmattéi ; *JCP* 2000, II, 10337, note D. Ammar ; *PA* 2002, n° 242, p. 19, obs. F. Jault-Seseke ; Cass. soc., 4 mai 1999, n° 97-41860 ; *Bull. civ.* V, n° 191, p. 140 ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 745, note F. Jault-Seseke ; Cass. soc., 9 oct. 2001, n° 99-43288 ; *Bull. civ.* V n° 312, p. 250 ; *D.* 2001, p. 3170, obs. C. Dechristé ; *Rev. arb.* 2002, p. 347, note Th. Clay ; *PA* 2002, n° 242, p. 19, obs. F. Jault-Seseke ; *JCP* 2001, IV, 2878 ; Cass. soc., 28 juin 2005, n° 03-45042 ; *Bull. civ.* V, n° 216, p. 189 ; *JCP* 2005, 1684, obs. J. Béguin ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 159, note F. Jault-Seseke ; *D.* 2005, IR p. 2035 et p. 3052, obs. Th. Clay ; *JDI* 2006, p. 616, obs. S. Sana-Chaillé de Néré ; v. déjà en d'autres termes, s'appuyant sur la nullité de la clause Cass. soc., 12 févr. 1985 ; *Rev. arb.* 1985, p. 47, note M.-A. Moreau ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 469, note M.-L. Niboyet ; CA Paris, 10 déc. 1985 ; *Rev. arb.* 1985, p. 157, note M.-C. Rivier.

<sup>2</sup> Sur la pertinence des autres critères de compétence de la juridiction prud'homale en matière internationale, v. P. Mayer : « Les clauses relatives à la compétence internationale insérées dans les contrats de travail », in *Mél. D. Holleaux*. Litec, 1990, p. 263.

<sup>3</sup> Th. Clay, note sous Cass. soc., 9 oct. 2001 *préc.*, *Rev. arb.* 2002, p. 347, *sp.* p. 353.

traitement des consommateurs et des salariés, tous deux parties faibles, dans les contrats internationaux est déplorée<sup>1</sup>. Il apparaît en effet préférable que le consentement à l'arbitrage du consommateur doive également être réitéré une fois le litige né, sous peine de le priver d'un droit d'accès effectif à un tribunal. Or un droit qui a une conception si haute de la justice qu'il organise une compétence extraordinaire de ses tribunaux pour éviter le déni de justice<sup>2</sup> ne saurait par ailleurs restreindre l'accès à la justice aux petits consommateurs pour lesquels l'arbitrage ne semble pas une solution adaptée, du moins en l'absence d'aménagements spécifiques.

294. **La réitération du consentement de la partie réputée faible comme gage de protection de son droit d'accès à un tribunal.** Quelle que soit la modalité choisie, une nouvelle manifestation de volonté est nécessaire pour que la clause compromissoire initialement conclue puisse produire ses effets. Le consentement à l'arbitrage est en cause, et doit être réitéré une fois les droits devenus disponibles et le risque de pressions potentielles disparu. On constate ainsi que la volonté de la partie faible est en définitive à double détente. L'engagement initial de cette volonté pour gérer le conflit en dérogeant aux règles légales de compétence plus protectrice a pour effet de valablement contraindre la partie « forte » à l'arbitrage. Elle n'engage en revanche pas réellement la partie faible, dont le consentement devra être réitéré pour que la clause reçoive application. Conclure une clause compromissoire avec une partie faible n'est ainsi que peu recommandable pour les professionnels. Ils pourront se voir opposer leur propre engagement à l'arbitrage mais ne pourront pas attirer leur cocontractant devant l'arbitre si celui-ci s'y refuse une fois le litige né. La gestion du conflit par le contrat tourne alors paradoxalement en faveur de celui qui n'a, le plus souvent, pas imposé la clause, la partie faible disposant d'une option une fois le litige né, et ce quelle que soit sa position procédurale : contraindre son cocontractant à l'arbitrage ou déjouer ses prévisions et soulever l'inopposabilité de la convention d'arbitrage à son égard. Une conclusion s'impose : la clause compromissoire stipulée dans un contrat avec une partie faible n'est pas, pour le professionnel, un bon outil de gestion du contentieux<sup>3</sup>. Elle peut cependant conserver une certaine utilité en raison de la dissuasion qu'elle opère *prima facie* sur la partie faible qui souhaiterait agir en justice contre son cocontractant.

295. **La partie faible défenderesse.** La solution de l'inopposabilité de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international assure incontestablement une certaine protection au bénéfice des parties faibles dès lors qu'elle tend à reconnaître au juge saisi la faculté d'apprécier l'applicabilité de la clause en dépit du principe de la composante négative du principe compétence-compétence qui découle normalement de la clause compromissoire. Mais cette protection n'est susceptible d'être effective que lorsque la partie faible prend l'initiative de l'action et la porte devant le juge étatique. Cette protection ne fait ainsi que neutraliser l'exception d'incompétence soulevée par la partie forte qui souhaite attirer son cocontractant à l'arbitrage.

---

<sup>1</sup> *Contra* X. Boucobza, note sous Cass. 1<sup>e</sup> civ., 30 mars 2004, *Rev. arb.* 2005, p. 115.

<sup>2</sup> Initiée par la jurisprudence *Nioc* (Cass. 1<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2005, *Nioc*, n<sup>o</sup> 01-13742 et 02-15237 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 53, p. 45 ; *Rev. arb.* 2005, p. 693, note H. Muir-Watt ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 140, note Th. Clay ; *RTD com.* 2005, p. 266, obs. E. Loquin ; *D.* 2007, p. 2727, note S. Hotte ; *Gaz. Pal.* 27-28 mai 2005, n<sup>o</sup> 118, p. 3, note S. Lazareff ; *Gaz. Pal.* 28 mai 2005 n<sup>o</sup> 148, p. 37, note F.-X. Train), cette compétence exceptionnelle du juge d'appui français a été consacrée dans l'article 1505, 4<sup>o</sup> par le décret 2011-48 du 13 janvier 2011.

<sup>3</sup> Pas plus que ne l'est d'ailleurs la clause attributive de juridiction ; v. *infra* n<sup>o</sup> 304

La question de la protection de la partie faible une fois la procédure arbitrale engagée reste dès lors entière, la jurisprudence n'ayant pas eu à se prononcer en cette hypothèse. Certes, il n'est pas à exclure que la décision affirmant l'éviction de la priorité de l'arbitre pour statuer sur sa compétence soit étendue aux hypothèses dans lesquelles l'arbitre a été préalablement saisi. Ayant déjà, en matière sociale, attenté à la seconde branche de l'exception à la compétence arbitrale posée à l'article 1448 du CPC en s'affranchissant du caractère manifeste de la nullité pour écarter le principe compétence-compétence de l'arbitre, la Chambre sociale de la Cour de cassation pourrait souhaiter renverser le caractère exceptionnel de la mise à l'écart de la compétence arbitrale en matière de contrat de travail en s'estimant compétente pour apprécier la nullité de la clause alors même que l'arbitre serait déjà saisi du litige. La généralité de l'attendu posé par l'arrêt semble pouvoir appuyer une telle prédiction, puisque c'est le principe compétence-compétence lui-même qui apparaît dans la formulation de la Cour de cassation devoir se soumettre à la disposition du Code du travail<sup>1</sup>. Reste qu'une telle brèche ne concernerait que le domaine social, et ne semble pas au demeurant constituer une solution réellement satisfaisante.

La justification apportée à la compétence imposée des tribunaux étatiques en matière de contrat de travail international a en effet pu sembler inappropriée<sup>2</sup> : la compétence des tribunaux arbitraux serait écartée en raison de la compétence des tribunaux français dès lors que la volonté initiale du salarié de recourir à l'arbitrage ne serait pas exprimée à nouveau en ce sens. Une telle justification n'est pas propre à assurer la protection des salariés en raison de son caractère spécifique, se fondant sur une seule problématique de conflit de compétence. La seconde composante de l'arbitrabilité pourrait alors fonder une protection que l'arbitrabilité subjective seule ne permet pas.

#### b) L'arbitrabilité objective

296. **La notion centrale de libre disponibilité des droits.** L'arbitrage a un domaine limité, bien plus en matière interne qu'internationale. Il n'est pas possible d'y avoir recours en toute matière. Il semble qu'un critère unique puisse désormais être dégagé concernant les matières susceptibles d'être enveloppées par l'arbitrage, et à quel moment. La notion de libre disponibilité des droits est en effet aujourd'hui reconnue par une partie de la doctrine comme le pivot de la définition de l'arbitrabilité. Une notion complémentaire figure pourtant toujours dans la loi, dont l'importance a cependant été considérablement atténuée par l'œuvre jurisprudentielle. L'article 2060 du Code civil fait référence aux « matières qui intéressent l'ordre public », sur lesquelles on ne saurait s'adresser à la justice arbitrale. « Complément inutile et équivoque de l'article 2059 », cet article, en ce qu'il introduit une référence à la notion d'ordre public est très critiqué. Il semble en effet que l'appel à cette notion puisse être à l'origine d'une confusion regrettable entre l'arbitrabilité du litige et le respect par la sentence de l'ordre public. Car « les droits échappent à la volonté de leur titulaire lorsque l'ordre public s'y oppose. L'article 6 du Code civil qui limite la liberté contractuelle s'applique à tous les domaines de celle-ci et notamment à la convention d'arbitrage »<sup>3</sup>. Un auteur appelle ainsi logiquement à « en finir avec cette fonction de l'ordre public dans la définition de

---

<sup>1</sup> « Il résulte de l'article 1141-4 du Code du travail que le principe compétence-compétence selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence n'est pas applicable en matière prud'homale », Cass. soc., 30 nov. 2011 *préc.*

<sup>2</sup> V. *not.* F. Jault-Seseke, note sous Cass. soc. 16 févr. 1999 *préc.*

<sup>3</sup> P. Level : « L'arbitrabilité », *Rev. arb.* 1992, p. 213, *sp.* p. 232.

l'arbitrabilité »<sup>1</sup>. L'importance de l'ordre public se situe en aval, lors de l'examen de la conformité de la sentence avec l'ordre juridique dans lequel son exécution est demandée et ce n'est qu'alors que le système juridique sollicité peut utilement faire valoir les considérations qu'il estime supérieures et refuser de porter son concours à l'exécution d'une décision qu'il considère contraire aux intérêts qu'il protège.

L'arbitrabilité objective concerne la libre disponibilité des droits objets du litige, qui peut se définir comme la faculté pour le titulaire du droit d'en disposer le plus librement possible, y compris en y renonçant. L'article 2059 du Code civil établit en effet que dès lors que les droits en cause sont disponibles, la voie de l'arbitrage est ouverte pour le règlement du litige. *A contrario*, lorsque les droits en cause sont indisponibles, ils ne peuvent faire l'objet d'une procédure arbitrale. Or certains droits ne sont pas nécessairement disponibles lors de la conclusion de la convention principale, mais peuvent le devenir lors de la survenance de certains événements. Le domaine de validité de la clause compromissoire est ainsi plus restreint que celui de l'arbitrabilité générale. Certains droits, « indisponibles à l'état de droit éventuel et disponibles à l'état de droit né et actuel », sont donc exclus du périmètre de validité de la clause compromissoire en droit interne. Il en va ainsi par exemple du compromis qui peut valablement être conclu postérieurement à la rupture du contrat de travail, alors que l'absence de disponibilité des droits lors de la conclusion du contrat ou avant la rupture pourrait entraîner la nullité de la clause compromissoire portant sur le même objet<sup>2</sup>.

La libre disponibilité des droits pourrait être invoquée au soutien de l'inopposabilité des clauses compromissoires aux parties faibles et fournirait une raison plus satisfaisante<sup>3</sup> à l'inopposabilité de la clause compromissoire au salarié, qui s'articulerait par ailleurs parfaitement avec la validité du compromis en ces matières : le choix de l'arbitrage par le salarié ne pourrait ainsi être définitivement fait qu'une fois le litige né et les droits disponibles. En ce sens, le salarié disposerait de la faculté de s'opposer à la mise en œuvre d'un arbitrage initié par son cocontractant sur le seul fondement de la clause compromissoire. En sens inverse cependant, il devrait être admis que la demande d'arbitrage émanant de la partie faible elle-même une fois les droits en cause devenus disponibles soit valable et que le cocontractant soit tenu de se plier à la procédure arbitrale. À nouveau, le caractère opportun de l'inopposabilité et de la nullité relative ressurgit, comme constituant la source d'une meilleure protection de la partie faible en offrant une alternative, à son seul bénéficiaire, lors de la mise en œuvre de l'action.

Le même raisonnement serait applicable aux litiges issus des contrats de consommation internationaux : si la compétence de l'arbitre est contestée devant le juge national, faute de consentement renouvelé à l'arbitrage une fois les droits disponibles, celui-ci devrait alors pouvoir être saisi du litige et la clause compromissoire déclarée inopposable au consommateur international. Il pourrait en effet être considéré que le droit d'action de ces parties faibles ne serait pas disponible lors de la conclusion du contrat en raison d'un ordre public de protection, et ne le deviendrait qu'une fois le litige né. Une telle position permettrait d'unifier le régime de ces stipulations aménageant l'action en justice en offrant une assise stable à la protection du droit d'agir en justice des parties faibles. Elle devrait, pour être efficace en toutes circonstances, nécessairement s'abstraire du principe compétence-compétence et de l'exigence du caractère

<sup>1</sup> P. Level : « L'arbitrabilité », *Rev. arb.* 1992, p. 213, *sp.* p. 218.

<sup>2</sup> Cass. soc., 5 nov. 1984; *JCP* 1985, II, 20510, obs. N. S.; CA. Paris, 1<sup>re</sup> ch., 14 déc. 1990, juris-data n° 1990-025181.

<sup>3</sup> En ce sens not. v. F. Jault-Seseke, note sous Cass. soc. 16 févr. 1999 *préc.*, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 745 ; A. Mourre, note sous CJCE 26 oct. 2006, *Claro*, *JDI* 2007, p. 581.

manifeste de la nullité de la clause compromissoire, ce que le tribunal arbitral soit ou non saisi. Le professeur Seraglini se prononce en ce sens : « il faut apporter une véritable dérogation à l'effet négatif du principe compétence-compétence au nom de lois de police restreignant l'efficacité des clauses compromissoires à l'égard des parties faibles »<sup>1</sup>. L'atteinte à l'efficacité de l'arbitrage qui en résulte est certaine. On peut cependant se demander si la protection des plus faibles n'est pas à ce prix. Le fondement de la libre disponibilité des droits semble par ailleurs avoir un rôle à jouer s'agissant de la restriction souhaitable au domaine de validité des clauses attributives de juridiction.

## 2° Le domaine de validité restreint des clauses attributives de juridiction

297. **Une restriction fonction de la nature de la compétence en cause.** La compétence des juridictions est composée de deux paramètres : la compétence matérielle, *ratione materiae*, détermine le type de juridiction appropriée en raison de la matière et des montants en jeu. La compétence territoriale recouvre quant à elle la localisation du tribunal compétent. La volonté des parties de déroger aux règles de compétence de droit commun est plus efficace en matière de compétence territoriale (b), puisqu'il s'agit alors seulement de modifier l'endroit où l'affaire devra être jugée. La compétence matérielle, imprégnée d'ordre public et de considérations propres à la bonne administration de la justice, se montre bien plus rétive aux aménagements que pourraient souhaiter y apporter les parties (a). Il convient d'emblée de préciser que seules nous intéresseront ici les clauses attribuant la connaissance exclusive d'un litige à une juridiction donnée. Ces clauses représentent la grande majorité des clauses attributives de juridiction conclues dans les pays de droit civil, le principe retenu dans les conventions internationales étant qu'à défaut de précision, un accord d'élection de for est réputé exclusif<sup>2</sup>. Les clauses offrant une option de compétence aux contractants ou à l'un d'eux seulement seront envisagées par ailleurs<sup>3</sup>.

### a) La validité des aménagements relatifs à la compétence matérielle comme exception

298. **Le juge garant du respect des règles de compétence matérielle.** La spécialisation des juridictions et des procédures associées prenant en compte les particularités des types de contentieux impose qu'il ne puisse être dérogé aux ordres de juridiction. Il serait pareillement impossible pour des contractants de prévoir que leur litige sera tranché directement par une cour d'appel sans passer par une juridiction de première instance, ou de se ménager l'accès à un second degré de juridiction alors que la loi n'en a prévu qu'un. Aucune dérogation à la compétence fondée sur les degrés de juridiction n'est admise, alors que par comparaison, en arbitrage interne, bien que l'absence d'appel soit désormais la règle, les parties peuvent prévoir que la sentence sera susceptible d'appel<sup>4</sup>. L'aménagement de certaines composantes de la compétence étatique est ainsi radicalement hors de portée de la volonté des parties en raison de la mise en cause de l'organisation du service public de la justice dont les intérêts supérieurs justifient que tout justiciable ne puisse soumettre à son bon vouloir la disponibilité de la justice

<sup>1</sup> Ch. Seraglini : « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *Gaz. Pal.* 14-15 déc. 2007, p. 5 ; l'auteur envisage également la position de l'arbitre face à ces lois de police, en lui réservant une « relative liberté d'action » pour l'application de la loi de police en cause.

<sup>2</sup> Article 3 b) de la Convention de la Haye du 30 juin 2005, non encore entrée en vigueur, et article 23 de la Convention de Lugano révisée.

<sup>3</sup> V. *infra* n° 315.

<sup>4</sup> Article 1489 du CPC.

à son égard. Certaines règles de procédure peuvent néanmoins permettre aux plaideurs de contourner, dans certaines hypothèses, l'interdiction de supprimer le premier degré de juridiction<sup>1</sup>.

Le respect de ces règles de compétence impérative est assuré par le juge lui-même. L'article 92, al. 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile énonce que « l'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public (...) ». La déclaration d'incompétence n'est cependant qu'une simple faculté pour le juge. Si celui-ci ne soulève pas d'office son incompétence, la clause attributive de juridiction illicite pourrait en conséquence recevoir application, la volonté des parties étant ainsi seulement virtuellement inefficace à prévoir une prorogation de compétence interdite. Si une telle prorogation n'est pas contestée, ni par le juge, ni par les parties, le litige sera ainsi tranché par la juridiction désignée par la clause attributive de compétence. À l'instar des clauses compromissoires, les clauses attributives de compétence se heurtent également à la problématique de la libre disposition des droits. Certains aménagements de compétence sont ainsi ouverts à la volonté des parties, mais seulement une fois le litige né<sup>2</sup>.

**299. Exceptions au principe de nullité des clauses attributives de compétence matérielle en matière interne.** L'invalidité des clauses attributives de juridiction en matière interne se révèle moins absolue lorsque la stipulation entend déroger à la compétence fondée sur la nature des juridictions. Le principe reste celui de la nullité des prorogations de compétence car en grande majorité ces règles de compétence sont d'ordre public. Certains auteurs militent d'ailleurs en faveur d'une interdiction absolue des prorogations conventionnelles de compétence d'attribution<sup>3</sup>. Il apparaît cependant que dès lors que les règles d'attribution de compétence ne sont pas d'ordre public, les clauses attributives de juridictions devraient être admises. Deux exceptions se profilent ainsi.

La première est fondée sur la qualité de juridiction de droit commun du tribunal de grande instance, posée par l'article R. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire. Il peut connaître des litiges dans les matières dont la compétence n'est pas attribuée de manière exclusive à une autre juridiction, ou plutôt, selon une doctrine autorisée, dont la compétence n'est pas d'ordre public<sup>4</sup>. Il en est ainsi pour la compétence en matière de baux d'habitation qui peut, par volonté des parties, être confiée au tribunal de grande instance<sup>5</sup>. De même, certains litiges entre commerçants ou portant sur des actes de commerce dont la compétence n'est pas attribuée à une autre juridiction par une règle d'ordre public peuvent être confiés par stipulation au tribunal de grande instance, la compétence du tribunal de commerce n'étant pas d'ordre public<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Sur l'utilisation qui peut être faite des articles 564 et suivants du CPC, v. *infra* n° 655

<sup>2</sup> Il en va notamment ainsi pour les clauses organisant une dérogation conventionnelle de compétence entre des contractants de force inégales ; un tel aménagement est susceptible de ne recevoir application que si la partie considérée faible réitère sa volonté, une fois le litige né, de faire échec à la compétence normalement prévue à son bénéfice.

<sup>3</sup> En ce sens, v. J. Héron et Th. Le Bars : *Droit judiciaire privé*. Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 2012, *sp.* n° 984, p. 828.

<sup>4</sup> L. Cadiet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*. Litec, 7<sup>e</sup> éd., 2011, *sp.* n° 261, p. 190 ; Ch. Jarrosson : « L'arbitrabilité, présentation méthodologique », *RJC* 1996, p.1 ; L. Idot : « L'arbitrabilité des litiges : l'exemple français », *RJC* 1996, p. 6, *sp.* p. 11.

<sup>5</sup> CA Paris, 10 déc. 1984 ; *D.* 1985, IR, 263, obs. crit. P. Julien.

<sup>6</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 juin 1958, *Bull. civ.* II, n° 456 ; Cass. Civ., 6 mai 1931 ; *D.* 1931, p. 362 ; Cass. civ., 4 août 1941 ; *D.* 1942, p. 18 ; *JCP* 1942, II, 1860, note P. Roubier.



L'autre exception concerne les interdictions de prorogations de compétence reposant sur une considération de protection d'une partie considérée comme faible lors de la conclusion du contrat. Il en est ainsi de la prorogation de compétence en faveur du tribunal de commerce dans un acte mixte. L'objectif de protection sous-jacent à une telle interdiction justifie qu'une telle prorogation de compétence ne soit pas impossible, mais seulement inopposable à la partie non commerçante, qui pourrait cependant valablement imposer le respect de la clause attributive de compétence à son contractant commerçant. Or la jurisprudence est sur ce point ambiguë. Il a en effet été admis qu'« est inopposable à un défendeur non commerçant une clause attributive de compétence au tribunal de commerce »<sup>1</sup>. L'attendu de principe ne vise, singulièrement, que le « défendeur » et non la « partie » non commerçante. Qu'en serait-il de l'opposabilité de la clause au demandeur ? Serait-il contraint d'agir contre le commerçant devant le tribunal de commerce ? Une telle solution ne semblerait pas conforme à l'objectif de protection des parties considérées faibles, et semblerait somme toute difficilement conciliable avec l'interdiction posée des clauses attributives en matière de compétence territoriale. La partie faible, quelle que soit sa position procédurale, ne devrait ainsi pas pouvoir se voir opposer la stipulation attribuant compétence aux tribunaux de commerce dès lors qu'elle n'est pas elle-même commerçante.

300. **Aménagement de la compétence et droit de la consommation.** Le droit de la consommation est encore plus sévère relativement aux clauses aménageant la compétence puisque ces stipulations, qu'il s'agisse d'ailleurs des clauses compromissaires ou des clauses attributives de juridiction, peuvent être considérées comme de nature à entraver l'action en justice du consommateur et ainsi entrer dans la catégorie peu convoitée des clauses présumées abusives<sup>2</sup>. Une clause attributive de juridiction peut en effet « faire peser sur le consommateur l'obligation de se soumettre à la compétence exclusive d'un tribunal qui peut être éloigné de son domicile, ce qui est susceptible de rendre sa comparution plus difficile »<sup>3</sup>, et la jurisprudence communautaire décide désormais que le juge a l'obligation de relever d'office le caractère abusif d'une telle clause<sup>4</sup>. Or, les pouvoirs du juge de relever d'office les dispositions du Code de la consommation, s'ils constituent une avancée certaine pour le respect des droits du consommateur, ne doivent pas faire échec à la mise en œuvre de la prorogation conventionnelle de compétence si elle est souhaitée par le consommateur. Informé par le juge de son intention de relever d'office le caractère abusif de la clause, le consommateur pourrait renoncer à s'en prévaloir<sup>5</sup>.

La plus grande protection qui puisse être assurée aux parties faibles semble bien être de leur laisser le choix qui leur convient le mieux. C'est la position adoptée notamment par le règlement Bruxelles I et la Convention de Lugano, qui seront étudiés dans les dérogations de

---

<sup>1</sup> Cass. com., 10 juin 1997, n° 94-12316 ; *Bull. civ.* IV, n° 185, p. 162 ; *Procédures* 1997, comm. 270, H. Croze ; *JCP* 1997, I, 4064, n° 9, obs. L. Cadet ; *D.* 1998, AJ, p. 2, note F. Labarthe et F. Jault-Seseke ; *JDI* 1998, p. 969, note S. Poillot-Peruzzetto.

<sup>2</sup> *V. not.* en matière communautaire l'arrêt *Pannon* de la CJCE du 4 juin 2009, aff. C-243/08 ; *D.* 2009, p. 2312, note G. Poissonnier ; *JCP* 2009, p. 336, note G. Paisant ; *v. déjà* *Océano Grupo* de la CJCE du 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-249/98, *rec. CJCE* 2000, I, p. 4941, concl. A. Saggio ; *Europe* 2000, comm. 280, L. Idot ; Les clauses de nature à entraver l'action en justice du consommateur sont désormais présumées abusives par l'article R. 132-2 10° du Code de la consommation.

<sup>3</sup> *Océano Grupo* de la CJCE du 27 juin 2000 *préc.*

<sup>4</sup> Arrêt *Pannon* et *Claro* *préc.*

<sup>5</sup> « Le juge national n'est toutefois pas tenu, en vertu de la directive, d'écarter l'application de la clause en cause si le consommateur, après avoir été avisé par ledit juge, entend ne pas faire valoir le caractère abusif et non contraignant » : arrêt *Pannon* *préc.*, point 33.

compétence territoriale, bien que les prorogations de compétence à l'international puissent, selon les auteurs, ressortir aussi bien de la compétence d'attribution que de la compétence territoriale.

b) La validité des clauses attributives de compétence territoriale

301. **Validité interne.** En matière de compétence territoriale interne, le principe de la nullité ainsi que son exception sont posés par l'article 48 du Code de procédure civile qui dispose que « toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant (...) ». Les clauses attributives de compétence territoriale sont ainsi en théorie inefficaces dès lors qu'elles sont conclues entre des personnes autres que commerçantes. L'invalidité touche tant les clauses attribuant explicitement compétence à une juridiction territorialement incompétente que celles dont l'effet serait identique en défense, à savoir les clauses d'élection de domicile destinées à attribuer compétence à une juridiction autre que celle du véritable domicile du défendeur.

Il est ainsi étonnant de constater que le domaine de validité en droit interne de la clause attributive de compétence territoriale est plus restreint que celui de la clause compromissoire. Alors que la seconde est permise dans les contrats conclus « à raison d'une activité professionnelle », la condition de la qualité de commerçant de toutes les parties, imposée pour les clauses attributives de compétence territoriale conduit à l'exclusion de nombreux contrats. Ces contrats, pourtant conclus à raison d'une activité professionnelle, passés entre deux professionnels n'ayant pas la qualité de commerçants, ne pourraient ainsi pas bénéficier de la validité de la clause attributive de compétence.

Une telle disparité étonne d'autant plus que la clause attributive de juridiction semble bien moins dérogatoire que le recours à l'arbitrage dont la localisation est libre. Cette étrange limitation de la volonté des contractants autres que commerçants est cependant tempérée par l'absence de sanction à l'initiative du juge qui ne peut se déclarer incompétent ou déclarer la clause nulle d'office, sauf dans les cas précisés par l'article 93 du Code de procédure civile. La nullité ne pourrait ainsi être sollicitée qu'à l'appui d'une exception d'incompétence soulevée par une des parties au contrat, ce qui laisse aux parties la faculté de tenir leur engagement malgré l'inefficacité potentielle de la clause. Reste cependant à craindre qu'en cas de conflit, le défendeur qui n'a pas d'intérêt à faire valoir de manière « positive » choisisse d'adopter une tactique dilatoire en soulevant la nullité de la clause afin de gagner du temps. Ainsi même si la nullité ne peut être prononcée d'office, le risque que constitue l'exception d'incompétence pèse sur le demandeur. Cela incite à ne pas se fier à une telle clause susceptible d'être déclarée nulle si cela s'avère arranger le défendeur.

302. **Validité internationale.** En matière internationale, la validité des clauses attributives de juridiction dans un litige international n'est pas réservée aux seuls commerçants. Par une formule très générale, la Cour de cassation a affirmé que « les clauses prorogant la compétence internationale sont en principe licites, lorsqu'il s'agit d'un litige international (...) et lorsque la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française »<sup>1</sup>. Aussi, l'article 48 du CPC ne s'applique pas lorsque l'aménagement de la

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 17 déc. 1985, n<sup>o</sup> 84-16338 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 354, p. 318 ; *D.* 1986, IR p. 265, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 537, note H. Gaudemet-Tallon ; Cass. 1<sup>o</sup> civ., 25 nov. 1986, n<sup>o</sup> 84-17745 ; *Bull. civ.* I,

compétence territoriale résulte de l'aménagement de la compétence internationale<sup>1</sup>. Le principe est ainsi renversé par rapport au droit interne : les clauses attributives de juridiction sont licites et donc valables<sup>2</sup>, sauf lorsque la compétence exclusive d'une autre juridiction est imposée dans l'ordre juridique sur lequel se sont accordées les parties<sup>3</sup>. Elles sont également applicables « alors même que des dispositions constitutives de lois de police seraient applicables au fond du litige »<sup>4</sup>.

303. **Validité internationale et inefficacité.** L'affirmation de la validité des clauses attributives de juridiction, y compris en présence de lois de police applicables au fond, permet cependant de douter de l'applicabilité d'une telle clause en présence de lois de police. Si l'application d'une loi de police au fond du litige n'est pas de prime abord un obstacle dirimant à l'efficacité d'une clause attributive de juridiction, elle reste susceptible de faire obstacle à la reconnaissance de la compétence d'un tribunal étranger qui n'appliquerait pas une telle loi de police. Attribuer la compétence à un tribunal étranger est une chose. Accepter que ce dernier ignore une loi de police impérative en est une autre.

La question s'est notamment posée au sujet de la réglementation accordant, au sein de l'union européenne, des droits à l'agent commercial ayant exercé son activité dans un état membre à la fin de son contrat, quand bien même ce dernier serait régi par la loi d'un état tiers. Cette réglementation européenne avait été qualifiée de loi de police dans la décision *Ingmar*<sup>5</sup>, mais la question de son applicabilité pratique restait en suspens. Une décision récente d'une juridiction allemande semble indiquer qu'il est envisageable de refuser de donner effet à une clause attributive de juridiction qui aurait pour conséquence de faire échapper les parties à une telle réglementation impérative de droit européen<sup>6</sup>. Par cette décision allemande, « la loi de police de source européenne sort ainsi triomphante du combat qui l'oppose à la clause attributive de juridiction »<sup>7</sup>. Si la validité de la clause attributive de compétence n'est ainsi pas remise en question en la matière, son applicabilité et partant son efficacité en toute circonstance ne semble ainsi pas acquise. Le contrat d'agent commercial ne constitue par ailleurs pas le seul domaine dans lequel les clauses attributives de juridictions sont susceptibles de se révéler inefficace face à la protection d'une certaine catégorie de litigants.

304. **Le sort des clauses attributives de juridiction contenues dans les contrats de travail et de consommation.** Les clauses attributives de juridiction ne sont ainsi pas efficaces dans tous les cas. Les problématiques liées à l'efficacité de ces stipulations en matière internationale sont assez proches de celles posées au sujet des clauses compromissoires. C'est ainsi que les interrogations relatives à l'efficacité d'une clause attributive de juridiction en matière de contrat

---

n° 277, p. 265 ; *JCP* 1987, IV, p. 41 ; *Rev. crit. DIP* 1987, p. 396, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD civ.* 1987, p. 547, obs. J. Mestre.

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 17 déc. 1985, n° 84-16338, *préc.*

<sup>2</sup> Sauf en cas de fraude CA Paris, 10 oct. 1990 ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 605, note H. Gaudemet-Tallon.

<sup>3</sup> C'est notamment le cas des litiges relatifs à l'exercice d'une voie d'exécution sur le territoire français, ou encore portant sur les droits de propriété intellectuelle.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 22 oct. 2008, n° 07-15823 ; *Bull. civ.* I, n° 233 ; *Gaz. Pal.* 2009, n° 52, p. 27, note Ph. Guez ; la solution est identique en matière d'arbitrage international, sur lequel v. Ch. Seraglini : *Lois de police et justice arbitrale internationale*. Préf. P. Mayer, coll. Nouvelle Bibli. Thèses, Dalloz, 2001, *sp.* n° 152 et *s.*

<sup>5</sup> CJCE 9 nov. 2000, C-381/98, *Ingmar* ; *Rev. crit. DIP* 2001, p. 107, note L. Idot.

<sup>6</sup> F. Jault-Seseke : « Caractère de loi de police de la protection de l'agent commercial en Allemagne », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 890.

<sup>7</sup> F. Jault-Seseke : « Caractère de loi de police de la protection de l'agent commercial en Allemagne », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 890.

de travail international ou de consommation ont agité doctrine et jurisprudence<sup>1</sup>, pour finalement être tranchées par des solutions similaires à celles posées en matière de convention d'arbitrage.

En matière de contrat de travail international, la Cour de cassation a en effet décidé à deux reprises<sup>2</sup>, que l'article R. 1412-4 du code du travail est applicable tant dans l'ordre interne que dans l'ordre international dès lors que le contrat présente avec la France des liens étroits, et qu'ainsi la clause attributive de compétence était inopposable au salarié dont le contrat de travail s'exécutait en France. Dès lors qu'elle est sollicitée par le salarié, la compétence de la juridiction française serait donc impérative. L'incidence du rattachement étroit avec la France semblant, dans les deux cas, justifier la solution, l'incertitude en cas de rattachement plus « lâche » se pose. Qu'en serait-il en effet si le salarié exécutant son contrat à l'étranger avait sa résidence en France ? P. Mayer a en effet suggéré de faire dépendre la validité de la clause attributive de compétence en matière internationale de la vigueur du lien rattachant la situation avec la France<sup>3</sup> et non pas uniquement de la force ou de la faiblesse intrinsèque des critères considérés<sup>4</sup>.

L'utilisation du terme inopposabilité laisse par ailleurs à nouveau entendre que le salarié bénéficierait en définitive du choix d'imposer le respect de la clause à son employeur. Une telle solution apparaît conforme aux règles définies par l'article 23 du Règlement de Bruxelles I refondu du 12 décembre 2012<sup>5</sup>, qui valide les clauses attributives de juridictions dès lors qu'elles n'ouvrent qu'une option au salarié tout en préservant sa faculté de saisir les juridictions désignées par les règles de compétence posées par le Règlement. Le salarié, à l'instar du consommateur, bénéficie depuis l'entrée en vigueur du Règlement de Bruxelles I refondu d'une plus grande protection à l'égard des contractants non domiciliés dans un état membre. La partie faible a en effet désormais la faculté d'attirer son cocontractant devant une juridiction avec laquelle il présente des liens étroits<sup>6</sup> et, réciproquement, ne pourra par défaut être attiré que devant de telles juridictions<sup>7</sup>.

En matière de contrat de consommation international, le droit commun n'organise aucune protection spécifique hormis celle établie par la réglementation européenne sur les clauses abusives. Les clauses attributives de juridiction insérées dans des contrats de consommation

---

<sup>1</sup> Retraçant les hésitations et évolutions jurisprudentielles, v. A. Sinay-Cytermann : « Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissaires dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation international », *Rev. crit. DIP* 2009, p. 427.

<sup>2</sup> Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 09-40029, non publiée ; plus récemment encore Cass. soc., 29 sept. 2010, n° 09-40688 ; *Bull. civ. V*, n° 204 ; *D.* 2010, p. 2370 ; *Rev. dr. trav.* 2011, p. 271, note F. Jault-Seseke ; en sens contraire, Cass. soc., 21 janv. 2004, n° 01-44215 ; *Bull. civ. V*, n° 24, p. 22 ; *D.* 2004, p. 2187, obs. M. Escande-Varniol ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 644, note F. Jault-Seseke.

<sup>3</sup> P. Mayer : « Les clauses relatives à la compétence internationale insérées dans les contrats de travail », in *Mél. D. Holleaux. Litec*, 1990, p. 263.

<sup>4</sup> Comme cela l'était proposé par d'autres auteurs, et notamment par le professeur Hélène Gaudemet-Tallon (Cass. soc. 8 juill. 1985, n° 84-40284 ; *Bull. civ. V*, n° 405, p. 292 ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 113) et le professeur Pierre Rodière (note sous Cass. soc. 2 juin 1983, Cass. soc. 20 oct. 1983 et CA Aix-en-Provence, 9<sup>e</sup> ch., 3 juin 1983, *JDI* 1984, p. 337).

<sup>5</sup> La solution posée par l'article 21 du règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 (Bruxelles I) était identique.

<sup>6</sup> Juridiction de son domicile pour le consommateur (article 18) ou juridiction du lieu d'accomplissement du travail ou de l'établissement employeur (article 21) pour le salarié.

<sup>7</sup> H. Gaudemet-Tallon et C. Kessedjian : « La refonte du règlement Bruxelles I » *RTD eur.* 2013, p. 435 ; L. D'Avout : « La refonte du règlement Bruxelles I », *D.* 2013, p. 1014.

internationaux hors du cadre européen sont donc licites, et devraient être opposables au consommateur. Ces stipulations produisent ainsi leur effet dissuasif sur les consommateurs et sont critiquables en termes d'accès à la justice en l'absence d'aménagement de procédures spécifiques et accessibles pour les petits plaideurs parties à des petits litiges, largement dénoncés par la doctrine. Certains auteurs se prononcent ainsi en faveur d'un « principe général d'illicéité de la clause attributive de juridiction contenue dans un contrat conclu avec un consommateur »<sup>1</sup>. Telle n'est pas la position de la jurisprudence. Le principe de licéité des clauses d'élection de for dans les contrats de consommation internationaux pourrait cependant, en pratique, être éprouvé. L'acceptation de ces clauses et donc leur validité relativement aux personnes qu'elles entendent contraindre constitue ainsi, jusqu'à présent, le dernier rempart contre l'assujettissement automatique des consommateurs à de telles clauses<sup>2</sup> en droit commun.

305. **Les solutions conventionnelles.** La Convention de Lugano révisée du 30 octobre 2007<sup>3</sup> et le règlement Bruxelles I, relatifs notamment à la compétence judiciaire en matière civile et commerciale, posaient le principe de la validité des clauses attributives de juridiction à deux conditions de fond<sup>4</sup> : qu'au moins l'une des parties soit domiciliée dans un état contractant, et que la juridiction à laquelle compétence est attribuée conventionnellement soit celle d'un état contractant<sup>5</sup>. Ces outils conventionnels réservaient cependant des actions qui sont attribuées exclusivement aux juridictions déterminées par eux, telles les actions relatives à la validité, la nullité ou la dissolution des sociétés situées dans un état contractant ou encore touchant à la validité ou à l'inscription de droits de propriété intellectuelle. Les clauses attributives de juridiction dérogeant à ces compétences exclusives étaient déclarées sans effet par ces conventions<sup>6</sup>. La jurisprudence française refuse par ailleurs de donner effet aux clauses attributives de juridiction revêtant un caractère potestatif pour l'une des parties. Selon la Cour de cassation, en raison de sa potestativité, la clause serait ainsi « contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I »<sup>7</sup>. L'entrée en vigueur du Règlement de Bruxelles I refondu le 10 janvier 2015 marque à cet égard une certaine avancée vers l'autonomie de la volonté des parties. Le règlement abandonne en effet la condition de la domiciliation d'une des parties dans un état contractant afin de valider la clause attributive de juridiction.

En dépit du principe de validité posé par ces conventions, des restrictions affectent dans certains cas l'effectivité de ces stipulations. Les clauses attributives de juridiction, si elles sont valables, sont sans effets dans quelques matières déterminées si elles n'ont pas pour effet d'offrir à la partie protégée (le consommateur, l'assuré, le preneur d'assurance ou son

---

<sup>1</sup> E. Pataut : « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », in *Études du droit de la consommation, Liber amicorum J. Calais-Auloy*. Dalloz, 2004, p. 807, *sp.* p. 816.

<sup>2</sup> *V. not.* CA Pau, 23 mars 2012, Juris-data n° 2012-006520 ; *Comm. Commerce électronique* 2012, n° 6, comm. 64, G. Loiseau ; *D.* 2012, p. 1061, obs. C. Manara ; si le caractère interne ou international de la relation unissant les parties peut être discutée, l'appréciation par les juges du fond de l'acceptation de la clause devrait être identique dans les deux hypothèses.

<sup>3</sup> La Convention de la Haye entrera en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 2015.

<sup>4</sup> Des conditions de forme à la validité de ces stipulations sont également posées, qui seront envisagées *infra* n° 311.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 9 janv. 2007, n° 05-17741 ; *Bull. civ. I*, n° 5, p. 4 ; *D.* 2007, p. 314, obs. X. Delpech ; *RTD com.* 2007, p. 626, obs. Ph. Delebecque ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 647, note B. Ancel.

<sup>6</sup> Article 23 du règlement Bruxelles I et article 23 de la convention de Lugano révisée.

<sup>7</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 26 sept. 2012, n° 11-26022 ; *Bull. civ. I*, n° 176 ; *D.* 2012, p. 2318 ; *JCP* 2012, n° 41, act. n° 1065, p. 1815, note E. Cornut ; *RLDC* 2012, act. n° 4840, p. 12, note C. Le Gallou ; *L'essentiel Droit des contrats*, 01 déc. 2012 n° 11, p. 7, obs. G. Guerlin ; *D.* 2013 p. 1503, obs. F. Jault-Seske.

bénéficiaire ou encore le salarié) le bénéfice d'une option en sus des tribunaux dont la compétence est reconnue par la convention<sup>1</sup>. La protection adéquate de la partie faible se manifeste ainsi par l'inopposabilité à celle-ci, comme pour la clause compromissoire, de clauses attributives de juridiction qu'elle ne souhaiterait pas voir mises en œuvre au moment de la survenance du litige. Ces parties faibles disposent ainsi en quelque sorte d'une seconde chance de donner ou de reprendre leur consentement à la clause. Le consentement initial est considéré comme insuffisant du fait de la situation de faiblesse dans laquelle se trouve le contractant protégé lors de la conclusion du contrat pour l'engager irrévocablement. La protection de la partie faible implique donc, pour que les stipulations considérées puissent produire effet, une réitération du consentement une fois le litige né. L'appréciation particulière de la réalité du consentement donné à la clause pour sa validité est également un moyen de contrôler la volonté des parties de s'engager à recourir exclusivement à une juridiction normalement incompétente pour trancher leurs litiges.

#### B. Les conditions de forme à la validité des stipulations aménageant la compétence

306. ***Une plus grande souplesse arbitrale.*** Les clauses organisant des dérogations aux règles de compétence établies par le Code de l'organisation judiciaire font l'objet d'une attention spéciale et nécessitent, pour leur validité, que soient remplies certaines conditions de forme permettant de s'assurer du consentement à cette dérogation. Ces conditions sont plus strictes en droit interne que lorsque le litige met en cause les intérêts du commerce international, car alors les stipulations aménageant la compétence revêtent une importance encore plus grande et constituent, en quelque sorte, le droit commun des contrats internationaux. Les conditions de forme pour la validité de la clause compromissoire (1°) semblent par ailleurs bien plus souples que celles requises pour la clause attributive de juridiction (2°).

##### 1° Pour la validité de la clause compromissoire

307. ***L'abandon d'une des conditions relatives au contenu de la stipulation.*** La grande liberté offerte aux parties contractant à raison d'une activité professionnelle de recourir à l'arbitrage sur les droits dont elles ont la libre disposition n'est pas exempte de contraintes en droit interne. Ces contraintes, conçues comme palliatif à un acte lourd de conséquences, étaient antérieurement au nombre de deux : la convention d'arbitrage devait revêtir une certaine forme, et pouvoir être applicable sans difficulté, pour écarter le risque d'un potentiel déni de justice en cas d'inapplicabilité pratique de la clause. La clause compromissoire devait ainsi préciser le nom du ou des arbitres ou donner des indications quant au moyen de les désigner. Suite à la réforme de l'arbitrage, véritable manifeste en faveur de cette justice privée, cette condition a disparu. Il est désormais prévu dans la loi, qui a renforcé les pouvoirs du juge d'appui, que si la convention d'arbitrage ne désigne pas les arbitres ou ne prévoit pas les modalités de leur désignation, le juge d'appui pourra procéder à cette désignation.

308. ***L'assouplissement de la condition de la forme écrite.*** Seule la condition relative à la forme de la convention d'arbitrage subsiste désormais en droit interne. Elle est une exception notable au principe du consensualisme qui irrigue le droit français : la convention d'arbitrage

---

<sup>1</sup> D'autres exceptions spécifiques sont prévues dans ces matières.

doit être, à peine de nullité, écrite<sup>1</sup>. Cette condition de l'écrit, posée *ad validitatem*, n'est requise en droit français que pour les actes d'une certaine gravité imposant d'établir la vérité du consentement dans un souci de sécurité juridique.

Cette forme écrite permet de ne pas mettre en doute le consentement à l'arbitrage, et donc à l'éviction de la compétence naturelle des juridictions étatiques. Mais cette forme requise à peine de nullité est cependant d'une certaine souplesse, en raison précisément du domaine concerné. Les professionnels sont censés faire preuve de plus de connaissances dans leur domaine d'activité, ce qui permet de se satisfaire de garanties minimales. En effet, la clause compromissoire peut être contenue directement dans le contrat principal dont elle a vocation à trancher les litiges qui pourraient en découler, mais peut également être contenue dans un autre acte, tel que des conditions générales, dès lors que la convention principale y fait référence. La « clause arbitrale par référence »<sup>2</sup> est en effet valable dès lors que le contrat « principal » fait référence à un autre document contenant la clause compromissoire. La référence spécifique à la clause compromissoire dans le « contrat principal » n'est pas requise<sup>3</sup>, pas plus que son approbation spéciale<sup>4</sup>. Cette souplesse se retrouve par ailleurs dans la lettre de l'article 1443 du CPC, qui vise le document auquel il est fait référence dans la convention principale, et non la convention d'arbitrage contenue dans un document à laquelle il est fait référence.

309. **Allègement du formalisme.** La réforme du droit de l'arbitrage a par ailleurs consacré cette souplesse croissante dans l'appréciation des conditions de forme devant être respectées pour assurer la validité de la clause. Le nouvel article 1443 du Code de procédure civile dispose en effet que la convention d'arbitrage « peut résulter d'un échange d'écrits », ce qui allège le formalisme et par là même la rigueur avec laquelle pourrait être apprécié un engagement à l'arbitrage : une simple lettre faisant état d'une clause compromissoire, acceptée expressément ou tacitement par l'autre partie qui ne s'y oppose pas, pourrait ainsi suffire pour considérer la condition de forme de la clause compromissoire comme remplie.

Cette souplesse dans l'appréciation des conditions de forme de la clause compromissoire est manifeste. Il a en effet été décidé que l'exigence de l'écrit concerne non le consentement à la clause, mais bien la clause elle-même. A ainsi été validée la clause compromissoire résultant d'un contrat verbal et formalisée par écrit dans une lettre non signée des deux parties<sup>5</sup>. Il a également été admis que la clause compromissoire puisse être valablement invoquée en raison de l'usage<sup>6</sup> d'une profession donnée.

310. **Absence totale de condition de forme en matière internationale.** En matière internationale, aucune condition de forme n'est plus désormais requise. La Cour d'appel de

---

<sup>1</sup> Cette exigence est posée par l'article 1443 du CPC et par l'article II de la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales.

<sup>2</sup> B. Oppetit : « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.* 1990, p. 551. ; v. ég. X. Boucobza : « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 1998, p. 495.

<sup>3</sup> *V. not.* Cass. 1<sup>er</sup> civ., 9 nov. 1993, *Bomar Oil II*, n<sup>o</sup> 91-15194 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 313, p. 218 ; *Rev. arb.* 1994, p. 108, et p. 109, note C. Kessedjian.

<sup>4</sup> CA Paris, 26 juin 1987 ; *Rev. arb.* 1990, p. 901.

<sup>5</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 janv. 1999, n<sup>o</sup> 95-18761 ; *Bull. civ.* II, n<sup>o</sup> 16, p. 11 ; *RTD com.* 1999, p. 844, note E. Loquin.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 22 nov. 2005, n<sup>o</sup> 03-10087 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 420, p. 351 ; *D.* 2005, IR, 3031 ; *D.* 2006, pan. 3026, obs. Th. Clay ; *D.* 2007, pan. 111, obs. H. Kenfack ; *RTD com.* 2006. 251, obs. Ph. Delebecque ; *Rev. arb.* 2006. 437, note O. Cachard.

Paris<sup>1</sup> avait laissé entendre que l'exigence d'un écrit ne serait pas imposée pour la validité de la clause, se montrant ainsi moins exigeante que la Convention de New York en matière de formalisme. Le nouvel article 1507 du Code de procédure civile vient entériner cette position, en précisant explicitement que « la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme ».

## 2° Pour la validité des clauses attributives de juridiction

311. **La condition de forme applicable aux clauses attributives de juridiction en droit interne.** Aucune condition de forme particulière ne semble avoir été dégagée pour la clause attributive de compétence matérielle. Il est cependant raisonnable de penser que, *a minima*, puisque la dérogation à la compétence matérielle est plus exceptionnelle encore que la dérogation à la compétence territoriale, les conditions de forme encadrant la validité de la clause attributive de compétence territoriale devraient s'appliquer à la clause aménageant la compétence matérielle.

Les clauses attributives de compétence territoriale sont en droit interne clairement soumises, par l'article 48 du Code de procédure civile lui-même, à une condition de forme, appréciée semble-il assez strictement : il est en effet requis que la clause soit « spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ». Si son approbation spéciale n'est pas nécessaire<sup>2</sup>, un écrit devant remplir certaines conditions relativement à la lisibilité de la clause, dans l'engagement lui-même, est exigé. Les juges du fond, qui bénéficient d'un pouvoir souverain d'appréciation<sup>3</sup> pour l'examen de la validité formelle de la clause, considèrent avec une certaine sévérité tant la lisibilité de la clause que son rattachement à l'engagement<sup>4</sup>. Dans un premier temps, la jurisprudence s'est ainsi montrée réticente à reconnaître l'acceptation d'une clause attributive de juridiction contenue dans un écrit autre que l'engagement principal<sup>5</sup>.

Ce formalisme, certes protecteur de la valeur du consentement, semblait cependant inadapté aux besoins du commerce<sup>6</sup>, aboutissant dans certaines hypothèses à refuser la validité d'une clause attributive de compétence pourtant acceptée dans des formes autres que celles imposées par l'article 48 du CPC. Il apparaissait d'une sévérité particulière relativement à la libéralité avec laquelle étaient appréciées les conditions de forme pour la validité de la clause compromissoire, alors même que ces clauses ont l'effet identique de rendre incompétente la juridiction qui le serait en vertu des règles de compétence de droit commun. Peu à peu, la Cour de cassation a semblé s'écarter d'une appréciation stricte des conditions de forme concernant la validité des clauses attributives de juridiction.

<sup>1</sup> CA Paris, 24 févr. 2005 ; juris-data n° 2005-26889 ; *JCP* 2005, I, 179, p. 1944, obs. Ch. Seraglini.

<sup>2</sup> Cass. com., 20 juill. 1981, n° 80-10268 ; *Bull. civ.* IV, n° 324 ; v. *ég.* en matière internationale, y compris lorsque les parties ont conventionnellement prévu que la clause devrait faire l'objet d'une acceptation spéciale, Cass. 1<sup>er</sup> civ., 12 déc. 2006, n° 05-21388 ; *Bull. civ.* I, n° 535, p. 475 ; *D.* act. 05 févr. 2007, obs. E. Chevrier.

<sup>3</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 févr. 1980, n° 78-14437 ; *Bull. civ.* II, n° 37 ; *Gaz. Pal.* 1980, 2, jur. p. 494, note J. Dupichot.

<sup>4</sup> La clause figurant au verso d'un bon de commande non paraphé, en petits caractères et avec renvois ne répondant pas à l'« exigence de la bonne foi contractuelle » a ainsi été déclarée non écrite : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 févr. 1980, n° 78-14437 ; *Bull. civ.* II, n° 37 ; *Gaz. Pal.* 1980, 2, jur. p. 494, note J. Dupichot.

<sup>5</sup> Cass. com., 4 oct. 1988, n° 86-18648 ; *Bull. civ.* IV, n° 258, p. 177 ; *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. p. 162, note S. Guinchard et Th. Moussa.

<sup>6</sup> J. Héron et Th. Le Bars : *Droit judiciaire privé*. Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 2012, *sp.* n° 979.



312. **Évolution vers plus de souplesse.** Il est probable qu'une telle évolution vers une plus grande souplesse dans l'appréciation des conditions de formes de la clause attributive soit due à l'assouplissement similaire qu'ont connu ces conditions en droit commun des contrats internationaux. Car si les conditions tenant à la personne des cocontractants ne sont pas applicables en matière internationale du fait de l'inapplicabilité de l'article 48 CPC lui-même<sup>1</sup>, les conditions relatives à la forme de la stipulation d'élection de for posées dans l'ordre interne avaient été, de fait, étendues à cette matière<sup>2</sup>. La sévérité des débuts s'est peu à peu atténuée. La validité formelle de la clause a été admise en raison du rattachement de la convention à des conditions générales applicables dans les relations habituelles des parties, leur connaissance laissant présumer leur acceptation tacite<sup>3</sup>. Les clauses attributives de juridiction par référence sont désormais admises<sup>4</sup>, à la condition cependant que le contrat fasse référence à la clause<sup>5</sup>. La différence avec la souplesse démontrée par les juridictions pour l'appréciation de la validité formelle de la clause compromissoire en de mêmes circonstances semble étrange. La dérogation de compétence au sein du système judiciaire français serait ainsi non seulement sur le fond<sup>6</sup> mais également sur la forme plus strictement envisagée que lorsqu'il s'agit d'écarter plus radicalement la compétence judiciaire au bénéfice de la compétence arbitrale. Les usages sont cependant sollicités avec succès au soutien de la validité de la clause entre professionnels<sup>7</sup>. La Cour de cassation semble désormais apprécier plus libéralement l'acceptation des parties des clauses attributives de juridiction<sup>8</sup>, rapprochant les conditions de cette acceptation à celles adoptées pour la clause compromissoire.

313. **Souplesse des instruments conventionnels.** Les exigences posées par le règlement de Bruxelles I et la Convention de Lugano révisée relatives à la compétence en matière civile et commerciale sont d'ailleurs moindres que celles imposées par le droit français. Elles l'étaient dès l'origine, mais ont été allégées au fil de leurs évolutions. Le règlement de Bruxelles I, en son article 23 et la convention de Bruxelles refondue en son article 25, admettent en effet que la clause doive être simplement écrite<sup>9</sup>, ou conforme aux habitudes des parties ou aux usages reconnus dans le secteur d'activité. Toute clause dont la validité est contestée doit ainsi subir un

---

<sup>1</sup> Une lecture de l'arrêt Cass. 1<sup>er</sup> civ., 17 déc. 1985 *préc.* autorise à penser que non seulement la prohibition des clauses attributives hors personnes commerçantes est inapplicable pas en matière internationale, mais que les conditions de forme posées à la suite de cette interdiction le sont également.

<sup>2</sup> Pour un exemple : CA Paris, 18 déc. 1987 ; *D.* 1988, somm. p. 343, B. Audit.

<sup>3</sup> Cass. com., 5 mars 1991, n<sup>o</sup> 89-17360 ; *Bull. civ.* IV, n<sup>o</sup> 96, p. 66 ; dans le même sens, v. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 30 juin 1992, n<sup>o</sup> 90-21491 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 203, p. 136 ; *D.* 1994, p. 169, note Ph. Guez, qui impose cependant pour la validité une référence directe ou indirecte à la clause dans le contrat ; Cass. com., 11 oct. 2005, n<sup>o</sup> 97-14072, non-publiée.

<sup>4</sup> Cass. com., 30 janv. 1990, n<sup>o</sup> 88-10466 ; *Bull. civ.* IV, n<sup>o</sup> 26, p. 17 ; *JCP* 1990, IV, 120 ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 16 févr. 1999, n<sup>o</sup> 96-19469 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 51, p. 34 ; *JCP* 1999, II, 10162, note B. Fillon-Dufouleur ;

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 30 juin 1992, n<sup>o</sup> 90-21491 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 203, p. 136 ; *D.* 1994, p. 169, note Ph. Guez.

<sup>6</sup> v. *supra* n<sup>o</sup> 301.

<sup>7</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 25 nov. 1986, n<sup>o</sup> 84-17745 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 277, p. 265 ; *JCP* 1987, IV, p. 41 ; *Rev. crit. DIP* 1987, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD civ.* 1987, p. 547, obs. J. Mestre.

<sup>8</sup> Pour une clause rédigée en langue étrangère et de manière ambiguë, l'accord résultant d'un échange de courriels : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 23 janv. 2008, n<sup>o</sup> 06-21011, non-publiée ; *JDI* 2008, n<sup>o</sup> 4, comm. 14, A. Sinay-Cytermann (1<sup>er</sup> esp.).

<sup>9</sup> Et non nécessairement « très apparente » : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 23 janv. 2008, n<sup>o</sup> 06-21898 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 17, p. 14 ; *RDC* 2008, p. 900, obs. P. Deumier ; *JCP* 2008, IV, 1354 et II, 10092, note C. Boisman. Dans une décision ancienne, la CJCE avait déjà précisé qu'il n'était pas loisible aux états d'imposer d'autres conditions à la validité de la clause (CJCE 24 juin 1981, aff. 150/80, *Elefanten Schuh* ; *Rev. crit. DIP* 1982, p. 143, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1981, p. 903, obs. A. Huet).

examen relativement à ces conditions de forme<sup>1</sup>, destinées à s'assurer du consentement des parties à la clause attributive de juridiction.

Une telle position semble conduire la jurisprudence de la Cour de cassation à apprécier avec moins de rigueur la condition formelle à l'application de la clause dans les contrats internationaux exclus du champ du règlement ou de la convention. Elle se rapproche ainsi de la position plus souple du règlement admettant d'atténuer les conditions de forme requises lorsque les parties entretiennent des relations d'affaires habituelles. Une décision de la Cour de cassation, devant se prononcer sur la validité d'une clause attributive de juridiction contenue dans un contrat d'adhésion au regard tant du droit commun international que de la Convention de Bruxelles I, a en effet admis, dans les deux cas, que la clause attributive de juridiction issue de ce contrat d'adhésion était valable, en raison de la connaissance qu'ont eue ou qu'auraient dû avoir des parties diligentes de cette clause, ainsi que de leurs rapports contractuels suivis<sup>2</sup>. Il semble désormais que dès lors que le contractant auquel la clause attributive de compétence est opposée en a eu ou aurait dû en avoir connaissance et ne l'a pas contestée, il est réputé, pour l'examen de la validité formelle de la stipulation, l'avoir tacitement acceptée.

Un glissement sensible s'est ainsi opéré en faveur de la validité des clauses attributives de juridiction dont l'acceptation semble de plus en plus facilement admise tant en droit interne qu'international, communautaire ou de droit commun. Il semble cependant excessif de voir dans cette évolution l'établissement d'un principe d'efficacité similaire à celui désormais acquis en matière de clause compromissoire. Si les juges semblent s'abstraire de conceptions trop rigoristes du formalisme édicté pour s'assurer du consentement à la clause, c'est en définitive pour assurer le respect de la parole donnée. Même lorsque la clause a été acceptée selon des formes ne répondant pas aux exigences posées, il semble non seulement logique mais plus encore nécessaire d'imposer le respect de l'engagement ainsi donné. Lorsque la clause est contenue dans un document ayant vocation à établir les droits et obligations des parties, il semble de même juste d'en imposer le respect à la partie qui n'a pas contesté ces conditions, ne serait-ce que pour inviter les professionnels à s'intéresser au minimum aux conditions ayant vocation à régir leurs obligations. On ne peut ainsi qu'adhérer au point de vue d'un auteur selon qui : « s'il convient d'éviter qu'une clause attributive de juridiction s'applique à une partie qui ne l'aurait pas acceptée, il n'est pas non plus souhaitable, surtout en matière internationale, que le respect rigide de conditions de forme permette à un contractant d'échapper au jeu d'une clause dont il a eu connaissance sans élever de protestations »<sup>3</sup>.

314. **Position de la Convention de la Haye.** La Convention de la Haye du 30 juin 2005 dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1<sup>er</sup> octobre 2015, adopte une position exclusive relativement aux conditions de formes à remplir par les conventions d'élection de for entrant dans son cadre. L'article 3 de la Convention impose en effet que les accords exclusifs d'élection de for soient conclus ou documentés par écrit ou « par tout autre moyen de communication qui

---

<sup>1</sup> V. sur les conditions de validité d'une clause attributive de juridiction imposées par le règlement Bruxelles I, Cass. 1<sup>er</sup> civ., 5 mars 2008, n° 06-20338 ; *Bull. civ.* I, n° 60 ; *JDI* 2008, n° 4, comm. 14, A. Sinay-Cytermann, qui sanctionne une Cour d'appel qui a écarté la clause sans rechercher la validité de la clause au regard du règlement.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 17 févr. 2010, n° 08-12749 et 08-15024 ; *Bull. civ.* I, n° 38 ; *RDC* 2010, n° 3, p. 965, note. P. Deumier ; *D.* 2010, p. 588, obs. X. Delpech ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 525, note N. Joubert ; *RTD com.* 2010, p. 460, obs. Ph. Delebecque ; *Procédures* 2010, n° 4, comm. 117, C. Nourissat ; *JCP* 2010, p. 440, note Ch. Bruneau ; *RD transp.* 2010, n°5, comm. 117, Ph. Delebecque.

<sup>3</sup> Ch. Bruneau, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 17 févr. 2010, *JCP* 2010, p. 440.

rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement ». Cela a pour effet de rejeter hors du domaine de la Convention les clauses verbales, mais également celles qui pourraient être reconnues comme valablement conclues en raison des usages ou des relations habituelles entretenues par les parties. Il semble cependant que le terme « documenté » puisse faire rentrer dans le champ d'application de la Convention des accords constatés par des écrits non signés des parties<sup>1</sup>.

Les conditions de forme à la validité des clauses aménageant la compétence sont imposées afin de s'assurer de la réalité du consentement. L'exigence est proportionnelle à la sécurité et à la prévisibilité que ces règles sont censées offrir au justiciable. En droit interne, la compétence est une donnée très prévisible. Dès lors que l'opération met en jeu des composantes internationales, la problématique de la détermination de la compétence se fait plus prégnante, et justifie que soient admises avec plus de libéralisme les clauses aménageant la compétence, puisqu'elles semblent alors offrir la prévisibilité recherchée par les contractants. Une telle prévisibilité peut cependant dans certaines circonstances être perçue par ces mêmes contractants comme imposant une rigidité excessive entraînant certains inconvénients, pouvant les inciter à insuffler un peu plus de souplesse à leurs accords d'élection de compétence.

### C. Les clauses attributives de juridiction non exclusives

315. ***L'avantage du choix ultérieur.*** Les clauses attributives de compétence exclusive à une juridiction donnée, qu'elle soit arbitrale ou étatique, aboutissent parfois à des solutions de compétence peu adaptées en termes de connaissance du litige ou dont la décision demandera plus de formalités et donc de temps pour être exécutée. Il apparaît parfois souhaitable aux parties de se ménager, dans leur contrat, des options de compétence pouvant bénéficier à une ou plusieurs d'entre elles, par des « clauses de résolution de litiges optionnelles »<sup>2</sup> ou par des « clauses de juridiction mixtes »<sup>3</sup>. Ces clauses peuvent prévoir des attributions de compétence multiples, permettant par exemple, une fois le litige survenu, au demandeur d'agir devant la juridiction qui lui apparaît la plus adéquate territorialement ou en matière processuelle, car elle est plus familière, plus réceptive à un certain type d'action ou encore car la décision qu'elle sera amenée à rendre sera plus facilement exécutable là où le défendeur a ses intérêts. Les parties peuvent également souhaiter exclure expressément certains recours de la compétence exclusive désignée pour le fond du litige, se ménageant ainsi par exemple de solliciter le forum le plus à même d'adopter et de faire exécuter des mesures urgentes, ce que prévoient d'ailleurs certains instruments internationaux<sup>4</sup>. Ces clauses permettent ainsi aux parties d'adopter une gestion plus fine de leur conflit éventuel en se ménageant un choix qu'elles pourront exercer une fois le litige né, en fonction de leurs intérêts actuels. La compatibilité entre leur caractère non exclusif et le recours à l'arbitrage a pu être discuté en raison des entorses qu'elles imposent à la matière.

---

<sup>1</sup> Sur la convention dans son ensemble, v. L. Usunier : « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for ; Beaucoup de bruit pour rien ? », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 37, ainsi que le rapport explicatif de la Convention, disponible :

[http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=publications.details&pid=3959&dtid=3](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=publications.details&pid=3959&dtid=3).

<sup>2</sup> J. Barbet et P. Rosher : « Les clauses de résolution de litiges optionnelles », *Rev. arb.* 2010, p. 45.

<sup>3</sup> H. Dubout et V. Leroy : « Les clauses de juridiction multiples dans les contrats internationaux », *PA* 18 déc. 2013, n° 252, p. 5, *sp.* n° 10.

<sup>4</sup> Par exemple l'article 35 du règlement de Bruxelles I *bis* du 12 déc. 2012 qui prévoit que les mesures provisoires ou conservatoires peuvent être sollicitées dans un autre état membre nonobstant l'attribution de compétence exclusive à une juridiction d'un autre état membre sur le fond.

316. **La question de la faculté de choix entre l'arbitrage et le recours aux juridictions étatiques.** La clause offrant une option entre la saisine des juridictions étatiques et la constitution d'un tribunal arbitral a été validée par la Cour de cassation<sup>1</sup> et ce alors même que la qualification de clause compromissoire à donner à une telle clause semblait pouvoir être discutée<sup>2</sup>. L'article 1442 du Code de procédure civile dispose en effet que « la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat *s'engagent*<sup>3</sup> à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat ». Or, dès lors que le recours à l'arbitrage représente une simple faculté pour les parties, son caractère partiellement non-contraignant pourrait sembler ne pas cadrer avec la condition de l'engagement imposée par le Code de procédure civile.

La réalité de l'engagement des parties ne semble cependant pas remise en cause s'agissant de la catégorie des obligations alternatives<sup>4</sup>. Par ailleurs, avant que l'option ne soit exercée, le recours à l'arbitrage est obligatoire pour les parties, puisque si l'une d'entre elles décide d'avoir recours à l'arbitrage, l'autre sera valablement liée par celui-ci car son consentement à l'arbitrage a été donné au sein de la clause. Cependant, la qualification de convention d'arbitrage d'une telle clause impliquerait la soumission de l'appréciation de la clause en vertu du droit de l'arbitrage, et ainsi l'application du principe compétence-compétence de l'arbitre, faisant donc obstacle à l'appréciation par les tribunaux étatiques du contenu de la clause. Cette hypothèse semble cependant pouvoir entrer dans le cadre de l'exception à la compétence de l'arbitre pour statuer sur la vocation du tribunal arbitral à se saisir du litige en vertu de l'article 1448 du CPC. En effet deux cas sont envisageables selon que le tribunal arbitral a été ou non préalablement saisi. Si c'est le cas, le choix des parties se sera clairement exprimé en faveur de l'arbitrage et c'est alors une telle procédure qui devra être menée. Dans le cas contraire, le tribunal arbitral n'est pas saisi, et en ce cas il reviendrait à la juridiction étatique sollicitée de déterminer si la clause prévoit que les conditions imposées à l'action devant elle sont réunies, afin que la clause compromissoire, qui n'est en ce cas qu'une des deux voies possibles de résolution du conflit, soit manifestement inapplicable.

317. **La volonté des parties, possible source de dérogation au principe compétence-compétence.** L'hypothèse tend certes à quelque peu atténuer la vigueur du principe compétence-compétence, mais aurait le mérite de ne pas laisser une telle clause optionnelle pâtir d'un flottement juridique et, surtout de respecter la volonté des parties. Si la question semble résolue lorsque l'arbitrage a été évincé, qu'advierait-il si celui-ci était en définitive choisi ? Le rejet d'une telle clause de la sphère de l'arbitrage n'inciterait-il pas à laisser en suspend la validité du recours à l'arbitrage en cette hypothèse, voire à considérer qu'en l'absence de convention d'arbitrage, le recours à celui-ci sans confirmation par un compromis serait exclu ? La volonté des parties, pourtant légitime, en souffrirait de manière certaine. Il nous semble dès lors que la volonté des parties, à l'origine de la compétence arbitrale, devrait être respectée et que le choix que celles-ci se sont ménagé lors de la conclusion de la clause hybride doive recevoir application une fois le litige né.

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 12 juin 2013, n<sup>o</sup> 12-22656, *Thermodyn* ; *RTD com.* 2013, p. 478, obs. E. Loquin; *Procédures* 2013, n<sup>o</sup>8-9, n<sup>o</sup> 244, note L. Weiller ; *JCP E* 2013. 1522, note C. Asfar Cazenave ; *RDC* 2013 n<sup>o</sup> 4, p. 1376, R. Libchaber et p. 1470, note Y-M. Serinet et X. Boucobza.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 30 oct. 2006, n<sup>o</sup> 04-15512 ; *Bull. civ.* 2006, I, n<sup>o</sup> 441, p. 378 ; *JCP* 2007, I, 139, n<sup>o</sup> 11, note Th. Clay.

<sup>3</sup> Nous soulignons.

<sup>4</sup> Définie par l'article 1189 du Code civil.

Rien ne semble ainsi s'opposer radicalement à la stipulation d'une telle obligation alternative s'agissant des clauses de traitement des conflits. De telles clauses permettant l'exercice d'une option entre les juridictions arbitrales et étatiques semblent par ailleurs de nature à faciliter les négociations. Une partie réticente à s'engager à recourir à l'arbitrage ou à saisir une juridiction avantageant son cocontractant pourra plus facilement accepter une telle clause lui ménageant la faculté de saisir la juridiction qui lui apparaît plus favorable dès lors qu'elle est à l'initiative de l'action pour faire valoir ses droits.

318. **Le bénéficiaire du choix.** Les clauses attributives de juridiction optionnelles semblent ainsi sacrifier une part de prévisibilité au bénéfice de la facilitation des négociations mais également, de façon probablement plus déterminante, d'une gestion plus fine des conflits et d'élaboration de stratégies procédurales. Ces clauses incitent en effet dans certaines configurations les parties à prendre l'initiative de l'action, quitte à agir de manière purement conservatoire. Ainsi une partie qui pressent l'action en justice imminente et inéluctable de son cocontractant pourra souhaiter introduire l'action en justice pour bénéficier du choix. C'est notamment le cas lorsque la clause attributive de juridiction non exclusive est établie au bénéfice des deux (ou de plusieurs) parties au contrat, ce qui les incite alors à élaborer des tactiques procédurales relativement à la compétence<sup>1</sup> et donne parfois lieu à « une course au tribunal »<sup>2</sup>. En effet « l'initiative de l'action n'est pas une question de pure procédure : c'est également une attitude décisive dans la relation commerciale qui permet de causer à l'adversaire l'inconfort que l'on s'évite »<sup>3</sup>. À défaut de précision du bénéficiaire du choix à opérer, la jurisprudence considère avec pragmatisme qu'il s'agit du demandeur à l'action dès lors qu'il s'agit de déterminer la compétence de juridictions étatiques<sup>4</sup> ou de juridictions arbitrales<sup>5</sup> entre elles. Une telle solution est en effet la plus sage car elle évite que, d'emblée, doive être tranché un conflit de compétence.

Les parties peuvent également convenir de n'attribuer le choix qu'à une seule d'entre elles et stipuler que seule une partie pourra bénéficier de l'option ouverte par d'une clause attributive de juridiction optionnelle. Une telle faculté semble validée par la jurisprudence française, qui impose cependant qu'une telle clause ne crée pas une option de compétence trop large déjouant toute prévisibilité. La Cour de cassation a ainsi décidé que, dans le cadre du règlement de Bruxelles I, une clause imposant à une partie la saisine d'une juridiction unique, alors même que son cocontractant disposait, en vertu de la clause, de la faculté de saisir une autre juridiction en matière internationale<sup>6</sup>, n'était pas valable. À l'inverse, lorsque la solution

---

<sup>1</sup> Notamment très directement par le biais de l'action déclaratoire ; Cass. 1<sup>o</sup> civ., 7 déc. 2011, n<sup>o</sup> 10-30919 ; *Bull. civ. I*, n<sup>o</sup> 210 ; *RD transp.* 2012, comm. 7, Ph. Delebecque ; *JCP* 2012, n<sup>o</sup> 241, note L. d'Avout ; v *infra* n<sup>o</sup> 581.

<sup>2</sup> J. Barbet et P. Rosher : « Les clauses de résolution de litiges optionnelles », *Rev. arb.* 2010, p. 45.

<sup>3</sup> G. Deharo : « Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective économique et dynamique de droit des contrats », disponible <http://halshs.archives-ouvertes.fr/hal-00649107/>

<sup>4</sup> CA Paris, 10 oct. 1990 ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 605, note H. Gaudemet-Tallon.

<sup>5</sup> Cass. 2<sup>o</sup> civ., 30 juin 1993, n<sup>o</sup> 91-17786 ; *Bull. civ. II*, n<sup>o</sup> 235, p. 128 ; *Rev. arb.* 1994, p. 115, note Y. Paclot ; *PA* 22 févr. 1995, n<sup>o</sup>23, p. 4, n<sup>o</sup> 8, obs. P.-A. Gélinas.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 26 sept. 2012, n<sup>o</sup> 11-26022 ; *Bull. civ. I*, n<sup>o</sup> 176 ; *D.* 2012, p. 2318 et p. 2876, note D. Martel ; *D.* 2013, p. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 256, note D. Bureau ; *D.* 2013, p. 383, obs. Ph. Delebecque ; *RTD eur.* 2013, p. 292-24, obs. C. Lonchamp et C. Reydellet ; *JDI* 2013, 175, note C. Brière ; *Cah. arb.* 2013, n<sup>o</sup>2, p. 443, chron. J. Barbet ; *JCP* 2012, n<sup>o</sup> 41, act. n<sup>o</sup> 1065, p. 1815, note E. Cornut ; *RLDC* 2012, act. n<sup>o</sup> 4840, p. 12, note C. Le Gallou ; *RDC* 2013, n<sup>o</sup> 2, p. 661, not J.-B. Racine ; *JCP* 2013, n<sup>o</sup>105, note

semble conforme à la sécurité juridique, la Cour de cassation a admis qu'une clause permettant à une partie de saisir une juridiction déterminée en sus des autres juridictions normalement compétentes était valable<sup>1</sup>.

Ces stipulations particulières permettent aux parties d'atténuer la prévisibilité en matière de compétence généralement instaurée par les clauses organisant le règlement juridictionnel des litiges et participent dès lors activement à la mise en place d'une stratégie procédurale. Une fois la clause conclue, le choix de la juridiction qui sera saisie en cas de litige est abandonné à la volonté d'une seule des parties. Cela se vérifie évidemment dans les clauses offrant une option à un seul des contractants, mais également dans les clauses permettant aux deux parties d'exercer l'option. Dès lors que celle-ci sera exercée par l'une d'entre elles, l'autre ne pourra que s'incliner devant le choix auquel, dès la conclusion du contrat, elle a consenti. Un tel constat peut également être fait lorsque les parties déterminent que l'accord des deux sera requis pour que compétence soit attribuée à une juridiction donnée. Il en va ainsi, par exemple, dans les clauses imposant aux parties de s'accorder, une fois le litige né, sur la personnalité de l'arbitre unique. Si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur la désignation de l'arbitre, la clause d'arbitrage n'est alors pas effective et il a en conséquence été jugé qu'il était possible à une partie de soumettre son différend à la juridiction française, en vertu du privilège de juridiction de l'article 14 du code civil<sup>2</sup>, ou à une autre juridiction déterminée conventionnellement<sup>3</sup>, sous réserve toutefois que la clause soit réellement inapplicable<sup>4</sup>. Il peut également être prévu qu'en absence d'accord sur l'identité de l'arbitre unique, les parties s'accordent pour que l'arbitrage soit organisé par une institution déterminée<sup>5</sup>. Ce faisant, les parties élaborent elles-mêmes des solutions de secours en cas de conflit de volonté renouvelée entre elles une fois le litige survenu, évitant ainsi des situations de blocages préjudiciables.

L'exercice pratique de l'option peut également être déterminé d'emblée par les parties pour écarter toute incertitude et toute contestation subséquente lors de la mise en jeu de l'option. Les parties peuvent ainsi prévoir que l'option devra être levée par une partie dans un délai déterminé, faute de quoi l'adversaire pourra à son tour bénéficier de l'option. En toute hypothèse, dès lors que l'option bénéficie au défendeur à l'action, il semble nécessaire de lui imposer d'exercer ou de renoncer à cette option dans un délai raisonnable, au plus tard avant toute défense au fond. Désormais imposé en matière d'exception d'incompétence par l'article 74 du CPC, un tel principe permet de réaliser l'économie des procédures dilatoires, qui représentent un risque non négligeable et probablement pas tout à fait absent de l'esprit des contractants à ces clauses. Le simple fait de laisser, lors de la survenance du litige, le choix à une partie d'agir devant la juridiction qui lui semble la plus adéquate pour défendre ses intérêts introduit inévitablement une part d'incertitude dans une stipulation qui a précisément pour but de restreindre ou d'écarter les problématiques liées à la compétence.

---

L. Degos et D. Akchoti ; Cass. com., 24 avr. 1980, n° 88-19877, non publiée ; v. ég. CA Paris, 5 juill. 1989 ; *JDI* 1990, p. 152, obs. A. Huet.

<sup>1</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> avr. 1981, n° 79-15762 ; *Bull. civ.* II, n° 78 ; *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 421, note J. Viate ; *D.* 1982, IR p. 156, obs. P. Julien ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 4 déc. 1990, n° 89-16047 ; *Bull. civ.* I, n° 273, p. 193 ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 613, note H. Gaudemet-Tallon.

<sup>2</sup> CA Paris, 22 janv. 1957, *sté. Carlhian c/ sté. Wildenstein new york* ; *Gaz. Pal.* 1957, p. 249.

<sup>3</sup> CA Paris 14 nov. 1975 ; *Rev. arb.* 1976, p. 250, note Ph. Fouchard ; *JDI* 1976, p. 429, note E. Loquin.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 avr. 2009, n° 08-17548, non-publée ; *Rev. arb.* 2009, p. 434.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 30 mars 2004, n° 02-12259 ; *Bull. civ.* I, n° 97, p. 78 ; *D.* 2004, jur. p. 2458, note I. Najjar ; *RTD com.* 2004, p. 447, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2005, p. 115, note X. Boucobza ; *JCP* 2005, I, 134, §3, obs. Ch. Seragliani ; *D.* 2005, pan. p. 3050, obs. Th. Clay.

319. **Une incertitude convenue.** Ces clauses apparaissent en définitive assez ambiguës relativement à la prévisibilité qui sous-tend généralement les stipulations relatives à la compétence. Convenir d'une clause de résolution des litiges optionnelle revient en effet à réintroduire une part d'incertitude pour le contractant qui ne dispose pas de l'option. De telles stipulations organisent ainsi le retour de l'incertitude convenue, pour permettre aux parties de retrouver une relative liberté quant à la juridiction qui sera saisie. Plusieurs hypothèses doivent dès lors être envisagées lors de la survenance du litige, rendant le ballet contentieux d'autant plus tactique. Le juge français fait preuve d'une certaine bienveillance à l'égard de ces clauses et en assure l'effectivité<sup>1</sup> mais leur caractère optionnel semble néanmoins constituer un handicap dans certaines hypothèses en termes de reconnaissance et d'exécution des décisions rendues au niveau international. Ce qui pouvait ainsi être considéré comme un atout lors de la conclusion du contrat pourrait se révéler peu opératoire lorsqu'il s'agira d'obtenir l'exécution de la décision rendue par la juridiction choisie considérée comme non couverte par les conventions internationales relatives à la reconnaissance et l'exécution des décisions<sup>2</sup>.

Les solutions dégagées relativement à ces stipulations semblent permettre d'atténuer le risque d'instrumentalisation dilatoire de ces clauses. Il est cependant probable qu'un tel risque ne puisse être radicalement écarté que par une rédaction minutieuse de la clause dissipant toute ambiguïté relative aux termes du choix à opérer et aux modalités pratiques de l'exercice de cette faculté.

## §2 La particulière vigueur des clauses aménageant la compétence

320. **Le modèle constitué par la clause compromissoire.** L'exceptionnelle vigueur de la clause compromissoire se mesure tant dans ses effets que dans son régime et dans sa faculté à rayonner au delà des seules parties qui l'ont conclue. Une jurisprudence particulièrement audacieuse, ne dissimulant pas sa volonté de promouvoir l'arbitrage, a peu à peu établi des règles matérielles tendant à favoriser l'application et l'efficacité de la convention d'arbitrage dans un nombre croissant d'hypothèses. Poser de telles règles était nécessaire au regard de l'objet de la clause : soustraire un litige aux juridictions étatiques compétentes par défaut pour le soumettre à un juge choisi par les parties. Pour assurer l'efficacité d'une telle stipulation, il était essentiel d'écarter les manœuvres tendant à court-circuiter la procédure d'arbitrage et d'interpréter avec panache les clauses compromissoires pathologiques pouvant être guéries<sup>3</sup>. Un régime dérogatoire du droit commun a ainsi été élaboré spécifiquement pour la clause compromissoire, de manière à lui faire produire effet dans une écrasante majorité des cas. L'évolution de la jurisprudence en faveur de la validité et de l'efficacité de la clause compromissoire est édifiante. Elle sera rapidement retracée car elle éclaire l'évolution que l'on pourrait attendre au sujet des autres clauses tendant à aménager le traitement des litiges. Une telle évolution est déjà en marche, la jurisprudence relative à la clause attributive de juridiction s'étant en effet déjà engagée sur la voie tracée par la clause compromissoire.

Devront ainsi être étudiés l'autonomie ou la séparabilité, selon les formules employées, des stipulations aménageant la compétence (A), puis leur rapport particulier aux tiers (B).

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 15 mai 1974, *Sicali*, n° 72-14706 ; *Bull. civ.* I, n° 143, p. 122.

<sup>2</sup> J. Barbet, P. Rosher : « Les clauses de résolution de litiges optionnelles », *Rev. arb.* 2010, p. 45, *sp.* p. 82.

<sup>3</sup> H. Scalbert et L. Marville : « Les clauses compromissoires pathologiques », *Rev. arb.* 1988, p. 117 ; pour un panorama de jurisprudence de la CCI sur les clauses compromissoires pathologiques, v. E. Jolivet et L. Marquis : « La clause compromissoire pathologique (jurisprudence arbitrale CCI) », *Cah. arb.* 2010/1, p. 81.

## A. Le détachement des clauses aménageant la compétence

321. **La particularité du régime des clauses aménageant la compétence.** Comme souvent, la clause compromissoire a ouvert la voie à des solutions originales, impulsées par un principe d'efficacité, qui ont fait des émules parmi les autres clauses partageant son objet particulier. Ce principe d'efficacité impose en effet que soient écartées les manœuvres dilatoires des parties consistant à invoquer la nullité de la clause afin de soustraire au juge désigné la connaissance du litige. En raison de leur objet processuel, les clauses aménageant la compétence sont en effet considérées comme des conventions à part, dont l'existence est distincte de celle du contrat principal et la validité indépendante de toute loi. Une telle existence propre leur permet de survivre à l'annulation du contrat principal et d'organiser la compétence pour connaître du litige relatif à la validité ou l'applicabilité de la convention principale. Le détachement des clauses aménageant la compétence sera surtout étudié au regard de la clause compromissoire au sujet de laquelle la jurisprudence a peu à peu dégagé le régime exorbitant de la séparabilité de la clause compromissoire par rapport au contrat (1°) puis son autonomie par rapport à la loi (2°), ces deux éléments reposant sur la volonté présumée des parties. Cette même volonté des parties pourrait désormais apparaître supplantée par les principes qu'elle a contribué à instaurer (3°).

1° La séparabilité du contrat principal des conventions de procédure.

322. **Séparabilité de la clause compromissoire.** La première pierre de l'extraordinaire construction jurisprudentielle en ce sens a consisté à reconnaître à la clause compromissoire une autonomie ou une « séparabilité »<sup>1</sup> par rapport au contrat principal, en maintenant sa validité alors même que celui-ci serait nul. Convention de procédure, elle se distingue du contrat principal en raison de son objet spécifique et distinct du contenu du contrat principal, l'action en justice. Comme souvent en matière d'arbitrage<sup>2</sup>, les solutions adoptées en droit interne ont en premier lieu été dégagées en matière d'arbitrage international. L'arrêt *Gosset*<sup>3</sup> a ainsi, dès 1963, établi la règle selon laquelle la clause compromissoire serait valable indépendamment de la nullité du contrat principal. Ce n'est que plus tard que le principe d'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat qui la contient a été posé pour le droit de l'arbitrage interne<sup>4</sup>, consacré par la Cour de cassation en 2002 par l'arrêt *Barbot*<sup>5</sup>, y

<sup>1</sup> Selon la démonstration du professeur Pierre Mayer : « Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1998, p. 359, *sp.* p. 368, qui dénonce « un mythe conduisant à des solutions caricaturales ».

<sup>2</sup> Ch. Jarrosson : « L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne », in *L'internationalité dans les institutions et le droit : convergences et défis : études offertes à A. Plantey*. Pedone, 1995, p. 233.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 7 mai 1963, *Gosset* ; *Bull. civ.* I, n° 246 ; *JDI* 1964, p. 82, note J.-D. Bredin ; *Rev. crit. DIP* 1963, p. 615, note H. Motulsky ; *JCP* 1963, II, 13405, note B. Goldman ; *D.* 1963, p. 545, note J. Robert ; *Rev. arb.* 1963, p. 60.

<sup>4</sup> CA Paris, 8 oct. 1998 ; *RTD com.* 1999, p. 844, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1999, p. 350, note P. Ancel et O. Gout ; *RGDP* 1999, p. 126, obs. M.-Cl. Rivier ; CA Paris, 11 mai 2000 ; *Rev. arb.* 2002, p. 180, obs. Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 16-17 nov. 2001, p. 20.

<sup>5</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 avr. 2002, n° 00-18009 ; *Bull. civ.* II, n° 68, p. 57 ; *D.* 2002, IR 1402, obs. V. Avena-Robardet ; *D.* 2003, p. 1117, note L. Degos et *somm.* p. 2470, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2003, p. 103, note P. Didier ; *Dr. et patr.* 2002, n° 3109, obs. J. Mestre ; *JCP* 2002, II, n° 10154, note S. Reifegerste ; *JCP* 2003, I, n° 105, n° 2, obs. Ch. Seraglini ; *Procédures* 2002, *comm.* 112, R. Perrot et *comm.* 162, H. Croze ; peu après Cass. com., 9 avr. 2002, *Toulousy*, n° 98-16829 ; *Bull. civ.* IV, n° 69, p. 72 ; mêmes notes citées ci-dessus, puis



compris pour les cas d'inexistence du contrat principal. Une décision récente vient de réaffirmer ce principe<sup>1</sup>, consacré par ailleurs par la réforme du droit français de l'arbitrage.

323. **Séparabilité de la clause attributive de juridiction.** La reconnaissance de l'autonomie de la clause attributive de juridiction par rapport au contrat principal en droit français s'est faite attendre, mais n'était en définitive qu'une question de temps, d'autant que la jurisprudence communautaire avait déjà adopté une telle solution<sup>2</sup>. La réflexion menée au sujet de la clause compromissoire pouvait, de manière évidente, être étendue aux clauses attributives de juridiction. L'extension du régime propre de ces clauses était d'ailleurs souhaitable<sup>3</sup> pour assurer l'efficacité et l'unité de l'ensemble de la catégorie des clauses relatives aux litiges. Ce n'est pourtant qu'après avoir semblé affirmer le principe contraire<sup>4</sup> que la Cour de cassation a finalement reconnu la spécificité de l'objet de la clause aménageant la compétence et avalisé l'extension de la séparabilité à la clause attributive de compétence, en application de la Convention de Bruxelles I<sup>5</sup>, près de 40 ans après sa consécration relative à la clause compromissoire<sup>6</sup>. Une décision plus récente, rendue en application du droit commun, dotée d'un attendu très sobre ayant vocation à embrasser tant le droit commun interne qu'international, a fini d'asseoir la solution en matière de convention d'élection de for : « une clause attributive de compétence, en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, n'est pas affectée par l'inefficacité de cet acte »<sup>7</sup>.

Cette décision est certes tardive, mais elle semble tirer parti des réflexions menées au sujet de la clause compromissoire<sup>8</sup>, notamment relativement à la question de son sort en cas d'inexistence du contrat. L'utilisation du terme « inefficacité » semble en effet pouvoir couvrir non seulement la nullité mais également l'inexistence du contrat<sup>9</sup>, et est identique à celui employé dans la réforme du droit de l'arbitrage pour asseoir l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal. Une telle solution a également été adoptée par le règlement Bruxelles I *bis* désormais applicable depuis le 10 janvier 2015<sup>10</sup>.

---

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 mars 2003, n° 01-02253 ; *Bull. civ.* II, n° 68, p. 60 ; *JCP* 2003, IV, n°1881 ; *D.* 2003, p. 2470, note Th. Clay.

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 mai 2014, n° 13-15827, *Hautbois*, non publiée ; *D.* 2014, p. 2541, pan. Th. Clay ; *RTD civ.* 2014, p. 641, obs. H. Barbier ; *Procédures* 2014, 207, note L. Weiller ; *JCP* 2014, 857, § 1, obs. Ch. Seraglini.

<sup>2</sup> CJCE 3 juill. 1997, *Benincasa*, aff. N° C-269/95 ; *Europe* 1997, comm. 305 ; *Procédures* 1997, comm. 201, H. Croze.

<sup>3</sup> V. C. Blanchin : *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?* Préf. H. Gaudemet-Tallon, LGDJ, 1995, *sp.* p. 84 et s.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 25 janv. 1983, n° 81-16415 ; *Bull. civ.* I, n°31 ; *Rev. crit. DIP* 1983, p. 516, note H. Gaudemet-Tallon. En réalité la solution était peut-être dictée par la rédaction de la clause qui, conjuguée à une interprétation restrictive de celle-ci par les juges, excluait l'action en nullité de son champ d'application.

<sup>5</sup> Devenue le Règlement Bruxelles I entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 19 mars 2002, n° 00-17709 ; *Bull. civ.* I, n° 97, p. 75 ; *PA* 2002, n° 242, p. 18 ; *JCP* 2002, II, 10199, note Ph. Guez.

<sup>7</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 juill. 2010, n° 07-17788 ; *Bull. civ.* I, n° 161 ; *D.* 2010, p. 1869, note X. Delpech, p. 2323, obs. L. d'Avout ; *RTD civ.* 2010, p. 780, obs. B. Fages ; *Procédures* 2010, comm. 336, R. Perrot ; *Dr. et proc.* 2010, p. 293, note F. Vinckel ; *JDI* 2011, n° 1, comm. 3, S. Sana-Chaillé de Néré ; *RDC* 2011, n° 1, p. 223, note J.-B. Racine.

<sup>8</sup> Ces réflexions ont certainement justifié l'inscription de ce principe dans la Convention de la Haye du 30 juin 2005 en son article 3, d).

<sup>9</sup> En ce sens notamment S. Sana-Chaillé de Néré, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 juill. 2010 *préc.* , *JDI* 2011, comm. 3.

<sup>10</sup> Article 25-5° du Règlement Bruxelles *bis*, adopté le 12 décembre 2012.

324. **La problématique de la nullité pour vice du consentement.** La solution de la validité de la clause compromissoire en cas d'inexistence du contrat principal a pourtant été longtemps incertaine en droit de l'arbitrage. La décision *Cassia*<sup>1</sup>, rendue en 1990 par la Cour de cassation avait, en matière d'arbitrage interne, en effet refusé de reconnaître la validité de cette stipulation en cas d'inexistence du contrat. Il suffisait donc au plaideur malicieux d'invoquer l'inexistence du contrat pour faire échec à la clause et pour entraîner son partenaire contractuel dans les méandres de chicanes procédurales préliminaires à toute action au fond. La Cour de cassation a par la suite changé de position dans une décision du 25 octobre 2005<sup>2</sup>, en employant un attendu dénué d'ambiguïté : « en application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent »<sup>3</sup>.

325. **Une fiction utilitariste du consentement.** Cette règle se comprend dans une optique évidente d'efficacité des conventions aménageant la compétence, afin d'éviter que l'allégation de la nullité ou de l'inexistence du contrat ne soit instrumentalisée pour faire échec à la saisine du juge désigné par les parties dans leur convention. Elle entraîne l'élaboration d'une fiction utilitariste du consentement : la volonté des parties, au centre de cette fiction, ne peut qu'aller dans le sens de l'efficacité de la convention aménageant la compétence. Les parties à un contrat auraient ainsi en quelque sorte voulu plus particulièrement la convention aménageant la compétence, plus encore que le contrat qui la contient. La fiction est patente.

Comment en effet expliquer qu'une convention nulle pour vice de consentement ou même inexistante puisse abriter, en son sein, dans le même *instrumentum*, une convention d'arbitrage ou une clause attributive de juridiction valable qui ne serait miraculeusement pas affectée par ledit vice ou par le fait que le contrat n'ait en définitive jamais été formé ? Le principe d'efficacité à l'aune duquel doit être appréciée la convention d'arbitrage, mais également plus nouvellement les clauses attributives de juridiction justifie en ce cas les moyens : présumer la volonté des parties de se référer au juge désigné par la convention, y compris en cas de contestation de la validité ou de l'existence du contrat principal, et lui permettre de régler les conséquences résultant d'une telle nullité ou inexistence. Cette fiction est nécessaire pour mettre les parties à l'abri des manœuvres dilatoires. Leur volonté, pourtant parfois envisagée avec une certaine circonspection par les juges s'agissant de contrôler les conditions de forme nécessaires à la validité de ces clauses, est en ce cas instrumentalisée pour justifier l'efficacité accrue de la convention aménageant la compétence. Le consentement présumé à la clause atteste en quelque sorte de la volonté des parties de faire trancher tout différend, y compris celui de la nullité ou de l'inexistence du contrat, par l'arbitrage.

326. **Une fiction en l'absence de volonté contraire.** Seule la volonté contraire expresse des parties pourrait ainsi soustraire à l'arbitrage les contestations relatives à la validité ou à l'existence du contrat principal<sup>4</sup>. Une telle stipulation est unanimement considérée par la

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 10 juill. 1990, n<sup>o</sup> 88-13877, non-publée ; *RTD com.* 1991, p. 578, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; *JDI* 1992, p. 168, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1990, p. 851, note J.-H. Moitry et C. Vergne.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 25 oct. 2005, n<sup>o</sup> 02-13252 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 378, p. 314 ; *D.* 2005, pan. p. 3050, Th. Clay ; *JCP* 2005, act. 617 et IV, 3522 ; *Rev. arb.* 2006, p. 106, note J.-B. Racine ; *D.* 2006, p. 1999, avis J. Sainte-Rose ; *JDI* 2006, p. 996, note F.-X. Train.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 25 oct. 2005 *préc.*

<sup>4</sup> Certaines décisions semblent en effet réserver l'hypothèse de la « stipulation contraire » : Cass. com., 25 nov. 2008, n<sup>o</sup> 07-21888 ; *Bull. civ.* IV, n<sup>o</sup> 197 ; *Rev. arb.* 2008, p. 677, obs. O. Cachard ; *D.* 2009, p. 1516, obs. X. Delpech, et note G. Pillet et p. 2959, obs. Th. Clay ; *JCP* 2009, II, 10023, note D. Mainguy ; *PA* 2009,

doctrine comme une aberration susceptible de démultiplier les instances et de ruiner l'efficacité recherchée dans l'arbitrage. Une telle précision n'a par ailleurs pas été apportée explicitement au sujet des clauses attributives de juridiction, même si l'interprétation d'une jurisprudence ancienne laisse entrevoir une interprétation restrictive de la clause<sup>1</sup>. Il semble cependant que la volonté expresse des parties d'écarter certains litiges de la connaissance du juge désigné dans leur convention devrait recevoir application, même si l'intérêt pratique d'une telle dissociation reste obscur.

Le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, rebaptisé par la suite principe d'indépendance ou de séparabilité, a été explicité par la réforme du droit de l'arbitrage, instituant l'article 1447 du Code de procédure civile, qui dispose que « la convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci ». Le choix du terme « inefficacité », « qualification balai »<sup>2</sup> n'est pas anodin, pouvant recouvrir tant les hypothèses de nullité que d'inexistence du contrat : dans ces deux cas, le contrat serait « inefficace ».

327. **Appréciation théorique de l'ascendant de l'efficacité sur la volonté.** En théorie, il est cependant permis de douter du caractère juste de ce principe de validité des clauses aménageant la compétence, et même plus largement encore de la validité des clauses relatives aux litiges dans les hypothèses d'absence totale de consentement des parties<sup>3</sup>, et plus précisément dans deux cas bien particuliers : celui de la violence et celui de l'inexistence du contrat. « L'existence d'un accord des parties pour soumettre tout litige survenant entre elles à l'arbitrage est la pierre angulaire du droit de l'arbitrage interne comme international »<sup>4</sup>. L'arbitrage est tributaire de la volonté concordante des parties de recourir à un juge privé pour trancher leurs litiges. De même, la clause attributive de juridiction et la clause de médiation préalable ne sauraient avoir d'autre fondement que la volonté des parties.

328. **En cas de violence.** Dans l'hypothèse d'un contrat forcé par la violence, aucun contrat n'a été voulu, en aucune manière, par l'une des parties. La volonté de la partie victime de violence fait radicalement défaut et la convention d'arbitrage, privée de sa seule possible justification, ne devrait ainsi pas pouvoir produire d'effets, pas plus d'ailleurs que la clause attributive de juridiction. Ce n'est pas juste une erreur ou une tromperie qui est à l'origine de la convention, cas dans lesquels on peut penser que le vice affectant le contrat principal ne met pas nécessairement en cause la volonté des parties de conclure la convention aménageant la compétence en l'absence de vice, mais la pure contrainte. Il apparaît en ce cas que la violence

---

n° 143, note Ch. Larroumet ; Cass. com., 9 avr. 2002, n° 98-16829 ; *Bull. civ. I*, n° 69 ; *D.* 2003, p. 1117, note L. Degos ; *Rev. arb.* 2003, p. 103, note. P. Didier ; *JCP* 2002, II, 10154, note. S. Reifergerte ; *JCP* 2003, I, n° 105, n° 2, obs. Ch. Seraglini ; Cass. 2° civ., 20 mars 2003, n° 01-02253 ; *Bull. civ. II*, n° 68, p. 60 ; *D.* 2003, p. 2470, obs.

Th. Clay ; en sens contraire, refusant aux parties la faculté de lier le sort du contrat à celui de la clause compromissoire, v. Cass. 1° civ., 15 mai 2008, n° 06-20806, non-publée ; *LEDC* 2008, n° 3, obs. G. Pillet.

<sup>1</sup> Cass. 1° civ., 25 janv. 1983, n° 81-16415 ; *Bull. civ. I*, n° 31 ; *Rev. crit. DIP* 1983, p. 516, note

H. Gaudemet-Tallon.

<sup>2</sup> Th. Clay : « "Liberté, Égalité, Efficacité" : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage » première partie, *JDI* n° 2, avr. 2012, doctr. 4.

<sup>3</sup> En ce sens, le professeur Pierre Mayer estime que « l'hypothèse la plus incontestable de non-séparation, conduisant à la nullité, est celle de l'absence de consentement de l'une des parties » (« Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1998, p. 359, *sp.* p. 364).

<sup>4</sup> E. Loquin : « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gaz. Pal.* 5-6 juin 2002, p. 7.

devrait faire radicalement obstacle à la validité indépendante de ces stipulations<sup>1</sup>. Affirmer le contraire reviendrait à bafouer les origines et le fondement de l'arbitrage. Le principe d'efficacité de la convention d'arbitrage, tuteur qui permet à l'arbitrage de s'élever toujours plus haut vers l'idéal de justice, ne saurait pallier l'absence de racines sans lesquelles la matière serait vouée à dépérir. De même, la dérogation aux règles de compétence de droit commun ne s'expliquant que si elle est le fruit de la volonté des parties, la clause attributive de juridiction perdrait son fondement.

329. **En cas d'inexistence.** Le cas de l'inexistence du contrat est également problématique puisque la convention n'a en réalité jamais été formée. En l'absence de toute rencontre de volonté, comment considérer que la clause relative aux litiges a été valablement conclue ? « Si on peut concevoir qu'un débat naisse spécifiquement sur le consentement des parties à telle ou telle clause du contrat lorsque celui-ci a été effectivement formé, on ne peut guère admettre, à l'inverse, dans l'hypothèse où les volontés ne se sont pas rencontrées sur le contrat principal, qu'elles se soient accordées sur la seule convention de procédure »<sup>2</sup>.

330. **En cas de vice affectant spécifiquement la clause aménageant la compétence.** Le principe de la séparabilité des clauses aménageant la compétence apparaît également devoir être écarté lorsque le vice allégué affecte directement non plus la convention principale dans son ensemble mais spécifiquement le consentement à la clause elle-même. Si l'autonomie de ces clauses les met à l'abri des vices pouvant affecter la convention principale, ce principe devrait-il trouver à s'appliquer lorsque la stipulation est elle-même affectée par un vice du consentement ? Là se trouvent les limites de la fiction justifiant la robustesse des clauses relatives aux litiges. L'application du principe compétence-compétence aux stipulations aménageant la compétence doit alors être éprouvée : le juge désigné pourrait-il décider de sa propre compétence dès lors que c'est la validité de la clause en elle-même qui est contestée ? Cette faculté est reconnue comme une « suite logique sur le plan pratique »<sup>3</sup> de l'autonomie de la clause. Admettre que la seule contestation de la validité de la clause elle-même puisse faire échec à la prévision des parties présenterait cependant l'inconvénient majeur de rouvrir les portes aux manœuvres dilatoires. Il apparaît ainsi logique d'appliquer le principe de la compétence-compétence, tant dans son aspect positif que négatif, au juge désigné par la clause.

331. **Appréciation pratique : le caractère incontournable de la fiction.** Si la séparabilité de ces stipulations semble injustifiable au regard de la pure théorie, l'impératif d'efficacité de la justice doit cependant primer en pratique afin d'assurer la mise en œuvre de ces clauses sans risquer de sombrer dans l'écueil des manœuvres dilatoires. Il est certes des hypothèses dans lesquelles une telle position entraînera une perte de temps et d'argent pour les justiciables qui devront avoir recours à une procédure à laquelle ils n'ont en réalité pas consenti afin que le juge désigné par la stipulation décide le cas échéant de son incompétence. Cette solution semble cependant préférable à celle permettant aux parties d'user de manœuvres dilatoires pour échapper non pas spécifiquement au juge désigné, mais pour repousser l'œuvre de justice dans son ensemble. Le pragmatisme des solutions dégagées à cet égard converge ainsi dans un plus grand nombre de cas vers une justice plus rapide.

---

<sup>1</sup> En ce sens au sujet de la clause compromissoire v. E. Loquin, note sous CA Paris 8 oct. 1998, *RTD com.* 1999, p. 844.

<sup>2</sup> P. Ancel et O. Gout, note sous CA Paris 8 oct. 1998, *Rev. arb.* 1999, p. 354, *sp.* n°19, p. 363.

<sup>3</sup> S. Sana-Chaillé de Néré, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 juill. 2010 *préc.*

332. *Les exceptions au principe de la compétence arbitrale.* L'article 1448 du Code de procédure civile reconnaît l'effet négatif de la convention d'arbitrage et a intégré la création jurisprudentielle<sup>1</sup> de l'inapplicabilité manifeste, d'abord reconnue en matière internationale puis étendue en matière interne : la juridiction étatique doit se déclarer incompétente sauf « si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ». Il importe de saisir les contours de ces exceptions au principe de la compétence arbitrale pour comprendre dans quelle mesure l'absence de consentement à la clause est susceptible d'être sanctionné avant que ne soit initié l'arbitrage. La jurisprudence donne quelques exemples de ces hypothèses<sup>2</sup> : le remplacement de la clause compromissoire par une clause attributive de juridiction ou l'inapplicabilité de la clause au liquidateur judiciaire pour une action engagée au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, par exemple.

Si l'inapplicabilité ou la nullité de la clause n'est pas manifeste, la tendance qui ressort de la jurisprudence est que « le doute profite à l'arbitrage »<sup>3</sup>. Ainsi la condition de l'inapplicabilité de la clause est envisagée strictement par les juridictions étatiques<sup>4</sup>. « En réalité, la "proximité du contrat" suffit à créer un doute sur l'absence de compétence du tribunal arbitral et interdit de soulever l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage »<sup>5</sup> en raison de l'extraordinaire vigueur de la clause compromissoire. Ces conditions très restrictives posées pour faire échec à l'application de la clause compromissoire s'articulent parfaitement avec l'exceptionnelle autonomie reconnue à la stipulation : dès lors qu'existe une clause compromissoire dans un contrat, la connaissance du litige qui en découle par les juridictions étatique ne pourra être que l'exception : le caractère « manifeste » des exceptions, définissant les cas marginaux dans lesquels les juridictions étatiques pourraient ne pas se déclarer incompétentes, implique en effet que l'examen des juges reste superficiel. Si au premier abord il n'est pas évident que la clause est manifestement nulle ou inapplicable ou qu'elle étroit un plaideur susceptible de s'en dispenser en raison du domaine dans laquelle elle intervient<sup>6</sup>, il reviendra à l'arbitre de décider de sa propre compétence.

---

<sup>1</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 déc. 2003, n° 02-13710 ; *Bull. civ.* II, n° 394, p. 326 ; v. déjà en matière internationale : Cass. 1<sup>e</sup> civ., 16 oct. 2001, n° 99-19319, *Quarto Children* ; *Bull. civ.* I, n° 254 ; p. 160 ; *Rev. crit. DIP* 2002, p. 555, note F. Jault-Seske ; *Rev. arb.* 2002, p. 920, note D. Cohen ; *JCP E* 2002, n° 274, comm. G. Cuniberti et Ch. Kaplan (2<sup>e</sup> espèce).

<sup>2</sup> Cass. com., 8 déc. 2009, n° 09-11117, non-publiée ; *PA* 2010, n° 202, p. 20, obs. R. Irra de la Cruz ; *D.* 2010, p. 2937, obs. Th. Clay ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 2009, n° 08-12494, non-publiée ; *Cah. arb.* 2010, p. 453, note J. Ortscheidt ; *D.* 2010, p. 2937, obs. Th. Clay ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 11 juill. 2006, n° 03-19838 ; *Bull. civ.* I, n° 366, p. 314 ; *Gaz. Pal.* 16-17 août 2006, n° 229, p. 6, concl. av. gén. J. Sainte-Rose ; *JCP* 2006, I, 187, § 10, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2006, pan. 3029, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2006, p. 764, obs. E. Loquin ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 4 juill. 2006, n° 05-17460 ; *Bull. civ.* I, n° 338, p. 292 ; *JCP* 2006, I, 187, § 9, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2006, pan. 3028, obs. Th. Clay et IR, p. 1985, note X. Delpech ; Cass. com., 13 juin 2006, n° 03-16695, non-publiée ; *JCP* 2006, I, 187, § 10, obs. Ch. Seraglini ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 27 avr. 2004, n° 01-13831 et 01-15975 ; *Bull. civ.* I, n° 112, p. 91 ; *JDI* 2005, p. 349, note O. Cachard ; *JCP* 2004, I, 179, § 2, obs. J. Béguin ; *RTD civ.* 2004, p. 770, obs. Ph. Théry.

<sup>3</sup> E. Loquin, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD com.* 2006, p. 764.

<sup>4</sup> En dernier lieu, v. Cass. 1<sup>e</sup> civ., 6 oct. 2010, n° 09-68731 ; *Bull. civ.* I, n° 183 ; *JCP E* 2010, n° 46, somm. 1983 ; *D.* 2010, p. 1441, obs. X. Delpech et p. 2933, pan. Th. Clay.

<sup>5</sup> E. Loquin, « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD com.* 2006, p. 764.

<sup>6</sup> Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 11-12905 et 11-12906, *Deloitte* ; *Bull. civ.* V, n° 277 ; *Procédures* 2012, comm. 42, L. Weiller et n° 3, mars 2012, comm. 75, A. Bugada ; *JCP S* n° 5, 31 janv. 2012, 1049, comm. S. Brissy ; *RLDA* 2012, n° 68, note F. Laronze ; *Cah. Sociaux du barreau de Paris*, 1<sup>e</sup> févr. 2012, n° 238, p. 35, note J. Icard ; *PA* 2012, n° 89, p. 8, note L. Posocco, n° 141, p. 14, obs. A. Constantin ; *Gaz. Pal.* 2-3 mars 2012, p. 29, obs. V. Orif ; *JCP* 2011, act. 1417, obs. N. Dedessus-Le-Moustier ; *JCP* 2012, act. 690, §6, obs. Th. Clay, p. 843, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2011, p. 3002 ; *Dr. soc.* 2012, p. 309, obs. B. Gauriau ; *RTD com.* 2012, 351, obs. A.

Cette particularité du régime de la clause compromissoire dont l'applicabilité souffre très peu d'exceptions, éclaire une décision remarquable concernant sa transmission en dépit de l'absence de transmission des droits substantiels. Une telle position peut être critiquée en ce que le régime de la transmission de la clause développé par la jurisprudence - qui sera envisagé en détail plus loin - fait reposer ladite transmission sur la notion de double accessoire : la clause compromissoire est l'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel. Or, dans cet arrêt controversé, la Cour de cassation a décidé qu' « 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 », sauf si la clause compromissoire est conclue *intuitu personae*<sup>1</sup>. Or, si les droits substantiels ne sont pas transmis, ses accessoires ne devraient pas l'être non plus.

Le mécanisme de la transmission était insusceptible de fonctionner en l'espèce, mais le relai pour assurer l'efficacité de la stipulation est pris par le principe d'autonomie de la clause, reposant sur la volonté des parties. La décision s'appuie ainsi sur le large pouvoir qui est reconnu à la volonté des parties en matière de validité de la clause, développé précisément pour l'abstraire de toute contrainte liée à sa soumission à une loi quelconque, et partant aux conflits de lois qui pourraient la fragiliser. La volonté des parties de transmettre le contrat justifie que la clause s'applique, quand bien même la transmission du contrat serait nulle au regard de la loi applicable. La décision s'abrite sous l'indépendance qui permet à la clause de produire effet, quand bien même le contrat principal serait nul ou inexistant. Il semble sous cet aspect logique que la nullité de la transmission du contrat n'impacte pas la validité propre de la clause compromissoire. Ce mécanisme, même s'il ne fait pas l'unanimité<sup>2</sup>, devrait en toute logique être transposé à la clause attributive de juridiction, ainsi qu'aux autres clauses relatives aux litiges dont l'indépendance du contrat principal, en raison de leur relation avec le litige et de la volonté des parties, postule en faveur de leur large application.

## 2° L'autonomie de la clause par rapport à la loi

333. **L'autonomie de la clause compromissoire.** Postérieurement à la reconnaissance de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat qui la contient, la jurisprudence a en matière internationale dégagé son indépendance par rapport à une autre composante essentielle de sa validité : le droit à l'aune duquel celle-ci devrait être appréciée. Le second manifeste fort en faveur de la validité de principe de la clause compromissoire a consisté à établir l'indépendance de la clause par rapport à la loi du contrat en matière internationale<sup>3</sup>. Par la suite, une autonomie encore plus forte a été consacrée par la jurisprudence : la clause compromissoire est non seulement autonome par rapport à la loi régissant le contrat principal

---

Constantin, p. 528, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2012, p. 333, note M. Boucaron-Nardetto ; *D.* 2012, p. 2991, pan. Th. Clay

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 28 mai 2002, n<sup>o</sup> 00-12144 et 99-10741, *Cimat* ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 146, p. 112 ; *D.* 2003, somm. p. 2471 ; *RTD com.* 2002, p. 667 ; *Rev. crit. DIP* 2002, p. 758, note N. Coipel-Cordonnier ; *Rev. arb.* 2003, p. 398, note D. Cohen ; *PA* 2002, n<sup>o</sup> 241, p. 7, note C. Legros ; *JCP* 2003, I, n<sup>o</sup> 116, obs. E. Mathieu-Bouyssous ; *JCP* 2003, I, 105, §10, obs. Ch. Seraglini ; *Dr. et patr.* 2002, n<sup>o</sup> 109, obs. P. Mousseron ; *Gaz. Pal.* 2003, n<sup>o</sup> 18, p. 515, note M.-L. Niboyet.

<sup>2</sup> C. Golhen : « L'assujettissement d'un tiers à une clause attributive de juridiction », *Procédures* 2008, n<sup>o</sup> 5, ét. 5 et n<sup>o</sup> 6, ét. 6, *sp.* n<sup>o</sup> 28.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ. 4 juill. 1972, n<sup>o</sup> 70-14163, *Hecht* ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 175, p. 154 ; *Rev. arb.* 1974, p. 67, note Ph. Francescakis ; *Rev. crit. DIP* 1974, p. 82, note P. Level ; *JDI* 1972, p. 843, note B. Oppetit.

dont elle a vocation à trancher les litiges, mais elle l'est également par rapport à toute loi<sup>1</sup>, seule important « la commune volonté des parties ». « La clause compromissoire est donc pour la Cour d'appel de Paris, en matière internationale, un contrat sans loi »<sup>2</sup>, si ce n'est celle que les parties se sont imposées, ceci l'exemptant du respect des conditions éventuellement posées à sa validité par les différents droits nationaux. Le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est ainsi qualifié de « règle matérielle du droit international de l'arbitrage », reposant entièrement sur la volonté des parties.

Se manifeste ainsi très clairement, en matière internationale, le rôle prédominant de la volonté des parties dans la gestion du litige futur en matière de clauses de compétence : seule importe cette volonté, érigée en élément déterminant, pour apprécier la validité ou l'efficacité en cas d'inopposabilité de l'éviction du juge étatique et de l'attribution de la mission juridictionnelle à un tribunal arbitral. L'unique réserve exprimée est celle de l'ordre public international, dont il faut noter qu'elle ne pourrait jouer qu'*a posteriori*, au moment du contrôle du juge de l'annulation le cas échéant. Il semble cependant que cette omnipotence volontariste ayant justifié ces positions de principe désormais bien établies ne soit pas si absolue. La volonté des parties semble en effet désormais dépassée par les règles qu'elle a elle-même incité à établir.

### 3° Une autonomie par rapport à la volonté des parties ?

334. **Régime de la clause compromissoire versus volonté des parties ?** Séparable du contrat, autonome par rapport à toute loi, la clause compromissoire fait preuve d'une vigueur hors normes et inconnue du droit commun des contrats. Le principe de validité qui entoure l'accord des parties de recourir à l'arbitrage, au nom de l'efficacité fondée sur la volonté présumée des parties, semble en matière de clause compromissoire disputer la place qu'occupe la volonté des parties en droit commun des contrats. Il apparaît en effet que dans certaines hypothèses le consentement des parties s'incline face à la nécessaire validité de l'accord en faveur de l'arbitrage. Un exemple d'un tel phénomène est donné par les clauses compromissoires dites pathologiques. Sont dénommées ainsi les clauses compromissoires qui recèlent un vice tel qu'il serait susceptible de rendre inapplicable l'arbitrage qu'il contient dans son principe. Une décision de la première chambre civile de la Cour de cassation met en lumière ce phénomène : en l'espèce, la clause d'arbitrage réservait aux parties à un arbitrage international la faculté de faire appel de la décision rendue par le tribunal arbitral, alors qu'un tel appel de la décision est impossible en matière internationale.

La question qui était dès lors posée à la Cour de cassation était celle de savoir quel devait être le sort de la convention d'arbitrage prévoyant une hypothèse impossible au regard de l'impérativité de la règle française concernant les voies de recours des sentences arbitrales internationales. Une telle convention devait-elle être considérée nulle et la sentence annulée, en raison du caractère déterminant du consentement de la faculté d'appel pour les parties, comme le soutenait le pourvoi, ou la convention devrait-elle juste être harmonieusement remodelée, en déclarant la partie de la stipulation prévoyant l'appel non écrite, pour sauver la clause compromissoire et l'arbitrage qui avait déjà eu lieu ? La solution donnée par la Cour de

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 20 déc. 1993, n° 91-16828, *Dalico* ; *Bull. civ.* I, n° 372, p. 258 ; *Rev. arb.* 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1994, p. 432, note E. Gaillard et p. 690, note E. Loquin ; *Rev. crit. DIP* 1994, p. 663, note P. Mayer ; CA. Paris, 9 mars 1980 ; *Rev. arb.* 1990, p. 675, note P. Mayer ; CA Paris, 13 déc. 1975, *Menicucci* ; *Rev. crit. DIP* 1976, p. 507, note B. Oppetit ; *JDI* 1977, p. 106, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1977, p. 147, note Ph. Fouchard.

<sup>2</sup> P. Mayer, note sous CA Paris, 9 mars 1980, *Rev. arb.* 1990, p. 675.

cassation est surprenante : « Dès lors que les parties étaient convenues de soumettre leur litige aux arbitres, seul leur accord prévoyant la faculté d'appel de la sentence était réputé non écrit, la convention d'arbitrage international elle-même n'étant pas, *du fait de son autonomie*<sup>1</sup>, entachée de nullité »<sup>2</sup>.

Selon un auteur, l'arrêt laisse entrevoir une nouvelle conception du principe d'autonomie de la clause compromissoire : « l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à la volonté des parties »<sup>3</sup>. Il est en effet surprenant que l'arrêt se fonde sur « l'autonomie » de la convention, sans s'intéresser à la volonté des parties et à l'aspect, déterminant ou non, de la faculté d'appel que les parties s'étaient ménagées dans la clause compromissoire, volonté qu'elles avaient par ailleurs réitéré dans l'acte de mission. C'était pourtant la voie qu'avait emprunté la jurisprudence antérieure, et particulièrement l'arrêt d'appel qui avait abouti à la même solution<sup>4</sup>, en s'attachant à la volonté des parties. Une décision plus ancienne avait cependant retenu la solution inverse, en déclarant que la stipulation prévoyant la faculté d'appel était un « élément essentiel, déterminant du consentement des parties »<sup>5</sup>. Elle avait en conséquence frappé de nullité la convention d'arbitrage dans son ensemble.

La solution dégagée par la Cour de cassation n'est pas critiquable dans son principe. À l'évidence il était nécessaire de trancher en faveur de l'interprétation de volonté la plus vraisemblable<sup>6</sup> et la plus favorable à l'arbitrage. Une telle solution est en effet logique notamment car les parties ne peuvent pas influencer sur la qualification de leur arbitrage. Elles ne peuvent savoir à l'avance si leur litige sera ou non international, et en conséquence si l'appel sera possible ou non<sup>7</sup>. Une telle solution suscite cependant la critique relativement à sa justification. En effet, fonder la validité à toute épreuve du principe de l'arbitrage au sein même de la convention d'arbitrage sur son autonomie et non sur la volonté supposée des parties revient en définitive à affirmer que la volonté des parties, même clairement exprimée en sens contraire, ne saurait réduire à néant la convention d'arbitrage. Ainsi une clause d'arbitrage qui prétendrait conditionner la validité de l'arbitrage à la possibilité de recours en réformation ne serait pas considérée comme pouvant produire cet effet.

L'atteinte au fondement volontariste de l'arbitrage semble dès lors patent, et l'on s'est interrogé à juste titre sur l'effet d'une telle autonomie du principe même de l'arbitrage par rapport aux autres éléments pathologiques que pourrait contenir la convention d'arbitrage<sup>8</sup>. En réalité, le suspens réside plus dans la manière dont pourraient être traitées ces problématiques que dans le sort qui serait alors réservé au principe du recours à l'arbitrage qui fait, désormais, peu de doute. Peut-être serait-il bon de restituer un pouvoir plus grand à la volonté des parties en ce

---

<sup>1</sup> Nous surlignons.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 13 mars 2007, *Chefaro*, n° 04-10970 ; *Bull. civ.* I, n°102 ; *D.* 2007, p. 949, obs. X. Delpech ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 455, note D. Bureau ; *Rev. arb.* 2007, p. 499, note L. Jaeger ; *JCP* 2007. Act. 135, obs. J. Ortscheidt ; *PA.* 2007, n° 192, note S. Ben Reguiga ; *D.* 2008, p. 180, pan. Th. Clay.

<sup>3</sup> J. Ortscheidt : « Un nouvel exemple de l'effacement du droit commun des contrats en ce qui concerne les conventions d'arbitrage international », note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 13 mars 2007, *JCP* 2007, act. 135.

<sup>4</sup> CA Paris, 2 oct. 2003 ; *Rev. arb.* 2004, p. 859, 2<sup>e</sup> esp. note L. Jaeger.

<sup>5</sup> CA Paris 1<sup>er</sup> Ch. C, 12 déc. 1989 ; *Rev. arb.* 1990, p. 863, note P. Level.

<sup>6</sup> Il est en effet très probable que les parties souhaiteraient maintenir leur engagement à l'arbitrage en dépit de l'impossibilité de faire appel de la sentence rendue ; de nombreux autres arguments postulaient par ailleurs en sa faveur, sur lesquels v. *not.* L. Jaeger, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 13 mars 2007, *Rev. arb.* 2007, p. 499.

<sup>7</sup> En ce sens Th. Clay : « "Liberté, Égalité, Efficacité" : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage », deuxième partie, *JDI*, n° 3, juill. 2012, doctr. 8.

<sup>8</sup> S. Ben Reguiga, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 13 mars 2007, *PA.* 2007, n° 192.



domaine, leur permettant notamment de prévoir efficacement, aussi « hérétique » que cela puisse sembler, une voie de réformation de la sentence<sup>1</sup>.

335. **Les autres clauses relatives au litige.** L'extension d'une telle absence de soumission à toute loi se pose au sujet des autres clauses relatives aux litiges, notamment pour la clause attributive de juridiction. Une décision ancienne a pu sembler ouvrir la voie<sup>2</sup>, sans cependant recevoir confirmation. Un auteur a cru déceler dans la décision reconnaissant l'autonomie de la clause attributive de juridiction par rapport au contrat la préfiguration d'« une assimilation plus large des différentes clauses de règlement des différends »<sup>3</sup>. Une telle évolution est par ailleurs souhaitée par une partie de la doctrine<sup>4</sup>. L'établissement d'une règle matérielle en matière internationale, à l'instar de ce qui a été développé pour la clause compromissoire dont elle est conceptuellement assez proche, serait en effet de nature à assurer une plus grande prévisibilité, permettant à la stipulation de s'abstraire de complexes conflits de lois. La seule condition à la validité de ces clauses serait alors, comme pour la clause compromissoire en matière internationale, la volonté des parties de choisir la juridiction à laquelle elles souhaitent confier leurs litiges.

Il semble cependant qu'une telle règle matérielle, en faveur de la validité et de l'efficacité des clauses attributives de for, se heurte à une contrainte absente en matière d'arbitrage, l'organisation de la compétence des tribunaux auxquels est attribuée la connaissance du litige. La faiblesse partagée avec le droit français de l'arbitrage international est que l'application de la règle matérielle française ne sera en réalité assurée que pour les tribunaux français ou lorsque le droit français aura été désigné pour régir la stipulation. Cette voie ne semble par ailleurs pas celle qu'a choisi de consacrer le Règlement de Bruxelles I refondu. Si l'autonomie de la clause attributive de juridiction en faveur d'un état membre par rapport au contrat qui la contient a été consacrée par l'article 25 §5 du Règlement, celui-ci a au contraire choisi de soumettre la validité, sur le fond, de la clause attributive de juridiction à la loi de l'état membre dont la juridiction est désignée par la clause. Une telle position revient à livrer la question de la validité de la clause aux affres éventuels des conflits de loi et ne constitue en ce sens l'opposé de l'avancée espérée en la matière.

Il n'est plus à démontrer que la clause compromissoire représente une muse pour les clauses relatives aux litiges. Cette inspiration se manifeste plus particulièrement pour la clause attributive de juridiction et ne semble pas devoir se limiter à l'autonomie de la stipulation relativement au contrat. Elle pourrait inciter à reconnaître aux clauses relatives aux litiges une indépendance encore plus grande dans l'ordre international et donc une applicabilité étendue. Similairement, la relation entre les clauses relatives aux litiges et les tiers au contrat initial devrait marcher dans les pas de la clause compromissoire même si elle se révèle en la matière

---

<sup>1</sup> v. *infra* n° 497.

<sup>2</sup> Cass. com., 19 déc. 1978, n° 76-15121 ; *Bull. civ.* IV, n° 318, p. 261 ; *JDI* 1979, p. 366, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1979, IR, p. 341, obs. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1979, p. 617, note A. Huet, faisant référence à la « commune intention des parties ».

<sup>3</sup> L. D'Avout, obs. sous Cass. 1<sup>o</sup> civ., 8 juill. 2010, *D.* 2010, p. 2323.

<sup>4</sup> H. Gaudemet-Tallon : « Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres (À propos de récents arrêts de la Cour suprême des États-Unis, de la Chambre des Lords, de la Cour de cassation française et de la Convention de Bruxelles) », in *Mél G. Marty*, Univ. sc. soc. de Toulouse, 1978, p. 531, *sp.* p. 548 ; C. Blanchin : *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?* LGDJ- Université Paris II, 1995.

en partie moins problématique en raison des règles de compétence posées par le droit interne et les conventions internationales.

## B. L'extraordinaire rayonnement des clauses aménageant la compétence

336. *Une stipulation servante.* L'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal est remarquable car elle en fait une stipulation détachable du contrat, reposant sur le socle de la volonté des parties. Le rayonnement de la clause compromissoire est également hors normes et les justifications développées à son sujet potentiellement extensibles aux clauses relatives aux litiges.

Autonome par rapport au contrat principal lorsqu'il s'agit d'apprécier sa validité, la stipulation n'en est pas moins servante de celui-ci, tout comme l'est l'action en justice, ce qui justifie qu'elle suive les pérégrinations du contrat, ou plus précisément du droit d'action lorsque celui-ci vient à être transmis. La faveur dont fait preuve la jurisprudence en matière de commerce international commande parfois quelques entorses à certains principes classiques du droit des contrats. Le principe de l'autonomie de la volonté et son corollaire nécessaire, l'effet relatif des conventions posé par l'article 1165 du Code civil, sont ainsi égratignés au nom de l'efficacité de la clause compromissoire, et plus généralement au nom de la faveur contemporaine pour l'arbitrage. L'attraction exercée par les clauses aménageant la compétence entraîne leur rayonnement hors du contrat les contenant et permet aux parties de confier à un juge choisi par elles des litiges d'origines extracontractuelles. Il semble en effet désormais admis que tant la clause organisant la compétence d'une juridiction étatique déterminée<sup>1</sup> que la clause compromissoire<sup>2</sup> attribuent les litiges périphériques au contrat au juge choisi par les parties et ce y compris lorsqu'une loi de police est applicable. L'extension de la clause au-delà des frontières du contrat semble ainsi réalisée. Plus surprenante apparaît cependant l'applicabilité de ces clauses à des tiers qui ne répondent pas strictement à la qualification de parties à la clause compromissoire<sup>3</sup>.

Il conviendra dans un premier temps d'examiner la « circulation » des clauses aménageant la compétence (1°), puis de s'attarder sur les hypothèses d'extension de la clause attributive de compétence à des tiers au contrat principal (2°), car l'entorse faite au principe de l'effet relatif des conventions, et partant à celui de l'autonomie de la volonté, est alors la plus douloureuse.

---

<sup>1</sup> Et ce y compris lorsqu'une loi de police est applicable : v. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 22 oct. 2008, *Monster Cable*, n° 07-15823 ; *Bull. civ.* I, n° 233 ; *D.* 2008, p. 2790, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2009, p. 200, note F. Jault-Seseke, p. 684, chron. A. Huet, p. 1557, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, p. 2384, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2009, ét. 1 D. Bureau et H. Muir-Watt ; *RTD com.* 2009, p. 646, obs. Ph. Delebecque ; *JCP* 2008, II, 10187, note L. d'Avout ; *JCP E* 2008, p. 2535, note N. Mathey ; *JDI* 2009, n°2, comm. 11, note M.-N. Jobard-Bachellier et F.-X. Train ; déjà en ce sens, v. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 mars 2007, n° 06-10946 ; *Bull. civ.* I, p. 82, n° 93 ; *D.* 2007, AJ 951, obs. E. Chevrier ; *RTD com.* 2008, p. 210, obs. Ph. Delebecque.

<sup>2</sup> Concernant la rupture du contrat : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 juill. 2010, n° 09-67013 ; *Bull. civ.* I, n° 156 ; *D.* 2010, p. 1797, obs. X. Delpech, p. 2884, note M. Audiet et O. Cuperlier, p. 2540, obs. N. Dorandeu et 2933, pan. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2010, p. 513, note R. Dupeyré ; *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 743, note D. Bureau et H. Muir-Watt ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 nov. 2005, n° 02-18512 ; *Bull. civ.* I, n° 402, p. 336 ; *D.* 2005, p. 2896, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2006, p. 143, obs. crit. Ph. Théry ; Cass. com. 9 juill. 1974, n° 73-12679 ; *Bull. civ.* IV, n° 223, p. 181 ; *Rev. arb.* 1976, p. 107, note Ph. Fouchard ; la rupture brutale des pourparlers : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 25 avr. 2006, n°05-15528 ; *Bull. civ.* I, n° 196, p. 172.

<sup>3</sup> B. Hanotiau : « *The parties to the arbitration agreement* », in L. Levy et Y. Derains (dir.) : *Liber Amicorum en l'honneur de S. Lazareff*. Pedone, 2011, p. 323.

1° La « circulation » des clauses aménageant la compétence

337. **Le pouvoir d'attraction de la clause compromissoire.** « Qui arrêtera la circulation de la clause compromissoire ? »<sup>1</sup>. La clause compromissoire semble en effet de plus en plus difficilement susceptible d'être entravée, tant en droit de l'arbitrage interne qu'en matière internationale, son opposabilité au tiers par rapport au contrat initial étant reconnue dans un nombre croissant d'hypothèses<sup>2</sup>, dépassant celles pour lesquelles le droit commun des obligations explique logiquement son application<sup>3</sup>. « De manière quasi magique, la clause compromissoire irradie bien au-delà du cercle de ses signataires »<sup>4</sup>. L'aura dégagée par la clause tend en effet à attirer à l'arbitrage des tiers dont la volonté d'aller à l'arbitrage peut parfois sembler douteuse, voire inexistante, ce qui heurte le fondement conventionnel de l'arbitrage.

Il est généralement fait état de la « circulation » ou de la « transmission » de la clause compromissoire, mais ces termes semblent en définitive impropres à décrire le phénomène. En effet, les notions de transmission et de circulation impliquent qu'une partie soit dépossédée de la clause compromissoire, et qu'une autre en reçoive le bénéfice. Or, dans les hypothèses envisagées, il faut admettre que la clause compromissoire reste également à la disposition du contractant originaire, qu'il soit subrogataire, cessionnaire de créance, de contrat, ou maillon d'une chaîne contractuelle. En cas de litige survenant contre son contractant originel et alors même que la clause a été « transmise », la clause compromissoire impose entre ces parties initiales le recours à l'arbitrage. C'est pourquoi la dénomination de « transmission » ou de « circulation » de la clause semble inapproprié dans les chaînes de contrat<sup>5</sup>. « La chaîne de contrats n'est pas un vecteur de transmission ou de substitution emportant l'exclusion de celui qui transmet ou qui est substitué, bien au contraire : elle est un mécanisme multiplicateur du lien d'obligation »<sup>6</sup>. Cette précision apportée, les termes de transmission et de circulation seront néanmoins employés dans les développements à suivre par souci de simplicité.

L'évolution jurisprudentielle en faveur de la démultiplication des personnes auxquelles la clause est opposable est édifiante : la Cour de cassation a peu à peu posé des règles matérielles

<sup>1</sup> Th. Clay : « Qui arrêtera la circulation de la clause compromissoire ? », *D.* 2003, p. 2471.

<sup>2</sup> Telles la cession de créance (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 déc. 2001, n° 00-10806 ; *Bull. civ.* II, n° 198, p. 139 ; *D.* 2002, p. 251 ; *D.* 2003, p. 569, note X. Pradel ; *RTD com.* 2002, p. 279, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 2002, p. 380, note C. Legros), d'une cession de créance Dailly (Cass. 1<sup>e</sup> civ., 5 janv. 1999, *Banque Worms*, n° 96-20202 ; *Bull. civ.* I, n° 1, p. 1 ; *JDI* 1999, n° 3, p. 787, note S. Poillot Peruzzetto ; *D. Aff.* 1999, n° 149, p. 291 ; *Dr. et Patr.* 2000, n° 79, obs. P. Mousseron ; *Gaz. Pal.* 2000, 3, somm. p. 2018, E. du Rusquec) ; la seule exception notable est constitué par le droit des transports : en ce domaine, la Chambre commerciale de la Cour de cassation estime en effet que la clause attributive de compétence « ne fait pas partie de l'économie du contrat » et qu'elle doit ainsi être acceptée par le sous-acquéreur des marchandises : Cass. com. 4 janv. 2005, n° 03-17677 ; *Bull. civ.* IV, n° 5, p. 4 ; *D.* 2005, p. 214, obs. E. Chevrier.

<sup>3</sup> Il en est ainsi des cas de subrogation (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 mai 1966, *Bull. civ.* n° 571 ; *Rev. crit. DIP* 1967, p. 355, note E. Mezger), ou en cas de stipulation pour autrui (Cass. 1<sup>e</sup> civ., 11 juill. 2006, n° 03-11983 ; *Bull. civ.* I, n° 368, p. 315 ; *Rev. arb.* 2006, p. 969, note Ch. Larroumet), puisque le subrogé ou le bénéficiaire de la stipulation exercent alors exactement les mêmes droits que le contractant initial.

<sup>4</sup> Th. Clay : « Arbitrage et modes alternatives de règlement des litiges », *D.* 2006, p. 3026.

<sup>5</sup> P. Mayer : « La "circulation" des conventions d'arbitrage », *JDI* 2005, p. 251, *sp.* p. 257.

<sup>6</sup> F.-X. Train : *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*. Préf. I. Fadlallah, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, t. 395, 2003, *sp.* n° 360, p. 218 ; *v. ég.* C. Golhen : « L'assujettissement d'un tiers à une clause attributive de juridiction », *Procédures* 2008, n° 5, ét. 5.

en faveur de la transmissibilité de la clause compromissoire, s'éloignant de proche en proche du fondement volontariste pourtant invoqué au soutien de la validité de la clause<sup>1</sup>, tant en matière interne qu'internationale. La progressive négation du rôle de la volonté dans la transmission de la clause compromissoire (a) porte à s'interroger sur le respect du fondement volontariste de l'arbitrage (b).

- a) La progressive négation du rôle de la volonté dans la transmission de la convention d'arbitrage

338. **Une évolution jurisprudentielle prévisible.** L'évolution semblait inéluctable. De manière assez péremptoire, la Cour de cassation annonçait déjà dans une décision du 8 février 2000 que « la clause d'arbitrage international s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants »<sup>2</sup>. La solution est d'une grande logique. Dès lors que le tiers au contrat initial ne fait qu'exercer les droits qu'il tient d'une partie au contrat, selon l'adage *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, le droit d'action transmis ayant été, dès l'origine, grevé de la clause compromissoire, le bénéficiaire de la transmission ne pourrait retrouver la faculté d'attirer le contractant originel devant la juridiction de son choix. Aucune manifestation de volonté n'est alors requise pour que la clause compromissoire et, plus généralement, la clause relative aux litiges s'imposent au bénéficiaire de la transmission qui souhaiterait agir contre le contractant initial, qui ne fait qu'exercer l'action qu'il tient de son cocontractant originaire.

339. **La transmission de la clause avec le droit d'action.** Dans la décision *Peavey Company* du 6 février 2001<sup>3</sup> en matière d'arbitrage international, la Cour de cassation énonce dans un attendu chapeau que « 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 ». Ce faisant, elle aligne le sort de la clause compromissoire<sup>4</sup> sur celui de la clause attributive de juridiction, dont la transmissibilité dans une chaîne de contrat avait déjà été admise<sup>5</sup>, découlant du principe acquis depuis plus de trente ans en droit interne<sup>6</sup> selon lequel le transfert du droit de propriété entraîne également

---

<sup>1</sup> La perte du fondement conventionnel de la clause compromissoire était déjà déploré au sujet de l'arrêt *Peavey* étudié ci-dessous, avant même que l'évolution de la jurisprudence ne soit achevée : « Fondée à l'origine sur une volonté expresse des parties, l'arbitrage s'est vu, au gré des espèces et de solutions jurisprudentielles plus ou moins nettes, successivement rattaché à une volonté implicite ou tacite, puis à une connaissance prouvée ou présumée de la clause ou à un accessoire d'une créance ou d'un contrat principal, et se trouve aujourd'hui ravalé à l'absence de la preuve de l'ignorance raisonnable de la clause d'arbitrage par une partie à l'autre extrême de la chaîne de contrat » D. Cohen, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 févr. 2001, *Peavey*, n° 98-20776 ; *Rev. arb.* 2001, p. 765.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 févr. 2000, n° 95-14330 ; *Rev. arb.* 2000, p. 280, note P.-Y. Gautier.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 févr. 2001, *Peavey*, n° 98-20776 ; *Bull. civ.* I, n° 22, p. 15 ; *D.* 2001, p. 1135, obs. Ph. Delebecque ; *RTD com.* 2001, p. 413, note E. Loquin et p. 754, note B. Bouloc ; *Rev. crit. DIP* 2001, p. 522, note F. Jault-Seseke ; *Rev. arb.* 2001, p. 765, note D. Cohen ; *JCP* 2001, II, 10567, note C. Legros ; *Defrénois* 2001, art. 37365, note R. Libchaber ; *JCP E* 2001, 1238, note D. Mainguy, J.B. Seube ; *CCC* 2001, comm. n° 82, L. Leveneur ; *Gaz. Pal.* 2001, n° 347, p. 26, note M.-L. Niboyet ; Ch. Seraglini : « Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l'arrêt *Peavey* », *Gaz. Pal.* 15 nov. 2001, n° 319, p. 6.

<sup>4</sup> Refusant la transmission de la clause compromissoire : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 nov. 1990, *Fraser*, n° 88-12132 et autres joints ; *Bull. civ.* I, n° 230, p. 165 ; *Rev. arb.* 1991, p. 73, et p. 19, note Ph. Delebecque.

<sup>5</sup> Cass. 3<sup>es</sup> civ., 30 oct. 1991, n° 87-15229 ; *Bull. civ.* III, n° 251, p. 148 ; *CCC* 1992, comm. n° 25, L. Leveneur ; *JCP* 1992, I, 3570, obs. Ch. Jamin.

<sup>6</sup> Cass. Ass. Plé., 7 févr. 1986, n° 83-14631 et n°84-15189 ; *Bull. ass. Plé.* n° 2, p. 2 ; *D.* 1986, p. 293, note A. Bénabent ; *JCP* 1986, II, 20616, note Ph. Malinvaud ; *RTD civ.* 1986, p. 364, obs. J. Huet, p. 594, obs. J. Mestre et p. 605 obs. Ph. Rémy.

celui de ses accessoires. Or le droit d'action à l'encontre du vendeur originel est un accessoire du bien transmis, tout comme les droits substantiels, telle la garantie contractuelle accordée à l'acquéreur originel<sup>1</sup>.

340. **La condition de la seule connaissance.** L'acceptation par le tiers au contrat originel n'est pas requise pour lui rendre la clause compromissoire opposable. Sa seule connaissance de l'existence de cette clause est nécessaire. La décision instaure une présomption de connaissance de la clause, puisqu'il appartiendra à celui qui en conteste l'application de rapporter la difficile preuve de son « ignorance raisonnable » pour l'écarter.

La Cour poursuit en qualifiant l'absence d'acceptation de la clause de « motif inopérant ». Le consentement à l'arbitrage ne concernerait ainsi que les parties initiales au contrat et non pas les ou les contractants subséquents dans une chaîne homogène de contrats translatifs de propriété. Seule l'ignorance raisonnable de la clause semblait alors pouvoir faire obstacle à l'opposition de la clause au tiers au contrat initial. Une telle précision sème le trouble sur la raison pouvant justifier l'application de la clause aux tiers au contrat initial. Il a ainsi été estimé par les commentateurs de la décision que l'exception constituée par la preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de la clause serait infondée : « La transmission de la clause compromissoire en tant que modalité du droit d'action, lui-même transmis, est indépendante de la volonté du bénéficiaire de l'action transmise à titre d'accessoire de la chose »<sup>2</sup>. La clause compromissoire pourrait ainsi être qualifiée d'« accessoire du droit d'action des parties initiales »<sup>3</sup> et n'aurait ainsi pas besoin d'être acceptée, ni même connue par le bénéficiaire selon le raisonnement de transmission objective avec l'action en justice. Ce n'est donc pas la chose qui est affectée par la clause compromissoire, mais l'action liée à la chose. « À l'*intuitus rei* classiquement à l'œuvre, la Cour ajoute une sorte d'*intuitus actionnis* »<sup>4</sup>. Une telle solution est respectueuse de l'engagement originel du point de vue du premier maillon de la chaîne : le contractant initial a conclu un contrat aux termes duquel il ne saurait être attiré que devant les juridictions arbitrales. Elle semble en revanche de prime abord bien plus discutable lorsqu'elle est envisagée de la perspective du sous-acquéreur.

Qualifiée d'énigme<sup>5</sup>, la décision comportant ces deux attendus semble à tout le moins ambiguë, et le terme « raisonnable » incongru<sup>6</sup>. En effet, soit la volonté des contractants consécutifs au premier contrat translatif est indifférente, comme le précise la décision, et alors leur ignorance de la clause n'influe en rien sur sa transmission avec l'action elle-même transmise avec la propriété de la chose. Soit la volonté des contractants subséquents a un rôle à jouer dans la détermination de l'opposabilité ou de l'inopposabilité de la clause compromissoire, et leur connaissance de la clause fait présumer son acceptation. Dans ce cas, la qualification d'inopérant du motif selon lequel la clause serait inopposable parce que non-acceptée devrait être envisagée non pas comme contradictoire mais comme précisant qu'il n'appartient pas aux

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 février 2013, n<sup>o</sup> 11-25864, non-publiée.

<sup>2</sup> E. Loquin, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 févr. 2001 *préc.*, *RTD com.* 2001, p. 413.

<sup>3</sup> C. Legros, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 févr. 2001 *préc.*, *JCP* 2001, II, 10567.

<sup>4</sup> R. Libchaber, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 févr. 2001 *préc.*, *Deffrénois* 2001, art. 37365.

<sup>5</sup> I. Fadlallah : « Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? », *Gaz. Pal.* 5-6 juin 2002, n<sup>o</sup> 157, p. 26.

<sup>6</sup> En ce sens, F. Jault-Seseke, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 févr. 2001 *préc.*, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 522 ; Des commentateurs ont expliqué l'adjonction de cet adjectif par la volonté de la Cour de se ménager une certaine latitude, et notamment de lui permettre d'utiliser cette porte de sortie en fonction de la catégorie de contractants se retrouvant en bout de chaîne : v. C. Legros, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 févr. 2001 *préc.*, *JCP* 2001, II, 10567 ainsi que D. Mainguy et J.-B. Seube : *JCP E* 2001, 1238.

contractants subséquents de « détacher » la clause compromissoire du droit d'action attaché à la chose.

La clause compromissoire conclue dès le premier contrat serait ainsi enchaînée au droit d'action par la volonté du vendeur et de l'acquéreur initial, sans qu'elle puisse être écartée par la suite par la volonté des acquéreurs subséquents. La règle *nemo plus iuris* semble à nouveau venir à l'appui de cette solution<sup>1</sup>. Le droit d'action étant, lors de la transmission des droits substantiels correspondants, d'ores et déjà « grevé » de la renonciation à la juridiction étatique au profit de la juridiction arbitrale, le sous-acquéreur ne disposerait pas d'un choix autre que de conclure en s'engageant à respecter la clause, ou de ne pas conclure si l'arbitrage qu'il devrait initier pour mettre en cause le vendeur initial lui apparaît démesurément défavorable à ses intérêts. Cette solution semblait raisonnable en ce qu'elle n'effectuait qu'un raccourci commode. La connaissance de la clause additionnée au consentement à la transmission faisaient en quelque sorte présumer l'acceptation de la clause compromissoire. Cependant, afin d'effectuer ce choix, encore faut-il que le sous-acquéreur ait connaissance de la clause et qu'il en mesure la portée.

341. ***L'automatisme de la transmission de la clause.*** La référence à l'ignorance de la clause, et donc à toute influence de la volonté des tiers au contrat initial pour alléguer de l'inopposabilité de la clause à leur égard, n'était, comme l'avait pressenti un des commentateurs de la décision, qu'une « étape vers l'admission inconditionnelle de la transmission de la clause compromissoire dans une chaîne de contrats »<sup>2</sup>. Cette référence a en effet été supprimée par la Cour de cassation dans l'arrêt *ABS*, confirmé depuis<sup>3</sup> : « Dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon *automatique* en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne »<sup>4</sup>. L'automatisme de la transmission implique que l'assujettissement des membres de la chaîne soit exclusivement fondé sur des données objectives : la propriété d'un bien ayant circulé entre les maillons de cette chaîne, la clause compromissoire a ainsi nécessairement irradié l'action à l'encontre du contractant initial à la disposition de chacun de ces maillons.

342. ***L'indifférence de la nature de la chaîne de contrats.*** Une autre précision importante est apportée par l'arrêt, étendant encore le champ d'application de la contamination : les chaînes translatives de propriété sont envisagées dans leur ensemble, sans qu'il soit nécessaire de distinguer entre les chaînes homogènes ou hétérogènes. Enfin, bien qu'il ne fasse pas de doute que l'espèce mettait en jeu les intérêts du commerce international, la Cour ne précise pas, comme elle l'avait fait dans les précédentes décisions intervenues en matière de transmission,

---

<sup>1</sup> V. not. E. Loquin : « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gaz. Pal.* 5-6 juin 2002, p. 7.

<sup>2</sup> C. Legros, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 févr. 2001 *préc.*, *JCP* 2001, II, 10567.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 17 nov. 2010, n<sup>o</sup> 09-12442 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 240 ; *D.* 2010, p. 2829, obs. X. Delpech et p. 2933, obs. T. Clay ; *JCP* 2010, n<sup>o</sup> 52, 1307, concl. P. Chevalier ; *PA* 2011, n<sup>o</sup> 128, p. 11, note L. Charbonnel ; *CCC* 2011, n<sup>o</sup> 2, comm. 23, L. Leveneur ; *RGDA* 2012, p. 268, note R. Schulz ; *RTD com.* 2011, p. 667, obs. Ph. Delebecque.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 27 mars 2007, n<sup>o</sup> 04-20842 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 129 ; *D.* 2007, p. 1086, obs. X. Delpech et 2077, note S. Bollée ; *D.* 2008, p. 180, obs. Th. Clay ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 798, note F. Jault-Seseke ; *RTD civ.* 2008, p. 541, obs. Ph. Théry ; *RTD com.* 2007, p. 677, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2007, p. 785, note J. El-Ahdab ; *JDI* 2007, p. 968, note C. Legros ; *PA* 2007, n<sup>o</sup> 192, note F. Parsy ; *JCP* 2007, II, 10118, note C. Golhen, I, 168, § 11, obs. Ch. Seraglini, et I, 200, § 11, obs. Y.-M. Serinet ; *PA* 2007, n<sup>o</sup> 160, note A. Malan ; *Cah. arb.* 2007/3, p. 6, note F.-X. Train ; *CCC* 2007, p. 166, note L. Leveneur ; nous surlignons.

que la règle de l'automatisme de la transmission qu'elle énonce est confinée au domaine de l'arbitrage international : la règle vaudrait ainsi également en droit interne de l'arbitrage<sup>1</sup>, ce qui avait déjà été suggéré de manière implicite peu de temps auparavant<sup>2</sup>.

343. **L'exclusion de la transmission de la clause attributive de compétence en droit européen.** Le sort de la clause attributive de juridiction est en partie différent, notamment en raison de son appréhension par le droit communautaire, comme le démontrent les solutions différentes données pour la clause compromissoire et la clause attributive de juridiction dans une même affaire<sup>3</sup>. Si sa qualification d'accessoire à l'action transmise avec la chose semble acquise en droit interne<sup>4</sup>, sa transmission avec la propriété de la chose se heurte à la nature délictuelle de l'action reconnue au sous-acquéreur en application du règlement de Bruxelles I<sup>5</sup>. La clause attributive de compétence ne reçoit pas, dans ce cas, application en droit communautaire, et ne saurait ainsi être transmise dans une chaîne translatrice de propriété. Pour trouver à s'appliquer, la clause devrait ainsi être convenue directement entre le sous acquéreur et le vendeur initial.

344. **La clause compromissoire ou le conditionnement effectif du droit d'agir.** Il en ressort que du point de vue du contractant originel dont la responsabilité pourrait être recherchée relativement aux produits vendus, la clause compromissoire devrait être préférée. Le régime de transmission que lui reconnaît la jurisprudence permet en effet au producteur qui stipule une telle clause de conditionner avec certitude toutes les actions qui pourraient être intentées contre lui, en recourant à l'arbitrage. Le conditionnement originel de l'action s'imposera ainsi à toutes les parties qui deviendraient membres de la chaîne. La clause attributive de juridiction semble incapable de réaliser une telle unité au bénéfice du contractant originel et risquerait, en

---

<sup>1</sup> La jurisprudence consacrant en droit interne la transmission de la clause d'arbitrage comme accessoire de la créance lors de sa cession n'a pas posé comme condition l'opposabilité au cessionnaire l'acceptation ni même la connaissance de la stipulation, réalisant un « véritable forçage du consentement du tiers cessionnaire en faisant une totale abstraction de ce dernier » selon l'expression employée par X. Pradel dans sa note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 déc. 2001, *D.* 2003, p. 569.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 6 mars 2007, n° 04-16204 ; *Bull. civ.* I, n° 91 ; *D.* 2007, AJ, 1024, obs. X. Delpech ; *JCP* 2007, I, 168, § 13, obs. Ch. Seraglini, et 200, § 11, obs. Y.-M. Serinet ; *D.* 2008, p. 180, obs. Th. Clay.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 17 nov. 2010, n° 09-12442 ; *Bull. civ.* I, n° 240 ; *D.* 2010, p. 2829, obs. X. Delpech et p. 2933, obs. Th. Clay ; *JCP* 2010, n° 52, 1307, concl. P. Chevalier ; *PA* 2011, n° 128, p. 11, note L. Charbonnel ; *CCC* 2011, n°2, comm. 23, L. Leveneur ; *RGDA* 2012, p. 268, note R. Schulz ; *RTD com.* 2011, p. 667, obs. Ph. Delebecque, qui affirme la transmission de la clause compromissoire dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, et qui a donné lieu à une question préjudicielle au sujet de la même transmissibilité de la clause attributive de juridiction sur laquelle la CJUE a statué le 7 février 2013 par l'arrêt *Refcomp* (C-543/10), décidant que « la clause attributive de juridiction insérée dans un contrat ne peut, en principe, produire ses effets que dans les rapports entre les parties qui ont donné leur accord à la conclusion de ce contrat. Pour que la clause puisse être opposable à un tiers, il est, en principe, nécessaire que celui-ci ait donné son consentement à cet effet » ; *Gaz. Pal.* 2013, act. du 7 févr. 2013 ; *Dépêches jurisclasser Act.* 13 févr. 2013 ; *D.* act. 21 févr. 2013, note S. Menetrey ; *D.* 2013, p. 1110, note S. Bollée et p. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *RTD civ.* 2013, p. 338, obs. P. Remy-Corlay ; *RTD com.* 2013, p. 381, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast. La Cour de cassation a pris note de cette décision : Cass. 1<sup>e</sup> civ., 11 sept. 2013, n° 09-12442 ; *D.* 2013, p. 2105 ; *RLDC* n° 110, note M. Laroche ; *CCC* 2013, Comm. 257, obs. L. Leveneur ; *D.* 2014, p. 121, note D. Mazeaud.

<sup>4</sup> En ce sens not. C. Golhen : « L'assujettissement d'un tiers à une clause attributive de juridiction », *Procédures* 2008, n° 5, ét. 5 et n° 6, ét. 6.

<sup>5</sup> CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte*, C-26/91 ; *JCP* 1992, II, 21927, note Ch. Larroumet ; *JCP* 1993, I, 3664 obs. G. Viney et I, 3666, obs. M.-C. Boutard-Labarde ; *JCP E* 1992, II, 363, note Ph. Jourdain ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 726, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1993, p. 469, obs. J.-M. Bischoff ; *RTD civ.* 1993, p. 131, obs. Ph. Jourdain.

l'absence de dispositions adéquates<sup>1</sup>, d'entraîner un morcellement du contentieux, qui pourrait résulter en une perte de temps et d'argent. Dépendant de la stratégie que souhaiterait adopter le contractant originel dont la responsabilité pourrait être recherchée, le choix devra faire l'objet d'une pesée attentive lors de la conclusion du contrat originel.

- b) La conjugaison de l'automatisme de la transmission avec le fondement volontariste de l'arbitrage

345. **Transmission et fondement volontariste de l'arbitrage.** L'automatisme de la transmission, s'il peut être rationnellement expliqué par les mécanismes du droit commun des conventions<sup>2</sup> et la théorie de l'accessoire au droit d'action<sup>3</sup>, lui-même accessoire au droit substantiel transmis, ne semble pour autant pas satisfaisant sur plusieurs points. De nombreux arguments à l'encontre d'une telle position ont été développés, notamment par le professeur Jacques Moury<sup>4</sup>. L'obstacle dont dérivent en définitive tous les autres est que le recours à l'arbitrage est, par essence, un acte de volition. Se satisfaire de l'accord de volonté originaire pour attirer une partie ayant reçu le droit substantiel d'un contractant initial est de ce point de vue dérangeant. Les spécificités de l'arbitrage, qui en font une méthode de traitement juridictionnel extraordinaire des litiges, reposent sur la volonté des parties et la faculté dont elles disposent, grâce à celle-ci, d'aménager, sur de nombreux aspects, le déroulement de l'œuvre juridictionnelle : renoncer à l'appel ou confier au tribunal arbitral la mission de statuer en amiable composition sont des actes importants, « touchant le fond du droit »<sup>5</sup> pour le dernier, qui ne sont admis devant les juridictions étatiques qu'une fois le litige né.

Le choix du ou des arbitres fait également partie des libertés extraordinaires dont bénéficient les parties à l'arbitrage<sup>6</sup>. Or que penser d'une clause compromissoire qui, dès la convention initiale, désignerait les arbitres et les règles de procédure applicables au litige ? La soumission du sous-acquéreur à ce qui peut être, pour lui, regardé comme une véritable procédure imposée, ne peut s'envisager sereinement que s'il a eu, *a minima*, connaissance de l'existence de sa renonciation aux juridictions étatiques, qui comme toute renonciation, est censée ne pas se présumer. La transmission automatique de la clause compromissoire semble ainsi heurter frontalement son fondement conventionnel dans les chaînes translatives de propriété, puisque pour exercer l'action directe reconnue au sous-acquéreur contre le vendeur initial, le sous-acquéreur devra nécessairement se plier à la servitude compromissoire affectant l'action permettant la réalisation du droit substantiel transmis.

---

<sup>1</sup> Une telle problématique semble cependant adéquatement réglée par les mécanismes permettant les jonctions de procédure telles les interventions, en partie envisagées *infra* n° 633 ; en ces cas cependant, le litige opposera au minimum 3 parties alors que la faculté de bénéficier de la clause attributive de juridiction pourrait ne concerner que les extrêmes de la chaîne contractuelle.

<sup>2</sup> S. Bollée : « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », *Rev. arb.* 2005, p. 917.

<sup>3</sup> V. la démonstration de l'existence d'un lien d'affectation entre la clause compromissoire et le droit d'action et sur ses caractéristiques, notamment unilatérale, par C. Legros : *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*. Thèse Rouen, M. Béhar-Touchais (dir.), 1999, *sp.* n° 117 et *s.* p. 128.

<sup>4</sup> J. Moury : « Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs », *D.* 2002, p. 2744.

<sup>5</sup> M.-Cl. Rivier : « L'éviction de la juridiction étatique par le contrat », in M.-Cl. Rivier et P. Ancel (dir.) : *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*. Economica, coll. Études juridiques, vol. 10, 2001, p. 23, *sp.* p. 24.

<sup>6</sup> V. *not.* Cass. 1<sup>er</sup> civ., 7 janv. 1992, *Dutco*, n° 89-18708 et 89-18726 ; *Bull. civ.* I, n° 2, p. 2 ; *Rev. arb.* 1992, p. 470, note P. Bellet.



346. *Une action directe s'ajoutant aux autres actions contractuelles.* Cette entorse au fondement contractuel de l'arbitrage est cependant tempérée par la considération que l'action « directe »<sup>1</sup> offerte au sous-acquéreur ne fait que s'ajouter à l'action dont il dispose contre son propre contractant. Entre les autres maillons de la chaîne de contrats, rien ne s'oppose à ce que des clauses relatives à l'action autres que la clause compromissoire soient conclues. Dans la relation bilatérale unissant les contractants directs, il pourrait ainsi efficacement être stipulé une clause attributive de juridiction ou une clause compromissoire différente, brisant, entre eux seulement, l'attache entravant le droit d'action à la clause compromissoire. Une telle approche permettrait au sous-acquéreur final de remonter indirectement la chaîne des contractants successifs sans se plier lui-même à l'arbitrage convenu entre les parties initiales au contrat. Cet arbitrage n'engagerait alors que les parties initiales. La transmission automatique de la clause compromissoire concernerait ainsi le droit d'action attaché au droit de propriété, mais seulement le droit d'action résultant de l'action « directe » contre le vendeur initial. La relativité des conventions implique ainsi que l'action dont dispose l'acquéreur à l'égard de son propre vendeur soit distincte de l'action qu'il peut, en vertu de la transmission des accessoires de la chose, exercer contre le vendeur initial. L'automatisme de la transmission de la clause compromissoire dans les chaînes de contrat apparaît ainsi comme une sorte de contrepartie à l'action offerte au sous-acquéreur contre le vendeur en bout de chaîne. Une telle dérogation au rôle fondamental de la volonté dans l'arbitrage est ainsi à la fois compréhensible et acceptable, puisque d'autres moyens, certes potentiellement plus longs et laborieux, restent à la disposition du sous-acquéreur pour faire valoir ses droits sans passer par l'arbitrage.

Mais qu'en serait-il si les sous-acquéreurs successifs n'ont rien prévu relativement à la « configuration »<sup>2</sup> du droit d'action qu'ils peuvent exercer ? Faudrait-il considérer qu'en l'absence de stipulations contraires, les sous-acquéreurs devraient être tenus par la clause compromissoire dont ils n'ont peut-être pas eu connaissance, et qu'ils n'ont peut-être pas souhaité rendre applicable à leurs rapports bilatéraux ou bien faudrait-il considérer que les règles ordinaires de compétence doivent s'appliquer ?

347. *En matière interne.* C'est là, selon nous, que le fondement volontariste de l'arbitrage doit s'interposer à l'application de la clause compromissoire. Il est compréhensible que le vendeur originaire, qui a convenu qu'il ne pourrait être attiré que devant les juridictions arbitrales ne voie pas ses prévisions déjouées sous prétexte que les biens ont été transmis à d'autres acquéreurs. Cependant, imposer le respect de la clause compromissoire entre un vendeur et un acquéreur subséquent qui n'en a pas eu connaissance et dont on ne saurait, pour cette raison même, présumer l'acceptation, nous semblerait injustifiable, du moins dans les transactions ne mettant pas en jeu les intérêts du commerce international. Il nous semble donc que la relation contractuelle directe entre les cocontractants ne doive pas être dans ces hypothèses, en l'absence de clause, soumise à l'arbitrage. Les règles de compétence de droit commun devraient alors s'appliquer, puisque la justice étatique est encore, dans les relations internes, le principe, et l'arbitrage l'exception.

---

<sup>1</sup> Une telle action ne peut en effet être qualifiée de « vraie » action directe, car elle est justifiée par la transmission au titre d'accessoire de l'action elle-même transmise comme accessoire de la chose, au contraire de l'action du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage ; v. *not.* F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette : *Droit civil. Les obligations*. Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2009, *sp.* n° 1187, p. 1174.

<sup>2</sup> P. Mayer : « La "circulation" des conventions d'arbitrage », *JDI* 2005, p. 251.

348. **En matière internationale.** La justice arbitrale étant désormais considérée comme la justice du commerce international, en raison des usages notamment, il apparaît en la matière justifié d'admettre le principe de l'attraction de l'arbitrage pour assurer la cohérence du traitement des litiges. En effet, « le traitement seulement partiel d'un contentieux de l'inexécution ou de la mauvaise exécution manquerait à l'attente légitime des parties d'un règlement global et définitif de la difficulté »<sup>1</sup>. Mais qu'en serait-il alors des modalités de cet arbitrage ? Devraient-elles être calquées, pour des raisons de simplicité, sur celles définies dans le contrat initial ? Il ne fait pas de doute que, sur le plan pratique, cela serait souhaitable bien que d'autres difficultés seraient alors susceptibles de surgir concernant notamment le principe d'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral et les arbitrages multipartites le cas échéant. La faveur pour l'arbitrage et son principe d'efficacité seront ainsi à nouveau confrontés au droit commun des conventions, plus particulièrement au principe de l'autonomie de la volonté et son corollaire nécessaire, la relativité des conventions.

2° L'extension au tiers des clauses aménageant la compétence

349. **Unicité et fondement volontariste de l'arbitrage.** En matière d'arbitrage international, l'extension de la clause compromissoire à l'égard de tiers au contrat est également un révélateur fort de l'aspect remarquable de cette stipulation. Cette faculté d'extension est, sans aucun doute, animée par la volonté de permettre le règlement du litige dans son ensemble plutôt que par petites touches. En raison du fondement volontariste de l'arbitrage, il est en effet considéré impossible, en l'absence de convention d'arbitrage, d'attirer des tiers à l'arbitrage. Cela entraîne un nécessaire morcellement du contentieux alors même que le litige serait indivisible. Afin de tenter de remédier au moins en partie à cet inconvénient majeur, source de potentielles contradictions de décisions et de complexité procédurale, les tribunaux ont peu à peu développé une jurisprudence audacieuse, permettant de conserver une unité relative dans le traitement du litige. La jurisprudence a ainsi admis à plusieurs reprises que des tiers, non signataires du contrat et qui n'y sont impliqués que médiatement, puissent être, dans certaines circonstances, attirés à la procédure arbitrale, réalisant ainsi une entorse de taille au principe de relativité des conventions et engendrant une certaine insécurité juridique<sup>2</sup>.

Le rôle de la volonté des parties est alors essentiel, puisque la volition apparaît constituer le seul rempart contre une extension démesurée de la clause compromissoire aux tiers. Fondement nécessaire, cette volonté du tiers est cependant parfois appréciée très libéralement par la jurisprudence. À nouveau, on peut s'interroger sur l'issue de la confrontation entre les principes de l'autonomie de la volonté et de la relativité des conventions et celui de l'efficacité de l'arbitrage en appréciant la décadence du critère de la volonté, exprimé comme tel, au fil des évolutions de la jurisprudence.

350. **Extension aux sociétés d'un même groupe en raison de la commune volonté des parties.** Dans un premier temps l'extension de la clause compromissoire a concerné les sociétés d'un même groupe dont l'une seulement était signataire de la clause, sans pour autant que

---

<sup>1</sup> D. Vidal : *Droit français de l'arbitrage interne et international*. Lextenso, 2012, *sp.* p. 219.

<sup>2</sup> Voir l'appréciation déjà critique du professeur Daniel Cohen : *Arbitrage et société*. Préf. B. Oppetit. LGDJ, 1993, *sp.* n° 544 et s., p. 287 et s.

l'appartenance au groupe semble être l'élément déterminant la solution<sup>1</sup>. Dans l'arrêt *Dow Chemical*<sup>2</sup>, la Cour d'appel de Paris avait en effet approuvé les arbitres, dont la sentence était frappée d'un recours en annulation pour cause d'absence de convention d'arbitrage, d'avoir retenu leur compétence à l'égard du litige qui lui était soumis, notamment par deux membres d'un groupe n'ayant pas signé les contrats à l'origine du litige mais ayant saisi, avec les signataires des contrats du même groupe, la Cour d'arbitrage de la CCI conformément à la clause compromissoire. Pour déterminer leur compétence, les arbitres avaient en effet jugé en substance 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 »<sup>3</sup>. La solution a par la suite été réitérée, une décision<sup>4</sup> reprenant le fondement de la « *commune volonté* de toutes les parties »<sup>5</sup>.

Dans ces décisions, la volonté des parties apparaît comme l'élément véritablement central justifiant l'extension de la clause compromissoire aux tiers non signataires. L'appartenance à un groupe de société est envisagée comme un appui supplémentaire mais presque superfétatoire, ce qui a incité la jurisprudence à s'en détacher pour se concentrer sur d'autres critères plus pertinents. La notion de groupe de société « permet seulement d'orienter et de faciliter les investigations de l'arbitre et du juge, lesquelles, en fin de compte, sont moins déterminées par des considérations d'ordre général, de nature juridique, économique ou financière, relatives aux rapports de domination de la société-mère et de ses filiales, que par l'examen concret des circonstances de fait tenant au comportement personnel et effectif des sociétés intéressées »<sup>6</sup>.

351. ***La double condition de l'implication dans l'exécution du contrat et de la connaissance de la clause.*** La Cour d'appel de Paris a par la suite énoncé que « la clause d'arbitrage insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre les effets aux parties *directement impliquées dans l'exécution du contrat* et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors que leur situation et leurs activités font *présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée*<sup>7</sup> de cette clause d'arbitrage, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat la stipulant »<sup>8</sup>. La justification de l'extension de la clause à des parties non signataires est intéressante : ce sont la validité et l'efficacité de la clause qui « commandent » cette extension, sous réserve cependant de l'implication directe dans l'exécution du contrat et de la connaissance de l'existence et de la portée de la clause, et non pas la volonté des tiers de renoncer aux juridictions étatiques. Le fondement contractuel de l'arbitrage est en ce sens relégué au second rang, supplanté dans l'ordre d'importance par la validité mais surtout l'efficacité de la clause d'arbitrage.

---

<sup>1</sup> V. not. sur les relations entre société et arbitrage, D. Cohen : « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *Rev. arb.* 2006, p. 35.

<sup>2</sup> CA Paris, 21 oct. 1983, *Dow Chemical* ; *Rev. arb.* 1984, p. 98, note A. Chappelle, rejetant le recours en annulation de la sentence CCI du 23 sept. 1982 ; *Rev. arb.* 1984, p. 137 ; *JDI* 1983, p. 899, note Y. Derains.

<sup>3</sup> CA Paris, 21 oct. 1983, *Dow Chemical préc.*

<sup>4</sup> CA Pau, 26 nov. 1986 ; *Rev. arb.* 1988, p. 153, note A. Chappelle.

<sup>5</sup> Nous soulignons.

<sup>6</sup> A. Chappelle, note sous CA Paris, 21 oct. 1983, *Dow Chemical*, *Rev. arb.* 1984, p. 98, *sp.* p. 113.

<sup>7</sup> Nous soulignons.

<sup>8</sup> CA Paris, 30 nov. 1988 ; *Rev. arb.* 1989, p. 691, note P.-Y. Tchanz ; en des termes presque identiques, v. CA Paris, 31 oct. 1989 ; *Rev. arb.* 1992, p. 90. Pour l'interposition de personne : CA Paris, 11 janv. 1990 ; *Rev. arb.* 1992, p. 95, note D. Cohen ; *RTD com.* 1992 p. 596, note J.-C. Dubarry, E. Loquin ; *JDI* 1991, p. 141, note B. Audit.

Appréciée très librement, la volonté est, dans cette décision, seulement sollicitée comme correcteur éventuel de la règle de l'extension aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat. L'implication dans l'exécution au contrat, ajoutée à un autre élément très souple, la situation et l'activité du tiers, fait présumer non pas l'acceptation de la clause, mais la connaissance de son existence et de sa portée. Or la connaissance n'est pas l'acceptation. Si la connaissance de la clause compromissaire par référence suffit à caractériser son acceptation, c'est parce que la clause est rentrée dans le champ contractuel : une partie contractante se doit, au minimum, de connaître les documents ayant vocation à régir sa relation contractuelle. Déduire qu'une clause contenue dans un contrat est rentrée dans le champ contractuel d'un autre contrat distinct par le seul fait que la partie tierce à la première convention en a eu connaissance est excessif. L'implication dans un contrat semble insuffisante à caractériser une telle ratification de la clause compromissaire au regard du fondement volontariste de l'arbitrage. La volonté des tiers auxquels sont étendus les effets de la stipulation apparaît ainsi bien peu considérée, supplantée par la nécessité d'extension de la clause aux tiers afin de conserver à l'arbitrage son efficacité.

352. *L'élargissement des parties concernées : le critère de l'exécution du contrat.* L'absence de référence déterminante à la notion de groupe de société dans ces premières décisions laissait entrevoir que la règle pourrait valoir dans d'autres hypothèses dans lesquelles aucun lien de parenté entre les sociétés impliquées ne pourrait être relevé. Le champ d'application de la possible extension de la clause d'arbitrage au tiers exclut de fait le recours au droit des sociétés pour traiter cette problématique<sup>1</sup>. En effet, la Cour d'appel de Paris a décidé qu'une société n'appartenant pas à un groupe mais étant intervenue dans l'exécution du contrat était fondée à solliciter l'application de la clause compromissaire, « afin que l'arbitre puisse être saisi de tous les aspects économiques et juridiques du litige »<sup>2</sup>.

La Cour de cassation lui a ensuite emboité le pas en matière de sous-traitance dans l'arrêt *ABS*, également novateur en matière de transmission de la clause : « l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter ». La formule détonne : elle ne contient aucune référence à la volonté des parties, ni à la connaissance de la clause, et tranche ainsi avec les décisions la précédant, laissant entrevoir la déperdition du fondement volontariste dans l'examen de l'extension de la convention d'arbitrage aux tiers. On avait pu penser qu'elle n'était en réalité dictée que par les faits de l'espèce, qui expliquent que la cour n'ait pas senti le besoin, pourtant impérieux pour la lisibilité de ses solutions et la sécurité juridique, de qualifier le consentement des parties à l'arbitrage, puisque elles-mêmes demandaient le bénéfice de la participation à la procédure arbitrale<sup>3</sup>. L'abandon de toute considération pour un critère subjectif basé sur la volonté des parties a cependant été repris récemment par la Cour d'appel de Paris, dans une toute autre hypothèse dans laquelle la clause compromissaire était opposée à une partie non

---

<sup>1</sup> Pour le professeur Daniel Cohen en effet, la problématique aurait efficacement pu être réglée par le droit des sociétés et l'appel à la notion de fraude (D. Cohen : *Arbitrage et société*. Préf. B. Oppetit. LGDJ, 1993, n° 562, p. 294). L'élargissement des tiers éventuellement impactés rend cette piste de réflexion inopérante puisque cantonnée au droit des sociétés.

<sup>2</sup> CA Paris., 7 déc. 1994 ; *Rev. arb.* 1996, p. 250, note Ch. Jarrosson ; *RTD com.* 1995, p. 401, obs. E. Loquin et J. C. Dubarry.

<sup>3</sup> Dans le même sens, v. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 11 juillet 2006, n° 03-11768 ; *Bull. civ.* I, n° 367, p. 314 ; *D.* 2006, IR, p. 2052, qui retient l'absence d'inapplicabilité ou de nullité manifeste de la clause envers un tiers intervenu dans l'exécution d'un contrat auquel il n'avait pas été partie.

signataire en raison de son implication et de son comportement « comme la véritable partie (...) lors de l'opération économique »<sup>1</sup>.

353. **La permanence du critère de la connaissance de la clause.** Le critère, d'une force incertaine, de la connaissance de la clause compromissoire par le tiers auquel elle bénéficie ou est opposée ne semble pourtant pas abandonné. La Cour de cassation a récemment eu l'occasion de réitérer sa position relativement aux conditions nécessaires à l'extension de la clause : « l'effet de la clause d'arbitrage international contenue dans le contrat initial s'étend au sous-traitant qui en a eu *connaissance lors de la signature de son contrat*<sup>2</sup> et qui est directement impliqué dans l'exécution du premier contrat »<sup>3</sup>.

De nombreux commentateurs ont appuyé cette solution sur la ratification implicite. Ayant eu connaissance de la clause lors de la conclusion de son contrat et ayant été impliqué dans l'exécution du contrat principal, le tiers aurait de ce seul fait implicitement accepté l'application de la clause dans sa propre relation contractuelle. Ce fondement ne semble cependant pas entièrement satisfaisant même si, dans la dernière espèce, l'hypothèse de la ratification était vérifiée puisqu'une clause du contrat unissant le premier et le second sous-traitant stipulait que « les parties conviennent d'être liées par les mêmes dispositions contractuelles que celles convenues » entre l'entrepreneur principal et le premier sous-traitant.

354. **Ratification implicite et fondement volontariste.** On peut cependant s'interroger sur le respect, par le principe de la ratification implicite de la clause compromissoire, du fondement volontariste de l'arbitrage. Certes, la jurisprudence se prononce en matière de commerce international, dont on sait que l'arbitrage est la justice naturelle, ce qui justifie que le consentement à la convention d'arbitrage soit plus souplement apprécié. Néanmoins, est-il conforme au principe de l'autonomie de la volonté de décider que la connaissance et l'immixtion ou l'implication dans la relation unissant un tiers et son cocontractant par ailleurs vaille renonciation aux juridictions étatiques ? Cela implique en définitive d'imposer aux tiers des conditions prédéterminées entre les parties « amont » et équivaut à énoncer que tout sous-traitant peut être attiré devant la juridiction arbitrale par un contractant en amont de la chaîne de sous-traitance. Il est légitime de se demander si la Cour de cassation ne cherche pas à étendre le régime de la transmission de la clause compromissoire dans les chaînes translatives de propriété à une hypothèse insusceptible de se justifier par la théorie de l'accessoire, celle de l'action du sous-traitant, ou plus récemment du substituant, partie « directement impliquée dans l'exécution du contrat »<sup>4</sup>. Par définition en effet, un sous-traitant est quasi-systématiquement directement impliqué dans l'exécution d'un contrat « principal ». Une telle position emporte en

---

<sup>1</sup> CA Paris, 17 févr. 2011, n° 09/28533 ; *JDI* 2011, n° 2, comm. 8, I. Michou ; la décision est d'autant plus remarquable qu'elle contredit la position volontariste qui avait été adoptée par les juridictions anglaises statuant sur la même contestation de l'extension de la convention d'arbitrage.

<sup>2</sup> Nous soulignons.

<sup>3</sup> En dernier lieu, v. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 26 oct. 2011, n° 10-17708 ; *Bull. civ. I*, n° 175 ; *Procédures* 2012, comm. 11, L. Weiller ; *Gaz. Pal.* 22 janv. 2012, 1, note D. Bensaude ; *JCP* 2012, n° 5, 99, note J.-J. Barbieri ; *JDI* 2012, n° 2, comm. 8. S. Sana-Chaillé de Néré ; *JCP* 2011, chron. 1432, obs. Ch. Seraglini.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 7 nov. 2012, n° 11-25891, non-publiée ; *D.* 2012, p. 2991, pan. Th. Clay : en l'espèce, il était seulement fait état de l'extension de la clause aux parties « directement impliquées dans l'exécution du contrat », sans qu'il ne soit à aucun moment fait référence à la connaissance par le tiers de la clause. Le caractère, il l'est souhaitable, incomplet de l'énoncé des conditions auxquelles une partie peut se voir imposer un arbitrage est probablement du au fait qu'en l'espèce, c'était le tiers lui-même qui se prévalait de l'existence de la clause compromissoire pour faire échec à la compétence des juridictions étatiques.

conséquence la potentielle soumission de l'ensemble des sous-traitants aux effets de la clause compromissoire, à la seule condition qu'ils aient eu connaissance de la clause.

355. ***Une position paradoxalement plus respectueuse de la volonté en matière de clause attributive de juridiction.*** Une décision de la Cour de cassation justifiant l'extension des effets de la clause attributive de juridiction aux sociétés mères des contractants, rendue peu après les décisions relatives à l'extension dans les groupes de société, semble à cet égard plus respectueuse du principe de l'autonomie de la volonté. Seule la volonté peut justifier l'attraction des tiers qui ne sont pas des ayants cause à un contrat. S'appuyant sur l'appréciation souveraine des juges du fond, cette décision a en effet confirmé l'application de la clause attributive de compétence aux sociétés mères, présentées dans le contrat comme devant garantir les engagements de leurs filiales respectives, au motif que ces sociétés mères « s'étaient comportées en véritables parties au contrat et ont eu la volonté d'en assumer tous les engagements en découlant, ainsi que d'en respecter toutes les clauses et notamment celle attributive de compétence »<sup>1</sup>. Alors qu'il n'est plus question en matière d'arbitrage que de connaissance de la clause, d'ailleurs présumée, la motivation de la décision relative à l'extension de la clause attributive de juridiction, si elle semble reprendre le critère de l'immixtion par la référence au comportement des sociétés mères en véritables parties au contrat, s'appuie en réalité essentiellement sur leur volonté de respecter les engagements souscrits par leurs filiales. Un tel décalage entre les conditions d'extension des clauses aménageant la compétence est surprenant. S'agissant de l'attraction des tiers à l'arbitrage, le fondement volontariste tend à s'effacer tandis qu'il reste prépondérant s'agissant des clauses attributives de juridiction.

356. ***Un rayonnement excessif ?*** Une fois n'est pas coutume, la position adoptée en matière de clause attributive de juridiction n'est-elle pas plus opportune que celle consacrée en matière de clause compromissoire ? La jurisprudence en faveur de l'efficacité de la convention d'arbitrage, couplée avec l'effet négatif du principe compétence-compétence engendre en effet un risque d'arbitrage forcé, dénoncé par Jean Billemont : « le développement de la “transmission”, comme de l'extension de la clause compromissoire, conduit en effet le juge de l'inapplicabilité manifeste à se dessaisir au profit des arbitres dès lors que la situation de fait *pourrait* donner lieu à cette extension. (...) Cette situation inverse la charge de la preuve en permettant au défendeur de repousser l'action par la simple allégation de l'existence d'une clause compromissoire. Ce faisant, elle multiplie les risques d'arbitrage forcé en interdisant au demandeur de prétendre en retour qu'il n'a pas adhéré au contrat principal, ou qu'il n'a pas eu connaissance de la clause d'arbitrage qu'il contenait »<sup>2</sup>.

Il semble ainsi que le mouvement d'extension de la clause d'arbitrage au tiers ne soit pas achevé et que le fondement volontariste de l'arbitrage s'efface peu à peu devant le principe d'efficacité qui innerve de plus en plus profondément l'arbitrage. La Cour de cassation a en effet décidé qu'en sa qualité d'objet d'un contrat contenant une clause compromissoire, une société pouvait se prévaloir du bénéfice de la clause compromissoire, sans pourtant y être partie<sup>3</sup>. Peut-être cette solution se justifie-t-elle du point de vue de la société qui souhaite se prévaloir de la clause compromissoire, puisque celle-ci manifeste sans ambiguïté sa volonté de

<sup>1</sup> Cass. com., 20 nov. 1990, n° 89-14869, non-publiée ; *Bull. Joly* 1991, n° 2, p. 209, note J.-P. Laborde.

<sup>2</sup> J. Billemont : *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*. Thèse Lille, Ch. Jamin (dir.), 2009, *sp.* n° 503, p. 506.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 10 oct. 2012, n° 10-20797, non-publiée ; *D.* 2012, p. 2991, pan. Th. Clay.

soumettre le litige à l'arbitrage une fois celui-ci né. Elle est moins compréhensible du point de vue du contractant qui se voit forcé d'avoir recours à l'arbitrage avec un adversaire qu'il n'a pas choisi, concernant un litige qui, s'il présente une certaine connexité par rapport aux problématiques du contrat contenant la clause compromissoire, ne semble pas pouvoir y être assimilé. Du point de vue des défendeurs, les phénomènes d'extension ou de transmission de la clause compromissoire réfutent en effet toute notion d'*intuitu personae* concernant les parties à l'arbitrage. Cette problématique de fermeture ou d'ouverture relative de l'arbitrage à l'égard des tiers trouve son pendant en matière d'intervention à la procédure arbitrale et incite à s'interroger sur la composante de l'arbitrage, contractuelle ou juridictionnelle, qui doit nécessairement prendre l'ascendant sur l'autre<sup>1</sup>.

Plusieurs facteurs viennent cependant au soutien de cette position. D'une part, on avancera qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'un compromis mais d'une clause compromissoire ayant vocation à englober, à défaut de précision, tous les litiges relatifs au contrat qui la contient. Son objet étant plus largement défini, il semble dès lors qu'un litige connexe au contrat puisse avoir vocation à être soumis aux arbitres, même s'il concerne un tiers « absolu »<sup>2</sup> à la convention d'arbitrage. D'autre part, une telle solution se justifie notamment eut égard à l'intérêt que représente pour le tiers objet du contrat le litige ayant vocation à être réglé par l'arbitrage. En l'occurrence, le litige portait sur le remboursement du compte courant du gérant d'une société qui avait été acquise au moyen d'un contrat contenant la clause compromissoire entre le gérant et une autre société, contenant également « des engagements pris pour le compte » du tiers sollicitant le bénéfice de l'arbitrage. On comprend ainsi l'intérêt que représenterait le regroupement des contentieux relatifs au compte courant de l'associé et de la garantie de passif souscrite par lui pour la société. Enfin, il ne s'agit pas de déclarer la clause compromissoire valable pour le litige mais de systématiser un *a priori* sur la compétence juridictionnelle. La suspicion affectant la validité de la clause compromissoire n'est simplement pas suffisante à écarter la mise en œuvre du principe compétence -compétence au bénéfice du tribunal arbitral *prima facie*.

Pour autant, la solution laisse perplexe et incite à s'interroger sur la possible perte du fondement conventionnel de l'arbitrage alors pourtant que dans d'autres hypothèses, s'agissant notamment des interventions de tiers à la procédure arbitrale, ce même fondement conventionnel est mis en première ligne afin de protéger les parties à la clause d'une immixtion du tiers dans « leur » procédure arbitrale. « La logique irréductible du principe de faveur a-t-elle anéanti l'exigence de consentement à l'arbitrage ? » s'interrogeait récemment Mme L. Bernheim-Van de Castele<sup>3</sup>. Le principe selon lequel l'arbitre est un juge naturel a été proposé par l'auteure comme justification à l'affaiblissement de la composante volontariste de l'arbitrage en ces hypothèses. La préséance d'un tel principe sur le fondement volontariste de l'arbitrage semble cependant insatisfaisante, en particulier considérant l'isolement de la procédure arbitrale relativement aux tiers. À trop négliger ses fondations, l'édifice jurisprudentiel risquerait de flancher en raison de ses contradictions logiques.

---

<sup>1</sup> Ce questionnement sera développé plus avant *infra* n° 665 mais force est déjà de constater que le principe d'efficacité de l'arbitrage œuvre manifestement en faveur de la prévalence du caractère juridictionnel de l'arbitrage.

<sup>2</sup> Sur la définition d'un tel tiers « absolu » qui n'est manifestement pas partie à la convention d'arbitrage, v. *infra* n° 664.

<sup>3</sup> L. Bernheim -Van de Castele: *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*. Préf. Th. Clay, Bruylant, 2012, p. 283.

357. **Vers un renversement du modèle en matière d'extension de la clause attributive de compétence ?** La particulière vigueur de la clause compromissoire, « sorte de forteresse imprenable »<sup>1</sup> se manifeste dans son régime par l'autonomie dont elle jouit et par l'attraction qu'elle exerce sur les tiers. L'audace particulière dont a fait preuve la jurisprudence, et ce alors même que cette stipulation entretient avec l'autonomie de la volonté un rapport spécial du fait de ses conséquences procédurales uniques, incite à penser que ce régime particulier pourrait être étendu à des clauses apportant une dérogation considérée moindre aux règles de compétence. Or il semble qu'en matière d'extension de clause attributive de juridiction, la Cour de cassation ne soit pas encore allée aussi loin qu'elle ne l'a fait au sujet de la clause compromissoire<sup>2</sup>. Peut-être n'est-ce qu'une question de temps, les juridictions n'ayant apparemment pas pléthore d'occasions de se prononcer sur l'extension de la clause attributive de juridiction aux tiers. Peut-être aussi la tendance devrait-elle, pour une fois, s'inverser, le modèle devenant en la matière la clause attributive de juridiction. Les motivations fondées sur l'acceptation de la clause, et non sa simple connaissance ou sa ratification implicite, semblent en effet plus conformes à l'autonomie de la volonté des parties et au respect de l'effet relatif des conventions.

Le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire semble critiquable relativement à la volonté des tiers, mais aussi désormais à celle des parties elles-mêmes auxquelles l'arbitrage est imposé dans leurs relations avec les tiers<sup>3</sup>. Il semble néanmoins de nature à permettre une excellente gestion des conflits éventuels par le contractant originaire, hormis les cas où l'extension implique l'attraction à l'arbitrage des sociétés liées. En effet, en stipulant une clause compromissoire dans le contrat qui le lie avec son cocontractant, il s'assure de ne pouvoir être attiré que devant la juridiction arbitrale relativement à ce contrat, y compris à l'égard de certains tiers. Il façonne ainsi à sa convenance le droit d'action des parties à la chaîne ou à l'opération et insuffle une grande prévisibilité à l'aménagement des litiges qui pourraient résulter du contrat. S'agissant de l'extension au sein d'un groupe de sociétés cependant, les conditions de l'extension peuvent amener à déjouer les prévisions des parties et à flouter quelque peu le principe de l'autonomie des personnes morales et de l'effet relatif des conventions à l'égard des tiers. La gestion de la compétence relativement au litige par le contrat semble ainsi à la portée de la volonté des parties, mais leur échappe également d'une certaine manière. Le principe d'efficacité de l'arbitrage et peut-être, bientôt, des clauses relatives aux litiges dans leur ensemble, peut en ce sens aboutir à des situations procédurales imprévues, déjouant ainsi les anticipations contractuelles des parties.

## Section 2 L'aménagement des relations entre les parties en cas de litige

358. **Maitrise des coûts et des relations entre les parties en cas de conflit.** La gestion du conflit par les parties passe également par l'aménagement, par les contractants, des conséquences du conflit, qu'il leur soit propre ou qu'il concerne l'une d'entre elles et un tiers. Au-delà de sa dimension procédurale, la gestion du conflit recouvre également une dimension

<sup>1</sup> Th. Clay : « L'efficacité de l'arbitrage », *PA* 2003, n° 197, p. 4.

<sup>2</sup> V. cependant la décision ambiguë de la chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. com., 4 mars 2014, n°13-15846, *Bull. civ.* IV, n° 41 ; *AJCA* 2014, p. 82, obs. F. Jault-Seseke) qui a admis qu'une société d'un groupe puisse se prévaloir d'une clause attributive de juridiction conclue en vertu d'un autre contrat auquel elle n'était pas partie en raison de sa connaissance et de son acceptation de la clause. Doit cependant être noté que la Cour semble en l'espèce attacher une importance déterminante au fait que le demandeur auquel est opposé la stipulation fondait ses demandes sur le contrat la contenant.

<sup>3</sup> C'est en effet l'hypothèse développée par Cass. 1<sup>e</sup> civ., 10 oct. 2012, n° 10-20797, *préc.*



pécuniaire évidente. Comme cela a été souligné au sujet des clauses ayant pour objectif d'écarter l'action en justice ou d'aménager la compétence, le coût du procès peut constituer un obstacle à l'engagement d'une action<sup>1</sup> et donc à la réalisation du Droit. L'aide juridictionnelle est symptomatique de l'importance que peut revêtir l'engagement des frais impliqués par un procès. La question, relativement récente, du financement du procès par un tiers, ou *litigation funding*, l'est également<sup>2</sup>. L'anticipation raisonnée des litiges passe ainsi par la maîtrise des coûts qui pourraient y être engagés entre les parties elles-mêmes à l'occasion d'un conflit les opposant directement (§1<sup>er</sup>). La gestion envisagée par le contrat peut également concerner les litiges éventuels avec des tiers qui pourraient intéresser les contractants (§2). Peu d'auteurs<sup>3</sup> semblent s'être intéressés à ces « clauses relatives à l'instance »<sup>4</sup>, dont l'importance est cependant indéniable dans la gestion économique des conflits.

### §1<sup>er</sup> La répartition des frais liés au contentieux

359. **La répartition des frais antérieurs à l'action.** Avant d'aborder la répartition des frais du contentieux juridictionnel, les parties ont pu prévoir la répartition des frais liés à la recherche d'une solution amiable ou du moins alternative au traitement juridictionnel des conflits. Celle-ci a un coût, qui peut venir s'ajouter aux éventuels coûts d'un procès qui n'a pu être évité par ces moyens détournés. Les procédures alternatives faisant intervenir des tiers, tels que la médiation, l'expertise conventionnelle ou encore la mise en place de *Dispute Boards* engendrent des frais que les parties peuvent souhaiter, dès le contrat et par le contrat, répartir entre elles puisque aucun mécanisme similaire à celui des frais et dépens<sup>5</sup> et de la condamnation à la prise en charge des frais irrépétibles<sup>6</sup> de l'adversaire n'est, par hypothèse, mis en place dans ces procédures<sup>7</sup>. D'une part, le but des modes alternatifs de règlement des conflits étant le plus souvent d'aboutir à un arrangement amiable, il n'y a pas nécessairement de notion de perdant ou de gagnant, ce qui rend difficile la détermination de la partie devant supporter les frais avant que le cas concret ne se manifeste. D'autre part, ces procédures sont considérées servir les intérêts des deux parties, en permettant l'évitement des procédures juridictionnelles elles-mêmes génératrices de coûts supplémentaires. Cependant, une fois le litige né, « les deux parties n'ont pas un égal intérêt à la transaction, l'un d'elles pouvant au contraire avoir des raisons supérieures de préférer une solution judiciaire »<sup>8</sup>, ce qui postule que les frais relatifs à l'obtention de cette transaction ne soient pas nécessairement ventilés selon les éventuelles prévisions des parties.

<sup>1</sup> Ce qui engendre par ailleurs des réflexions sur le fait de savoir si un procès est une chose susceptible d'être financée par un tiers ; v. D. Mondoloni : « Le procès peut-il être financé par un tiers investisseur ? », in *Liber Amicorum Ch. Larroumet*. Economica, 2010, p. 361.

<sup>2</sup> V. not. Ph. Pinsolle : « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb.* 2011, p. 385 ; S. Menetrey : « Le financement privé de procès par un tiers », *Gaz. Pal.* 8 sept. 2012, n° 252, p. 23.

<sup>3</sup> V. cependant S. Ousmanou : *Les conventions relatives au procès*. Thèse Rennes I, L. Cadiet (dir.), 1996, *sp.* p. 78 et s.

<sup>4</sup> L. Cadiet : V° « clauses relatives aux litiges », in *J.-Cl. Contr-Distrib.* fasc. 190, n° 70 et s. ; L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp.* p. 475 et s.

<sup>5</sup> Organisés par les articles 695 à 699 du CPC.

<sup>6</sup> Laissée à la libre détermination du juge tant concernant son montant que son opportunité par l'article 700 du CPC.

<sup>7</sup> Certains règlements des centres d'arbitrage prévoient des règles relatives à l'imputation de ces frais, souvent intégrés dans la sentence à l'instar des mécanismes à l'œuvre dans les procédures judiciaires ; v. not. le *ICC Rules of Arbitration*, art. 37, disponible : [http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article\\_37](http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article_37).

<sup>8</sup> L. Cadiet : « L'économie des conventions relatives à la solution des litiges », in B. Deffains (dir.), Préf. G. Canivet : *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*. Paris, Cujas, 2002, p. 313, *sp.* p. 327.

Tout aménagement anticipé de la répartition de ces frais n'est pas pour autant exclu. Dans certaines clauses, les parties conviennent de se répartir à parts égales les frais liés à la mise en œuvre de ces modes alternatifs de traitement des conflits. Il serait similairement imaginable que les parties déterminent qu'en cas de sollicitation d'une expertise amiable, le résultat de l'expertise, défavorable à l'égard d'une partie, engendrera la prise en charge des coûts par ladite partie. Une telle approche se justifie car une décision contraignante pour les parties est rendue par le tiers. En l'absence d'une telle décision avalisant la prétention d'une partie, la répartition des frais des procédures amiables semble plus difficilement déterminable avant l'issue du conflit, et sera généralement intégrée comme un paramètre de l'économie de la solution trouvée.

360. **L'exemple étranger.** À l'étranger, il arrive que lorsqu'une procédure juridictionnelle est intentée suite à l'échec de ces procédures alternatives, les frais de ces procédures amiables soient mis à la charge du plaideur qui a refusé un accord considéré raisonnable par le juge ou qui se révèle à son égard plus favorable que la décision rendue<sup>1</sup>. Une telle approche nous semble peu souhaitable, car elle implique une immixtion du juge dans la considération du raisonnable par l'un des contractants. Cette ingérence n'est pas nouvelle ni spécifique mais elle n'en semble pas moins critiquable s'agissant d'apprécier l'opportunité du règlement amiable d'un conflit, pour les mêmes raisons qui poussent à écarter les propositions tendant à définir ce que serait une proposition raisonnable d'adaptation du contrat face à l'imprévision<sup>2</sup>. Ces clauses faisant appel à la volonté renouvelée des parties, cette liberté d'adapter le contrat ou de conclure un accord mettant fin au conflit doit être respectée, sous peine de n'engager les parties plus qu'elles ne l'ont réellement voulu. Cela aurait pour conséquence de priver ces stipulations de la souplesse qui participe à leur succès, d'autant qu'une telle approche semble inconciliable avec la confidentialité propice aux discussions à l'ombre du droit et pourrait réfréner les parties d'avoir recours au juge pour trancher une situation incertaine. Elle présente cependant l'intérêt de pousser à la conclusion d'un accord lorsque la solution juridictionnelle est peu douteuse, le refus de l'accord en l'absence manifeste de droit pouvant alors être assimilé à une résistance abusive. L'adaptation de ce pouvoir du juge en droit français n'apparaît pas souhaitable notamment en raison de la dépendance de ces modes de résolution des conflits à la seule volonté des parties, qui doit rester seule maîtresse en la matière.

361. **Prévisions relatives au remboursement des frais liés au procès.** Les clauses de remboursement des frais du procès, également dénommées « clauses de remboursement forfaitaire des frais de recouvrement judiciaire » ont pour but de pallier le caractère insatisfaisant de la mise en œuvre des dispositions relatives au remboursement des frais engagés à l'occasion de l'instance, qu'il s'agisse d'ailleurs des frais et dépens ou de frais irrépétibles<sup>3</sup> de l'article 700 du Code de procédure civile par les juridictions. Concernant les frais irrépétibles, « l'expérience montre que les juridictions connaissant mal la réalité du coût de fonctionnement d'un cabinet n'évaluent pas à leur juste valeur les frais irrépétibles et condamnent donc la partie qu'elles déterminent à des indemnités peu élevées »<sup>4</sup>. Par ailleurs, si

---

<sup>1</sup> V. par exemple la *rule 68 d)* des *Federal Rules of Civil Procedure* des États-Unis : « *If the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made* ».

<sup>2</sup> V. *supra* n° 159.

<sup>3</sup> Sur le sujet, v. *not.* D. Landry : « Les frais irrépétibles », *JCP* 2012, 1288.

<sup>4</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp.* n° 131, p. 478 ; sur le sujet, v. P. Rembauville-Nicolle : « Du bon usage de l'article 700 du NCPC », *Gaz. Pal.* 2007, n° 102, p. 2.

le principe est la condamnation de la partie succombante aux frais et dépens liés à l'instance ainsi qu'à une somme forfaitaire pour compenser les frais non compris dans les dépens, le juge peut en décider autrement, de façon motivée pour les dépens, ou en se fondant sur des considérations d'équité ou sur la situation économique du succombant. Le juge disposant en la matière d'un pouvoir souverain d'appréciation<sup>1</sup>, les parties ne sont pas assurées, même lorsqu'elles gagnent un procès, de rentrer dans leurs frais. C'est la raison pour laquelle elles ressentent parfois le besoin d'insérer dans leur convention une clause stipulant que la partie succombante devra rembourser intégralement les frais engagés par la partie gagnante du procès. Une telle clause semble valable pour les frais non compris dans les dépens. En revanche, lorsqu'elle entend déterminer la charge des dépens, elle est condamnée comme portant atteinte au pouvoir des juges d'en apprécier l'opportunité<sup>2</sup>.

**362. *L'influence de ces stipulations sur le comportement stratégique des parties.***  
L'approche économique du droit porte sur ces clauses imposant le remboursement des frais irrépétibles (comprenant notamment honoraires des avocats et frais des expertises amiables) un regard circonspect quant aux comportements que de telles stipulations pourraient engendrer sur les plaideurs. Ces stipulations peuvent d'abord inciter une partie, certaine de son bon droit, à agir en justice pour obtenir la réparation intégrale de son préjudice, puisque les frais engendrés pour faire valoir ses droits seront mis à la charge de la partie succombante. Elles encouragent ainsi le traitement juridictionnel des conflits par préférence à son traitement amiable puisque les coûts de transaction et la perspective d'un accord en deçà de la décision juridictionnelle seront alors potentiellement plus élevés que ceux engendrés par le traitement juridictionnel du litige. Ces clauses inciteraient donc à intenter l'action lorsque les droits en cause sont peu contestables. Il est cependant probable qu'une telle circonstance soit prise en compte par l'adversaire, qui pourrait lors des négociations se montrer plus généreux dans les concessions à faire pour éviter un procès coûteux.

Lorsqu'au contraire l'issue du litige est incertaine, de telles clauses inciteraient les parties à s'engager dans une sorte d'escalade des moyens pour faire valoir leurs droits, alourdissant la charge devant être supportée par le plaideur en premier lieu, puis par le perdant à l'issue du procès. Le système français de la répartition des frais engendrés par le procès n'invite pas à des dépenses inconsidérées s'agissant des frais irrépétibles, puisque leur remboursement est aléatoire et rarement à la hauteur des montants engagés. Ces stipulations, en comblant l'écart entre les montants réellement engagés et ceux pris en compte par le juge au titre de l'article 700, entraîneraient au contraire l'effet radicalement inverse d'inciter les parties à déployer des moyens considérables pour gagner le procès, l'enjeu financier de celui-ci en étant augmenté d'autant. Une telle stipulation revient en définitive à faire dériver le système français de l'allocation des frais de procès vers celui employé dans les pays de *common law*, plus particulièrement celui du Royaume-Uni.

**363. *L'apport de l'analyse économique du droit sur les conséquences de ces stipulations.***  
L'analyse économique du droit développée à ce sujet souligne les signaux contradictoires que de telles clauses peuvent envoyer en fonction du degré de certitude de l'issue de l'action<sup>3</sup>. Si le

<sup>1</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 janv. 1982, n° 80-16064 ; *Bull. civ.* II, n° 12.

<sup>2</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 févr. 1991, n° 89-20804 ; *Bull. civ.* II, n° 53, p. 27 ; *Gaz. Pal.* 1991, somm. 465, H. Croze et Ch. Morel.

<sup>3</sup> E. Langlais et N. Chappe : « Analyse économique de la résolution des litiges », in B. Deffains et E. Langlais (dir.) : *Analyse économique du droit- principes, méthodes, résultats*. De Boeck, 2009, p. 105, *sp.* p. 108 et s.

résultat de l'action fait peu de doute, le demandeur sera incité à agir et à dépenser sans compter pour faire valoir ses droits, puisque la clause jouera alors selon toute probabilité à son bénéfice. En revanche, si l'issue juridictionnelle du litige est incertaine, l'enjeu du procès gonfle d'autant : la partie perdante devra supporter des coûts importants car comprenant non seulement ses propres frais engagés pour tenter de prévaloir sur son adversaire, mais également ceux de ce dernier. Ainsi, en fonction du degré d'incertitude affectant le résultat de l'action, le demandeur pourra être incité à agir ou au contraire en être dissuadé par la perspective de devoir payer les frais du procès de son adversaire. Dans cette dernière circonstance, à l'instar de la règle anglaise, une telle clause dissuaderait dans certaines hypothèses d'agir en justice, « parce qu'elle expose au risque, en cas de procès perdu, de supporter un coût plus élevé »<sup>1</sup>.

364. **Clause de remboursement forfaitaire et clause pénale.** D'une même inspiration, certaines clauses mettent à la charge d'une partie le « remboursement forfaitaire des frais de recouvrement »<sup>2</sup>. Cette clause fixe généralement une telle indemnité en fonction des sommes à recouvrer, assurant une certaine proportion relativement au montant de la créance. Ph. Gerbay avait soutenu qu'une telle clause devait être qualifiée de clause pénale, dont les montants pourraient ainsi être révisés par le juge au regard de leur disproportion. Elle est en effet de nature à dissuader de l'inexécution de ses obligations le débiteur de mauvaise foi du fait des ricochets que sa défaillance peut entraîner contre lui. Cependant, dès lors que le débiteur n'est pas de mauvaise foi, elle ne l'incite pas pour autant à exécuter l'obligation qu'il conteste. Ainsi, comme il l'a été souligné, la clause « n'a pas nécessairement un caractère comminatoire et ne sanctionne pas directement l'inexécution de l'obligation »<sup>3</sup>. Par ailleurs, si l'on s'attache à l'aspect sanctionnateur de la clause, qui implique qu'elle ne puisse trouver à s'appliquer que lorsque l'inexécution de l'obligation est due à la faute imputable au débiteur, une telle clause pénale « médiate » ne saurait être invoquée pour obtenir le remboursement forfaitaire des frais engagés pour recouvrer une créance par ailleurs contestable. La qualification de clause pénale de la stipulation prévoyant le remboursement forfaitaire des frais de justice a ainsi logiquement été démentie par la jurisprudence postérieure<sup>4</sup>. Le juge ne pourrait ainsi pas la modérer<sup>5</sup>.

Les clauses de remboursement des frais de procès entre parties à un contrat pour les litiges qui viendraient à les opposer sont donc à la disposition des parties pour tenter d'aménager, entre elles, les conséquences pécuniaires d'un litige qui viendrait à les opposer. En matière arbitrale, l'intérêt de telles clauses est d'autant plus grand que le référentiel sur lequel pourraient se fonder les arbitres pour décider d'une telle imputation des frais aux parties peut sembler

---

<sup>1</sup> E. Langlais et N. Chappe : « Analyse économique de la résolution des litiges », in B. Deffains et E. Langlais (dir.) : *Analyse économique du droit- principes, méthodes, résultats*. De Boeck, 2009, p. 105, *sp.* p.109.

<sup>2</sup> Ph. Gerbay : « Le remboursement forfaitaire des frais de recouvrement judiciaire », *D.* 1978, p. 93.

<sup>3</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, n° 131, p. 479.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 16 janv. 1985, n°s 83-11029 et 83-16928 ; *Bull. civ.* I, n° 24, p. 24.

<sup>5</sup> Dans leur ouvrage, les professeurs Loïc Cadiet, Jacques Normand et Soraya Amrani-Mekki (*Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp.* n° 131, p. 479) proposent cependant de faire reposer la révision de la clause de remboursement forfaitaire des frais de recouvrement sur le fondement de la bonne foi, sanctionnant ainsi les clauses « abusives » de remboursement de frais de procès. Dans les relations avec les consommateurs, il n'est pas exclu qu'une telle clause soit par ailleurs considérée comme abusive comme entravant l'action en justice du consommateur qui pourrait hésiter à résister au paiement et à faire valoir ses droits en présence d'une telle clause. Les clauses de remboursement forfaitaire ainsi que celles relatives au remboursement des frais et honoraires résultant du recouvrement judiciaire ont déjà été dénoncées par la Commission des clauses abusives en 1979 comme devant être éliminées des contrats de consommation dans la recommandation 79-02, disponible : <http://www.clauses-abusives.fr/recom/79r02.htm>.

incertain. Les parties sont alors tentées d'anticiper ce risque en rédigeant des clauses, dénommées en anglais « *fee shifting* »<sup>1</sup> détaillant les conditions selon lesquelles pourraient être supportés les frais de la procédure arbitrale, permettant ainsi de gérer au sens économique du terme les frais impliqués par le contentieux.

S'il apparaît important aux parties de déterminer les suites pécuniaires éventuelles d'un contentieux les opposant, les conflits entre les parties ne sont pas les seuls que les contractants peuvent appréhender par leur accord. Particulièrement dans certains types de contrats, les parties peuvent également souhaiter prévoir les conséquences d'une action dirigée par un tiers contre l'une d'entre elles dès lors qu'un tel litige est susceptible d'intéresser ou d'impliquer l'autre partie au contrat, organisant ainsi entre elles la gestion des conflits avec les tiers.

## §2 La gestion des conflits extérieurs aux parties

365. ***Un certain droit de regard sur les activités de l'autre partie.*** Des prévisions particulières sont parfois insérées par les parties dans les contrats de distribution, de cession de droits sociaux ou en matière de droits de propriété intellectuelle en raison de la proximité de certains intérêts des parties. L'intérêt que le partenaire attache alors à son cocontractant l'incite à exiger un certain droit de regard sur ses activités, et emporte la conclusion de clauses tendant à la fourniture d'une information sur les éventuels conflits susceptibles d'entraîner des conséquences sur la relation ou ricocher et atteindre ledit partenaire. Ainsi, lorsque les relations entre les parties sont étroites, l'obligation d'information des procédures en cours survenant postérieurement à la conclusion du contrat peut concerner l'ensemble des procédures auxquelles les contractants seront partie, ou de manière plus limitée les seules procédures de nature à impacter son cocontractant. Une telle clause de révélation d'instance ou d'action a pour but de permettre une meilleure anticipation des éventuels conflits qui pourraient impacter médiatement l'autre partie au contrat, par une information sur les conflits sélectionnés, ou attenter à la solidité financière de son cocontractant, par une information plus générale des différends l'impactant. En stipulant de telles clauses, les parties élargissent leur horizon contractuel par l'information, permettant ainsi une prise de décision plus fine par les décideurs et une meilleure anticipation des difficultés à venir. Parfois prévoyant une simple information, l'obligation mise à la charge du contractant actionné par un tiers peut également être érigée en une véritable obligation de confier l'action au partenaire contractuel.

366. ***Une simple information.*** En matière de licence de droits de propriété intellectuelle<sup>2</sup>, il est fréquent que chaque partie s'engage à informer son cocontractant en cas d'action ou de réclamation relative aux droits de propriété intellectuelle en cause. Une telle stipulation a pour objectif de permettre au cocontractant informé de se préparer à une éventuelle attraction à la procédure en question. L'information lui permet également de décider de l'opportunité d'une intervention volontaire, principale ou accessoire, à l'instance engagée contre son cocontractant par un tiers afin de préserver ses propres intérêts ou celui de son cocontractant au titre de la garantie d'éviction qu'il a souscrite dans son contrat. Une telle intervention volontaire peut par ailleurs être conventionnellement imposée à un contractant par des clauses de concours à

---

<sup>1</sup> J. El Ahdab : « La gestion du risque arbitral par les parties », *RDGA* 01 janv. 2012 n° 2012-01, p. 234.

<sup>2</sup> Sur le sujet, J.-M. Mousseron : « Contrefaçon et recours de l'utilisateur industriel », *RDAl* 1991, p. 715, *sp.* p. 725 et s.

l'instance ou de coopération judiciaire<sup>1</sup> : le contractant s'engage alors contractuellement à intervenir pour appuyer les droits de son contractant.

367. **La gestion du contentieux par le partenaire contractuel.** Certaines clauses dites « de direction du procès » confèrent un « droit de regard sur les affaires processuelles d'autrui »<sup>2</sup>. Lorsqu'elles sont utilisées hors du domaine particulier des assurances, ces stipulations ont pour objet d'encadrer notamment les conditions de la garantie d'éviction. Elles prévoient l'obligation pour le contractant mis en cause, généralement le licencié, de confier la direction du procès au titulaire du droit de propriété intellectuelle des éléments concernés. Cette direction du procès par le donneur de licence est par ailleurs souvent érigée en condition de l'indemnisation des dommages et des frais engendrés par le procès ou de la prise en charge de la transaction par le détenteur de ces droits, par une stipulation appelée « clause de garantie d'issue »<sup>3</sup>. Ces clauses d'usage dans les contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle, âprement discutées lors de la négociation du contrat, méritent qu'on en cite un exemple :

*« The Licensor will defend or settle and hold the Licensee harmless from any action brought by a third party against the Licensee to the extent that it is based upon a claim that the software, as provided by the Licensor to the Licensee under this agreement and used within the scope of this agreement, infringes any intellectual property rights of any third party.*

*The Licensor shall indemnify the Licensee from and against damages, costs and fees reasonably incurred (including reasonable attorneys' fees) that are attributable to such claim or action and which are assessed against the Licensee, provided that the Licensee: (i) reasonably notifies the Licensor in writing of the claim; (ii) grants the Licensor sole control of the defense and settlement of the claim; and (iii) provides the Licensor, at Licensor's expense, with all reasonable assistance, information and authority required for the defense and settlement of the claim ».*

368. **Information et coopération.** Ces stipulations imposent généralement des obligations d'information et de coopération à la charge du licencié, dont le respect doit être scrupuleux, sous peine de perdre le bénéfice de la garantie d'issue. Ainsi, si le licencié ne notifie pas l'autre partie dans les délais convenus de la survenance d'une réclamation touchant aux droits de propriété intellectuelle, s'il ne coopère pas de bonne foi, s'il transige sans l'accord du donneur de licence ou décide de mener seul sa défense, il est déchu de son droit contractuel à indemnisation. Cette technique, très proche de la logique et de la pratique assurantielle<sup>4</sup>, encadre la gestion des conflits avec les tiers entre les parties au contrat et permet ainsi un contrôle des coûts de la garantie d'éviction par le concédant. Elle participe ainsi clairement à l'aménagement des conséquences de l'action en justice intentée non pas entre les deux partenaires contractuels mais par un tiers. Elle permet aux parties de s'assurer une certaine cohérence processuelle dans la défense de contentieux susceptibles de les impacter. Elle réalise ainsi la prévision commune des parties à l'égard des perturbations contractuelles que les tiers pourraient générer.

---

<sup>1</sup> J.-M. Mousseron : *Technique contractuelle*. Éditions juridiques F. Lefebvre, 4<sup>e</sup> éd. 2010, *sp.* n° 1685, p. 686.

<sup>2</sup> S. Ousmanou : *Les conventions relatives au procès*. Thèse, Rennes I, 1996, *sp.* p. 87.

<sup>3</sup> J.-M. Mousseron : *Technique contractuelle*. Éditions juridiques F. Lefebvre, 4<sup>e</sup> éd. 2010, *sp.* n° 1698, p. 692.

<sup>4</sup> Sur laquelle v. S. Ousmanou : *Les conventions relatives au procès*. Thèse, Rennes I, 1996, *sp.* p. 79 et s.

\*  
\*   \*  
\*

### *Conclusion du titre 2*

369. ***Les limites à l'aménagement conventionnel de l'action en justice.*** L'aptitude des parties à organiser les modalités et les conséquences des actions en justice est manifeste, mais non dénuée de limites. Plusieurs freins s'opposent à ce que leur liberté soit totale en la matière. S'agissant des clauses restreignant les possibilités d'action, les objectifs de préservation de la force obligatoire et de l'utilité du contrat s'opposent à des renonciations d'une généralité ou d'une portée de nature à remettre l'engagement en cause. Ces mêmes objectifs postulent également que l'abréviation des délais pour agir en justice ne résulte pas dans les faits en une impossibilité d'action et donc de sanction des obligations tirées du contrat. Le droit d'agir en justice, fondamental, a en effet pour but d'assurer l'effectivité des droits substantiels protégés par l'action en justice et en matière de contrat, le respect des obligations des parties. Le droit du contrat dessine les contours des limites nécessaires à la liberté des parties d'aménager leur litige comme elles l'entendent par le biais de clauses à visée procédurale et assure ainsi la protection des droits des contractants mais également la préservation de l'utilité sociale du contrat.

Les parties peuvent apporter des dérogations importantes aux règles de compétence et leur volonté présente en la matière une consistance particulière. Hormis les cas où l'ordre public se manifeste avec trop de rigueur par le biais de la libre disponibilité des droits, les parties sont libres de s'abstraire des règles légales de compétence pour déterminer le juge qui leur paraît le plus approprié, sans pour autant pouvoir disposer de l'offre de justice exclusivement à leur guise. L'organisation du service public de la justice constitue ainsi un obstacle à l'aménagement de la compétence matérielle des juridictions. L'ordre public de protection intervient également pour prévenir les effets néfastes des clauses aménageant la compétence lorsque des parties protégées sont en cause et, par la sanction de l'inopposabilité, dédouble la volonté des parties faibles. Leur volonté exprimée dans le contrat est dégradée, insuffisante à renoncer irrévocablement aux règles légales de compétence édictées par le législateur. Une seconde manifestation de la volonté de ces parties faibles, une fois le litige né, sera alors nécessaire afin que la clause aménageant la compétence trouve à s'appliquer. Si cet objectif de protection est louable, il ne devrait pas dégénérer en une surprotection injustifiée de la partie faible, à laquelle la faculté de se « déjuger » ne devrait pas être accordée<sup>1</sup>.

370. ***Une importance variable de la volonté.*** L'importance attribuée à la volonté dans les accords portant sur la compétence des juridictions apparaît par ailleurs fluctuante. La volonté est en effet tantôt dotée d'un pouvoir exorbitant, tantôt relativement peu considérée s'agissant de celle des tiers. Cette conception quelque peu schizophrène de la volonté est manifeste en matière de convention d'arbitrage. Véritable fer de lance des contrats relatifs aux litiges, la clause compromissoire a contribué à faire évoluer le régime d'autres clauses ayant pour objet l'action en justice. Détachée de toute contrainte étatique pouvant soustraire au pouvoir des parties l'aménagement de la compétence, la clause compromissoire en matière internationale semble en effet leur offrir une grande liberté, limitée cependant par les règles de compétence

---

<sup>1</sup> Comme ce fut pourtant le cas dans la décision *Claro* (CJCE, 26 oct. 2006, *Claro* ; D. 2006, AJ, p. 2910, obs. V. Avena-Robardet et p. 3027, obs. Th. Clay ; *Rev. arb.* 2007, p. 109, note L. Idot ; *JCP* 2007, I, chron. p. 16, n° 1, Ch. Seraglini ; *JDI* 2007, p. 581, note A. Mourre).

exclusive et la libre disponibilité des droits en cause. Le fondement volontariste de l'institution ressort clairement des justifications à la validité et à l'indépendance de la clause par rapport au contrat mais également par rapport à toute loi.

371. **Autonomie absolue et fiction utilitariste du consentement.** La fiction utilitariste du consentement développée au sujet de la clause compromissoire gagnerait par ailleurs sans doute à être étendue à d'autres stipulations poursuivant l'objectif de prévoir une dérogation de compétence ou une mise à l'écart temporaire du juge. C'est pourquoi l'autonomie mais également la circulation à titre d'accessoire du droit d'action d'autres clauses relatives aux litiges, telles que les clauses attributives de compétence, les clauses de médiation et plus généralement de toutes les clauses affectant, notamment dans le temps, le pouvoir même du juge d'appréhender une situation semblent ainsi souhaitables<sup>1</sup>, la volonté des parties exprimée dans la clause devant faire échec à toute manœuvre dilatoire. La jurisprudence s'est engagée sur cette voie concernant l'autonomie des clauses attributives de juridiction et, dans une certaine mesure, des clauses de médiation, ces stipulations impactant l'initiation de l'action devant le juge avant tout examen au fond du litige. Il devrait en être de même concernant les stipulations prévoyant des processus devant se déployer avant toute action en justice, ou à leur place, telles les clauses organisant le traitement non juridictionnel du différend. Il apparaît ainsi que de nombreuses clauses prévoyant le traitement du conflit dans un premier temps hors le juge, telles les clauses d'expertise amiable, celles prévoyant le recours à des *Dispute Boards* ou encore des clauses d'escalade, devraient être appliquées et respectées *a priori*, avec l'appui du juge si nécessaire, sous réserve des limitations d'usage : l'inapplicabilité ou la nullité manifeste de la clause en question. De manière générale, toute clause tendant à imposer un préalable à l'action en justice ou une compétence particulière pour connaître de celle-ci devrait ainsi bénéficier d'une « autonomie absolue » par rapport à la convention qui la contient.

Cette autonomie absolue ne semble cependant pas adaptée à toutes les clauses relatives au règlement des différends et est par ailleurs décorrélée du sujet de la clause. Les clauses prévoyant le traitement « ante-juridictionnel » du différend ou définissant la compétence pour en connaître ne sont en effet pas les seules à affecter le droit d'action des parties : les clauses abrégant le délai de prescription ou les clauses de non recours, qui sont également des clauses relatives aux litiges impactant l'action, devraient-elles être considérées comme jouissant également d'une certaine autonomie ? Ces clauses n'impactent pas l'introduction de l'action, et ne sont pas une condition à la capacité du juge de connaître du litige par préférence à un autre ou à une autre autorité désignée par le contrat. Les conséquences de ces clauses se déploient sur la procédure, mais leurs effets atteignent le cœur du contrat, les droits substantiels dont l'action en justice n'est que la manifestation procédurale.

372. **L'autonomie a minima.** Leur autonomie par rapport au contrat principal présente ainsi un enjeu immédiat moindre que les clauses relatives à la concurrence de compétence<sup>2</sup> au stade de la mise en œuvre de l'action. Leur effet processuel postule cependant en faveur d'une certaine autonomie par rapport au contrat lui-même, notamment quant à leur survie par rapport à celui-ci, sauf dans les cas pour lesquels a été élaborée une fiction utilitariste du consentement au sujet des clauses de compétence, en cas d'inexistence du contrat, de vice de violence, ou

---

<sup>1</sup> En ce sens *not.* L. Cadet : « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *PA* 2000, n° 90, p. 30.

<sup>2</sup> On peut en un certain sens considérer qu'un juge saisi en contravention avec une clause prévoyant un préalable à l'action est en quelque sorte temporairement incompétent.



lorsque la clause elle-même est prétendument affectée d'un vice du consentement susceptible de l'anéantir. Cette fiction utilitariste n'a en effet d'intérêt que concernant les clauses ayant vocation à déterminer la compétence dans la mesure où c'est pour éviter toute manœuvre dilatoire susceptible de diverger la compétence qu'elle a été élaborée. Aussi l'autonomie absolue par rapport au contrat principal ne semble pas constituer pour ces clauses un réel enjeu, contrairement à celui de la vigueur propre au sous-ensemble des clauses relatives à la compétence lors de la survenance du litige, du moins en amont de la saisine du juge. L'autonomie « relative » de ces stipulations, assurant leur survie en cas de résiliation ou de résolution de celui-ci, apparaît dès lors essentielle afin que le conditionnement du droit d'action réalisé par la volonté des parties soit effectif. Ces clauses rejoignent ainsi les autres stipulations du contrat ayant manifestement vocation à survivre à celui-ci, telles que les clauses pénales, les clauses limitatives de responsabilité ou encore assez souvent les clauses de confidentialité ou de non concurrence.

373. **Les « clauses relatives au règlement des différends » : quel contenu pour quel régime ?** Le sort des clauses relatives au règlement des différends a retenu l'attention des réformateurs. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats a en effet expressément prévu en son article 1230 que la résolution du contrat devait être dépourvue d'effet concernant les « clauses relatives au règlement des différends ». On peut s'interroger sur le périmètre exact d'une telle qualification car de nombreuses clauses sont susceptibles d'être considérées comme ayant trait au règlement des différends. Cette consécration d'une catégorie de clauses à part entière, relatives au règlement des différends, incite à déterminer un régime qui leur serait propre en raison de leur objet particulier. Or il semble qu'il faille considérer cette qualification générale comme englobant de nombreuses stipulations ayant vocation à régir le règlement des différends. La disposition proposée semble en effet de nature à pouvoir chapeauter l'ensemble des clauses relatives aux différends puisqu'elle ne prévoit qu'un des aspects de l'autonomie *a minima* des clauses relatives aux litiges applicables aussi bien aux clauses relatives à la compétence matérielle, territoriale ou temporelle qu'aux stipulations touchant au fond du droit. D'autres subdivisions fondées sur l'objectif des stipulations semblent pouvoir être envisagées concernant certaines clauses relatives au règlement des différends.

374. **Un régime unifié pour les stipulations défensives ?** Certaines stipulations particulières, affectant médiatement le droit substantiel lui-même, mériteraient de voir poser à leur applicabilité des conditions semblables à celles instaurées en matière de clauses limitatives de réparation. Il en va ainsi des clauses réduisant les délais pour agir ou prévoyant la renonciation conventionnelle à certains recours. Ces clauses sont en effet mues par le même volonté de limiter les recours susceptibles d'être invoqués en raison d'une inexécution contractuelle. Cette limitation des recours connaît d'ores et déjà la même limite imposée par la jurisprudence pour la préservation de l'utilité du contrat. Il apparaît également souhaitable de ne permettre le jeu de ces clauses « défensives » qu'en cas d'absence de comportement grave du débiteur défaillant. Dans le cas contraire, une rédaction minutieuse du contrat serait susceptible, dans les faits, d'entraver la sanction de comportements alors pourtant que celle-ci semble absolument nécessaire afin de conserver au contrat sa saine fonction d'échange. Concrètement, il semble ainsi souhaitable de prononcer la déchéance du bénéfice de ces stipulations défensives en cas de dol ou de faute lourde du débiteur défaillant. Une certaine cohérence émergerait en effet d'une telle unification des sanctions, et le message aux rédacteurs de contrats en serait d'autant plus clair et prévisible : il est possible, par accord de volonté, de limiter la faculté de son cocontractant d'intenter un recours en justice en cas d'inexécution, sous réserve cependant que cette inexécution ne présente pas une gravité telle qu'elle puisse sembler intentionnelle.

375. *La question de l'extension à l'égard des tiers : la nécessaire recherche d'un équilibre.* S'agissant du rayonnement des stipulations à l'égard des tiers au contrat, il semble que toutes les clauses relatives à l'action aient vocation à irradier les parties selon les modalités développées pour la clause compromissoire. Ainsi, dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, l'automatisme de la transmission de la clause, accessoire à l'action relative au droit substantiel transmis est transposable aux autres stipulations affectant l'action. Les clauses de non recours et les clauses modifiant les délais de prescription devraient, selon la logique de la « transmission », être opposables aux sous-acquéreurs de la chose agissant contre le vendeur initial, au même titre que les clauses attributives de compétence et les clauses imposant un préalable de traitement amiable avant l'introduction de l'action. La même logique devrait être déployée au sujet de l'extension de ces stipulations relatives à l'action à des tiers qui ont ratifié la convention contenant la clause. Cependant les modalités de l'extension de la clause compromissoire, prenant trop de liberté relativement à la volonté des parties d'accepter de s'y soumettre, ne devraient pas nécessairement être prises pour modèle en la matière et gagneraient à être repensées en harmonie avec le fondement volontariste qui les soutient. Seulement alors serait-il souhaitable que l'application des clauses relatives à l'action en justice soit étendue à des tiers. À défaut, la contrainte exercée sur leur volonté apparaîtrait bien trop forte et, surtout, privée de fondement.

\*  
\*   \*  
\*

### *Conclusion de la première partie*

376. ***Le constat de l'inventivité des parties.*** Une large place est accordée à la liberté des parties de contrôler l'avènement, le déroulement et le traitement, judiciaire ou amiable, du conflit par le contrat. La technique contractuelle très dense développée pour faire face au conflit démontre une grande inventivité des parties, s'appuyant sur leur volonté, afin d'organiser des processus de traitement adaptés aux difficultés rencontrées, dont le respect est d'ailleurs assuré par le juge sur le plan processuel. Ces modes de traitement, souvent hybrides, emportent parfois des problèmes de qualification qui ne semblent pouvoir être résolus qu'en s'attachant à la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat. S'agissant du recours à un tiers pour adapter le contrat, cet angle d'approche, critiqué, semble pourtant le dernier recours paradoxalement objectif pour pallier l'inefficacité des critères dégagés pour départir arbitrage et mandat d'intérêt commun.

377. ***La volonté des parties et sa restriction par le juge.*** La loi et le juge interviennent ponctuellement pour limiter la volonté des parties ou en atténuer les effets. Il en est ainsi en matière de peines privées ou de clauses affectant la possibilité d'une action. Certaines de ces interventions apparaissent tout à fait justifiées, voire même parfois insuffisantes, comme le démontre la pratique de la dissuasion illégitime d'agir en justice par l'insertion de clauses abusives. D'autres interventions semblent parfois plus regrettables, notamment lorsque le juge, en modérant la peine convenue ou en déclarant non écrite une clause limitative de responsabilité, déjoue les prévisions légitimes des parties. Ces restrictions apportées par le juge sont cependant souvent justifiées par la sauvegarde de l'utilité du contrat, dont les obligations qu'il contient et qui en forment la raison d'être doivent être respectées. Le juge se fait ainsi, de manière assez paradoxale au détriment de la volonté des parties, le garant du contrat et préserve son utilité. C'est d'ailleurs cette tendance qui justifie la réflexion sur l'opportunité d'une reconnaissance en droit français de la théorie de l'imprévision. Accorder au juge le pouvoir de refaire la convention des parties en cas de déséquilibre périlleux du contrat serait probablement aller trop loin, mais admettre la prise en compte des conséquences d'un changement de circonstance, assurant la pérennité sereine du lien contractuel, s'accorderait très bien avec l'avènement de la figure du juge protecteur du contrat.

378. ***La relative liberté des parties dans l'aménagement de l'action.*** La même liberté des parties d'aménager leur conflit futur par le contrat se manifeste lorsqu'il s'agit pour elles de déterminer le juge qui pourra connaître de leur litige. Sous réserve de la libre disponibilité des droits, les parties disposent en effet d'une certaine latitude pour choisir qui, de l'arbitre ou du juge, devra être sollicité afin de régler leur différend. Les restrictions à la validité des clauses aménageant la compétence tant en matière interne qu'internationale répondent à deux considérations. L'une est celle de s'assurer du consentement libre et éclairé des parties. Il en va ainsi lorsque le droit interne impose certaines conditions de forme pour la validité des clauses. La définition du domaine de validité des conventions d'arbitrage ou d'élection de for reflète la volonté du législateur mais aussi du juge de protéger des contractants dont il est présumé qu'ils n'ont qu'une volonté dégradée lors de la conclusion du contrat. L'autre ressortit en revanche des limites nécessaires à l'appropriation par les parties du service public de la justice. Certaines frontières doivent en ce sens être posées pour que son organisation ne soit pas remise en cause par les stipulations des parties.

L'approche est bien plus souple en matière internationale qu'en matière interne. L'inadéquation de l'attachement à un système juridique particulier en présence de contrats internationaux postule en effet en faveur d'une force encore plus grande attribuée à la volonté des parties. En cette matière plus qu'en tout autre, la volonté des parties ne devrait souffrir d'atteintes que si celles-ci s'avèrent particulièrement justifiées.

Au fur à mesure que le conflit se rapproche d'un traitement juridictionnel, la pression de l'ordre public s'accroît. Même hors du contrat originel et une fois le litige advenu, une large place est laissée à la volonté des parties pour gérer le litige qui les oppose.

## DEUXIÈME PARTIE

### La force de la volonté dans le contentieux

379. *L'influence de la proximité du contentieux.* L'accord des parties pour déterminer certains aspects du traitement de leur désaccord démontre que leur volonté déploie ses effets également dans l'adversité. Si le procès civil reste dans une certaine mesure la chose des parties, la puissance de leur volonté y semble bien plus restreinte. Elle se confronte en la matière aux principes directeurs du procès qui tendent à assurer le caractère équitable de la procédure suivie et partant, de la Justice toute entière. Ainsi, « la résolution contentieuse du différend né du contrat va progressivement restreindre la liberté du contractant et enserrer le contrat dans un corset judiciaire »<sup>1</sup>. La volonté des parties, par principe plus restreinte en raison de la proximité du contentieux avec cette matière fortement imprégnée d'ordre public qu'est le droit processuel, va cependant déployer sa force afin d'orienter le cheminement du différend tel qu'elle l'entend. Les accords entre les parties, une fois le litige né, sont ainsi nécessairement plus cadrés en raison de l'environnement dans lequel ils interviennent. Cette volonté commune des parties est cependant susceptible d'influer de manière déterminante sur la nature et les modalités de règlement du contentieux (Titre 1<sup>er</sup>). La volonté d'un seul, qu'il s'agisse d'une partie ou d'un tiers peut également développer ses effets, parfois délétères, au sein de l'étape contentieuse du traitement du conflit (Titre 2).

#### **Titre 1<sup>er</sup> - La force de la volonté commune dans le contentieux**

380. *La conception de la Justice en question.* L'idée que l'on se fait de la Justice en droit privé et sur les droits disponibles est ici en question. Si l'on considère que la justice est ce qui satisfait le justiciable sans heurter pour autant l'ordre public et les intérêts supérieurs que se doit de défendre l'État, une telle conception de la justice sera parfaitement satisfaite par le processus de médiation et par le résultat qui en est parfois la transaction. Ces modes de résolution amiable des conflits abandonnent totalement aux parties le soin de déterminer ce qu'elles considèrent être acceptable. Les règlements négociés directement entre les parties présentent cependant des dangers propres lorsqu'elles sont de force inégales. Une telle conception de la justice, inspirée de la célèbre formule de Fouillée, « qui dit contractuel dit juste », contribue à la promotion des modes alternatifs de règlement des litiges reposant sur un accord des parties.

Si, à l'inverse, on considère que la justice ne se limite pas à ce qui pourrait être satisfaisant pour une partie mais doit répondre à l'idée que l'on se fait du Juste, ce à quoi tend conceptuellement le droit, alors d'autres voies que la négociation directe et non nécessairement éclairée peuvent s'avérer plus appropriées<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Th. Clay : « Fusion et confusion des sources », *RDC* 2007, p. 1449, résumant la démonstration de L. Weiller dans sa thèse : *La liberté procédurale du contractant*. Préf. J. Mestre, PUAM, 2004.

<sup>2</sup> L. Weiller : « Le contrat en procès », in E. Putman (dir.) : *L'accès à la justice*. PUAM, 2007, p. 89, *sp.* p. 91.

Le penchant de la doctrine ainsi que de la jurisprudence semble aller à la seconde conception de la justice qui apparaît en effet bien plus satisfaisante que celle consistant à abandonner aux parties la conclusion d'un accord potentiellement très défavorable à une partie. C'est la raison pour laquelle l'offre de modes alternatifs de règlement des conflits semble dans une certaine mesure en passe d'être contaminée par certains principes directeurs du procès équitable. C'est probablement également la raison pour laquelle, si la faculté qu'ont les parties d'aménager la procédure juridictionnelle semble s'étendre sur certains points, une tendance contraire concourt à promouvoir un juge s'immisçant plus dans le déroulement du procès, pour en assurer la conformité à la Justice. Il a ainsi été dressé le constat paradoxal selon lequel il serait « plus facile de soustraire un litige à la connaissance du juge étatique que d'en aménager le traitement judiciaire »<sup>1</sup>. La justice étatique semble constituer une valeur refuge, dans laquelle l'intangibilité de principes établis est susceptible de rassurer les moins aguerris au combat contentieux, la volonté des parties ne pouvant s'y exercer que de manière plus limitée sur la procédure. L'aménagement du contentieux né par la volonté commune des litigants (Chapitre 1<sup>er</sup>), apparaît, dans certaines hypothèses, fortement encadrée par le juge. L'office de ce dernier est cependant dans une large mesure à la disposition des parties qui peuvent lui insuffler par leur accord leur conception de la Justice (Chapitre 2).

## Chapitre 1<sup>er</sup> - L'aménagement du contentieux par la volonté commune

381. *La recherche de la concorde ou de l'aménagement de la procédure.* Plusieurs clauses sont à la disposition des parties pour prévenir ou traiter les conflits qui pourraient découler du contrat qui les contient. Le contrat dont l'objet est la réalisation d'une opération donnée n'envisage en ce cas le conflit que de manière périphérique, comme un des aspects de la relation qu'il convient d'organiser. Mais le contrat peut plus directement toucher le différend lui-même, une fois celui-ci né. Certains contrats tendent ainsi à résorber directement le conflit par la convergence des volontés, dans la recherche d'une solution amiable. La convention de procédure participative, dont l'objectif premier est la recherche d'un accord négocié, ainsi que la transaction, qui constitue l'archétype de la convention mettant fin à un litige, sont de ceux là, qui tendent en définitive à réaliser la Justice relative sans que le tranchant du juge ne soit, en principe, sollicité (Section 1<sup>ère</sup>). D'autres accords tendent au contraire à aménager la procédure devant encadrer le combat juridictionnel dans lequel les parties s'engagent (Section 2).

### Section 1<sup>ère</sup> La recherche d'une solution consensuelle hors du juge

382. *La faveur pour la solution amiable.* La recherche d'une solution amiable aux conflits, hors du juge et sans une application stricte du droit, est indéniablement une préoccupation actuelle du législateur, qui encourage les parties à trouver des solutions non-juridictionnelles aux différends qui les opposent. Il élabore à cet effet des outils à leur disposition pour rechercher ou rendre exécutoire les accords éventuellement trouvés. Au-delà de la conviction presque idéologique selon laquelle « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès », d'autres considérations telles que le désengorgement supposé des juridictions ou encore les coûts engendrés pour le traitement judiciaire des litiges, tant pour le justiciable que pour l'État rentrent en ligne de compte pour promouvoir l'accord au détriment du procès. Le législateur

---

<sup>1</sup> L. Cadiet : « Les jeux du contrat et du procès, esquisse », in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de G. Farjat*. éd. Frison Roche, 1999, p. 23, sp. n° 17 p. 34.

contemporain encourage le règlement non contentieux des différends afin de déjudiciariser le traitement des conflits<sup>1</sup> mais peut-être surtout pour le déjuridictionnaliser. L'appui porté aux clauses organisant un traitement alternatif dans le contrat originel des parties en est un exemple. La promotion de la « juridiversité »<sup>2</sup>, offrant une palette de méthodes de règlement amiable, notamment par l'adjonction aux rôles traditionnels du juge de l'homologation des accords résultant des modes alternatifs de règlement des conflits, en est un autre.

383. ***L'appui processuel aux modes amiables.*** Cet encouragement du recours aux modes alternatifs de règlement des litiges par préférence à la sollicitation de la justice étatique, véritable *favor accordandum*<sup>3</sup>, se manifeste dans l'appui du droit processuel aux clauses organisant un préalable amiable à l'action en justice. Le droit processuel intervient également pour permettre aux parties, en l'absence de toute clause, de mettre en pause leur action judiciaire une fois celle-ci déjà entamée pour se ménager le temps de discuter une solution amiable. Le retrait conventionnel du rôle, mesure d'administration judiciaire prévue par l'article 382 du Code de procédure civile, remplit ainsi cette fonction de permettre aux parties d'imposer au juge de mettre temporairement l'affaire de côté le temps d'une tentative de résolution amiable du litige<sup>4</sup>. Cette gestion du temps par les parties est essentielle pour que le procès reste « leur chose » et que le principe dispositif, un des principes directeurs du procès civil, soit respecté. Elle s'apparente très clairement à l'article 1 du Code de procédure civile, et concerne l'opportunité de la poursuite de la procédure, ce qui justifie qu'elle s'impose au juge là où d'autres mesures de temporisation restent sujettes à son aval en vertu de son rôle de garant du bon déroulement de l'instance.

384. ***L'inspiration de la pratique du droit collaboratif.*** Les praticiens ne sont pas en reste s'agissant de trouver des alternatives à la *jurisdictio* propres à favoriser la résolution du litige par l'accord, une fois celui-ci né. Forts du succès que semble rencontrer cette pratique développée outre-Atlantique il y a une quinzaine d'années, certains avocats ont pris le parti de se spécialiser dans le droit collaboratif<sup>5</sup>. Cette méthode de gestion purement amiable des conflits repose sur l'idée qu'une négociation bien menée, dans la confidentialité et le respect de l'antagoniste, peut aboutir à un accord innovant qui n'aurait pas été trouvé si la dimension contentieuse des conseils n'avait pas d'emblée été gommée. Dans ce processus qui fait appel à une charte collaborative signée par les parties et leurs avocats, lesquels font partie intégrante du processus, les parties s'engagent à mener des discussions amiables pour résoudre leur conflit en s'interdisant de recourir au juge. Elles s'engagent également à se transmettre toutes les informations susceptibles de les amener à transiger, lesquelles informations devront rester strictement confidentielles. Une autre spécificité du processus est qu'il fait appel à des avocats qui se sont engagés à se désister de toute affaire contentieuse si le litige devait par la suite être porté devant un juge. Les conseils s'engagent également à s'assurer de la bonne foi de leur client et de la loyauté du processus en y mettant fin s'ils constatent que leur client n'a pas

---

<sup>1</sup> Sur le sujet, v. S. Armani-Mekki : « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 4-5 juin 2008, p. 2.

<sup>2</sup> S. Gaboriau : « Déjudiciarisation et administration de la justice. Promouvoir la « juridiversité » », *PA* 14 juin 2012, n° 119, p. 3.

<sup>3</sup> L. Cadiet : « Faire lien, propos introductifs », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.) : *La contractualisation de la production normative*. Dalloz, 2008, p. 169, *sp.* p. 172.

<sup>4</sup> Cette mesure sera étudiée plus en détail avec celles permettant aux parties d'aménager le litige, notamment dans le temps ; v. *infra* n° 434.

<sup>5</sup> Sur lequel v. *not.* C. Peulvé : « Ces MARL venus d'ailleurs... : droit collaboratif et mécanismes voisins », *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> juin 2010, n° 152, p. 10 ; E. Deflers : « Le droit collaboratif en droit de la famille et au-delà », *JCP* 2010, n° 25, 710.

d'intention réelle de transiger ou lorsqu'ils acquièrent la certitude qu'aucun accord ne pourra être trouvé. Ce processus arrive peu à peu en France, se déployant particulièrement en droit de la famille.

Une fois le différend né, les parties peuvent souhaiter le résoudre amiablement par préférence à la voie juridictionnelle. Pour ce faire, elles peuvent s'engager dans des processus de médiation ou de traitement alternatifs des conflits, déjà envisagés, tels que prévus dans le contrat initial. Ces modes alternatifs, tels que la médiation ou le recours à un sachant, ne seront ainsi abordés qu'accessoirement, la faculté des parties de gérer leur différend une fois celui-ci né focalisant notre étude sur les outils permettant aux parties de mettre fin au litige à l'orée de la juridiction. Cheminant sur cette approche, deux contrats particuliers sont désormais à la disposition des parties pour rechercher et formaliser un accord mettant fin au différend qui les oppose. Dans la recherche d'une solution consensuelle, les parties s'invitent alors à mettre entre parenthèse leurs pulsions belliqueuses, sans pour autant s'écarter d'une procédure juridictionnelle qui se révèle parfois inévitable.

385. ***L'opportunité du préalable obligatoire de négociation.*** La recherche d'une solution conventionnelle préalable au procès devrait, selon certains, être érigée en véritable obligation en matières civile, commerciale et sociale. Cette tentation est compréhensible dès lors que la solution amiable présente certains avantages par rapport à la solution juridictionnelle, et notamment celui de préserver le lien préexistant en matière contractuelle. « Le choix d'un processus et d'une solution négociés s'intègre dans un courant d'affaires, dans la poursuite de relations durables, alors que le duel judiciaire, expression policée et régulée d'un combat qui fera nécessairement un perdant, si ce n'est les deux, est analysé comme un facteur de cassure, un risque de mise en danger d'un ensemble de relations économiques ou sociales »<sup>1</sup>. L'Union des Jeunes Avocats avait ainsi proposé de rendre la recherche d'une solution transactionnelle entre les avocats des parties obligatoire avant toute saisine du juge en ces matières ou avant tout audiencement de l'affaire, par la Recherche Transactionnelle Obligatoire entre Avocats (RTOA)<sup>2</sup>.

Cependant, imposer une phase obligatoire de négociation, même d'une durée limitée à trois mois, n'apparaît pas approprié. Il semble en effet le plus souvent vain de forcer des parties à négocier dès lors qu'elles n'en ont pas l'intention intime. La phase obligatoire de négociations transactionnelles ne représenterait ainsi dans nombre de cas qu'une perte de temps supplémentaire avant l'obtention d'une décision. La déjudiciarisation, si elle est souhaitable pour un grand nombre de conflits qui peuvent se régler sans le recours au juge, ne doit pas pour autant verser dans l'excès et devenir la priorité de la Justice. S'il faut permettre aux parties de négocier sereinement avant tout procès, il apparaît cependant inutile et contreproductif de les y obliger. On aurait pu croire que c'était précisément l'orientation choisie par le législateur qui avait semblé préférer déléguer aux litigants et à leurs avocats une partie des pouvoirs du juge par une nouvelle procédure dérogatoire du droit commun.

---

<sup>1</sup> M.-Cl. Rivier : « L'efficacité de la solution contractuelle », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.) : *La contractualisation de la production normative*. Dalloz, 2008, p. 219, *sp.* p. 222.

<sup>2</sup> Sur laquelle, v. L. Boyer : « Un nouveau mode alternatif de règlement des litiges entre médiation et droit collaboratif : la RTOA », *Gaz. Pal.* 26-27 nov. 2008, p. 15 ; c. Peulvé : « Ces MARL venus d'ailleurs... : droit collaboratif et mécanismes voisins », *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> juin 2010, n<sup>o</sup> 152, p. 10.



Le décret 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<sup>1</sup> vient cependant de mettre à la charge des parties l'obligation de préciser dans l'assignation<sup>2</sup>, dans la requête ou dans la déclaration qui saisit la juridiction de première instance<sup>3</sup> les diligences amiables entreprises. Fort heureusement, la sanction édictée par le nouvel article 127 du CPC n'apparaît pas très contraignante. La disposition prévoit en effet qu'en l'absence de justification de ces diligences amiables, le juge « peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation ».

La convention de procédure participative, nouvel instrument à la disposition des parties, permet la conduite sereine de négociations selon une méthode définie par les parties en vue de régler leur différend à l'amiable tout en préservant leurs prérogatives contentieuses et en accélérant, le cas échéant, la procédure juridictionnelle qui pourrait s'ensuivre. L'articulation entre le conventionnel et le juridictionnel réalisé par la procédure participative démontre la complémentarité de ces approches de traitement des litiges. La méthode mise en place par la convention de procédure participative tend ainsi à structurer et rendre plus loyales les négociations en vue de faciliter la découverte d'un accord mais tend également à mettre à profit les moyens déployés en vue d'une telle recherche pour trancher le litige en cas d'absence de solution amiable (§1<sup>er</sup>). La recherche d'une solution amiable est également favorisée une fois le litige né et l'engrenage judiciaire enclenché. Même en cours d'instance les parties peuvent ainsi contraindre le juge à leur ménager le temps utile pour conduire des discussions en vue de trouver une issue conventionnelle à leur litige. Par la conclusion d'une transaction, contrat dont l'objet si particulier est le litige, les parties mettent fin à une contestation née ou à naître et organisent la disparition conventionnelle du droit d'action (§2).

§1<sup>er</sup> La recherche de l'amiable par la convention de procédure participative

386. **Définition.** Innovation de la loi du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice et certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, la convention de procédure participative<sup>4</sup> est définie par l'article 2062 du Code civil comme celle « par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ». Une telle convention, organisant une négociation nécessairement assistée d'un avocat, peut être conclue pour tous les différends en matière civile et commerciale, la seule exception étant constituée par les litiges entre employés et employeurs résultant d'un contrat de travail<sup>5</sup>. En matière de divorce ou de séparation de corps, des règles dérogatoires à la procédure participative sont cependant imposées<sup>6</sup> et le rôle du juge reste, en ces matières, central<sup>7</sup>. « La convention de procédure participative dans le contentieux familial

<sup>1</sup> Sur ce décret, *D. act.* 17 mars 2015, M. Babonneau.

<sup>2</sup> Dans l'article 56 du CPC.

<sup>3</sup> Dans l'article 58 du CPC.

<sup>4</sup> Sur l'origine du nom de cette procédure, v. F. G'Sell-Macrez : « Vers la justice participative ? Pour une négociation à l'ombre du droit », *D.* 2010, p. 2450.

<sup>5</sup> Art. 2064 al. 2 du Code civil.

<sup>6</sup> Il s'agit notamment des règles relatives à l'homologation de l'accord des parties par le juge ou encore du maintien du préalable de conciliation le cas échéant.

<sup>7</sup> Sur les spécificités de la procédure en matière de contentieux familial, v. N. Fricero : « Le décret du 20 janvier 2012 : vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat », *AJ Famille* 2012, p. 66.

n'est donc pas une procédure alternative à la procédure judiciaire classique, elle est une procédure de négociation encadrée qui peut précéder ladite procédure mais ne s'y substitue en aucun cas »<sup>1</sup>.

387. *Une justice à dimension contractuelle.* Cette convention atteste de l'importance contemporaine de la négociation participative dans la résolution des différends et, corrélativement, de la puissance reconnue à la volonté des parties de résoudre efficacement les conflits qui pourraient les opposer, « forme la plus aboutie de justice contractuelle »<sup>2</sup>. Ce contrat emporte plusieurs conséquences sur le plan procédural manifestant la volonté du législateur de permettre aux parties la recherche d'une solution négociée à leur différend avec sérénité sans pour autant qu'il en résulte une perte de temps et de moyens. Outre le fait que le recours à ce « mode hybride de règlement alternatif des conflits »<sup>3</sup> puisse bénéficier de l'aide juridictionnelle, la conclusion d'une telle convention interdit temporairement aux parties de saisir le juge. Le recours à cette convention entamant la « procédure conventionnelle » semble d'ailleurs pouvoir être imposé dès le stade du contrat au même titre que peut l'être celui à la médiation. Plus encore, il semble que certains de ses effets procéduraux soient identiques et que les problématiques ainsi que la sanction de l'inexécution de la convention soient calquées sur celles déjà développées au sujet des clauses de médiation préalable<sup>4</sup>.

Cette « convention de méthode »<sup>5</sup> qui déploie ses effets en deux temps va cependant au delà de la simple procédure de négociation spontanée à laquelle se livrent les parties ou de la médiation à laquelle elles font parfois appel pour tenter de résoudre leurs différends à l'amiable. Si la procédure participative a en effet pour objectif premier la découverte d'une solution amiable au conflit opposant les parties, elle présente également l'intérêt d'éviter un des écueils classiques des négociations amiables qui échouent. Ces écueils sont notamment l'écoulement du temps et les dépenses en pure perte générées par les négociations en cas d'échec de celles-ci. L'amorce de la procédure aux fins de jugement en cas d'échec au moins partiel des négociations permet ainsi aux parties d'exploiter les ressources déjà employées afin de poursuivre le processus engagé. Cette articulation avec le procès, qui apparaît salutaire, a été critiquée par certains auteurs qui regrettent que le modèle collaboratif né aux États-Unis n'ait pas été fidèlement suivi en France<sup>6</sup>, déplorant ainsi la dérive de ce qui aurait pu être « une bulle de confiance en pré-procès potentiel, un mode de résolution des litiges à part entière en simple mode de

---

<sup>1</sup> M. Douchy-Oudot : « Convention de procédure participative », *Procédures* 2011, comm. 99.

<sup>2</sup> F. G'Sell-Macrez : « Vers la justice participative ? Pour une négociation à l'ombre du droit », *D.* 2010, p. 2450.

<sup>3</sup> J.-P. Chazal : « Présentation du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends », *JCP E* 2012, n° 10, act. 154 ; Un auteur révèle également ce « caractère hybride, revêtant à la fois des caractéristiques propres au contrat et une certaine dimension processuelle » (C. Peulvé : « La dimension processuelle de la procédure participative », *PA* 2012, n° 76, p. 6) ; v. ég. S. Amrani-Mekki : « La convention de procédure participative », *D.* 2011, p. 3007, *sp.* n° 5.

<sup>4</sup> Il serait probablement tiré le constat de l'insuffisance des sanctions contractuelles, qui ont d'ailleurs amené le législateur à prévoir expressément la sanction sur le plan processuel de l'inexécution de la convention : la fin de non-recevoir ; un auteur a ainsi noté à ce sujet que c'était là que résidait « l'originalité de cette convention, qui brouille la frontière entre procédure et droit substantiel, en définissant par le biais des règles de la procédure civile ce qui relève de l'exécution normale d'une convention » (M. Dupré : « Un processus en vue de la conclusion d'un *Marl* : la convention de procédure participative », *PA* 2012, n° 94, p. 3).

<sup>5</sup> A. Sauret : « La convention de procédure participative : une nouvelle règle de traitement à l'amiable de certains différends survenant en droit social », *Gaz. Pal.* 5 mars 2011, n° 64, p. 33.

<sup>6</sup> Le professeur Thomas Clay regrette ainsi que les avocats ne se désistent pas à l'instar de ce qui est prévu dans le droit collaboratif américain car un tel désistement « libère l'expression pendant la phase de négociations et favorise donc la conclusion d'un accord » (Th. Clay : « Droit judiciaire privé », *JCP* 2011, *chron.* p. 666, n° 8).

prévention»<sup>1</sup>, la condamnant comme « vouée à l'échec »<sup>2</sup>. Par la conclusion de cette convention ayant vocation à régir la « procédure conventionnelle »<sup>3</sup>, la volonté concordante des parties se ménage le temps de la négociation (A) qu'elle circonscrit et structure de manière à en assurer la loyauté (B). En cas d'échec des négociations, les parties peuvent en outre, en quelque sorte, s'approprier la phase de la mise en état de l'affaire dont le traitement juridictionnel pourra ainsi être accéléré (C).

#### A. La gestion par les parties du temps des négociations

388. **Un temps précontentieux.** Le temps revêt une importance particulière dans la convention de procédure participative conclue par les parties. En premier lieu, le temps des négociations que souhaitent organiser les parties par cette convention est nécessairement préalable à l'amorce du contentieux juridictionnel puisque l'article 2062 du Code civil précise que le différend objet du contrat « n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre ». Même si c'est pour l'exclure, la proximité avec le procès se fait clairement sentir. Le conflit s'est alors déjà mué en litige, les prétentions juridiques des parties sont déjà palpables, ce que confirme le recours obligatoire à l'avocat<sup>4</sup> et la procédure d'échange de pièces qui devra être déterminée par les parties pour servir de base à leurs négociations. La cristallisation juridique du conflit a ainsi déjà eu lieu et c'est à la porte du palais que les parties se décident à tenter de trouver une issue amiable au litige qui les oppose, par un « pacte de non agression à durée déterminée »<sup>5</sup>.

Le recours à cette convention est ainsi limité avant toute procédure contentieuse, contrairement aux autres modes alternatifs de règlement des conflits tels que la médiation ou le recours à un expert qui restent à la disposition des parties à tout moment, y compris une fois la procédure juridictionnelle entamée. Il peut paraître étrange que ce contrat ne trouve à s'appliquer que tant qu'aucune action n'a été intentée. Les raisons s'opposant à la conclusion d'une convention de procédure participative une fois le litige soumis à un juge se dérobent. La faveur prononcée pour la résolution des différends par la négociation impliquerait en effet qu'une telle démarche soit encouragée y compris en cours d'instance. Une telle circonscription du temps pendant lequel peut être conclue une telle convention est probablement fondée sur la volonté de ne pas faire double emploi avec la médiation ou la conciliation judiciaire, dont le but de recherche d'un accord est identique. C'est notamment la raison pour laquelle, au terme de la convention de procédure participative, les parties sont dispensées de recourir à une procédure de conciliation ou de médiation préalable à la saisine du juge éventuellement prévue<sup>6</sup>. La négociation directe assistée par avocat semble ainsi considérée comme rendant inutile la médiation, alors pourtant que le rôle du tiers médiateur ne semble pas interchangeable avec celui des avocats conseillant les parties. Certes, l'objectif, parvenir à un accord, est partagé par

---

<sup>1</sup> E. Boccard : « Un nouveau-né chez les MARL », *Gaz. Pal.* 18 janv. 2011, n° 18, p. 3.

<sup>2</sup> Ch. Féral-Schuhl : « 3 questions à Nathalie Tisseyre-Boinet sur le droit collaboratif comme mode alternatif de règlement des conflits », disponible [http://www.droit-collaboratif.org/lib\\_medias/files/6-66.pdf](http://www.droit-collaboratif.org/lib_medias/files/6-66.pdf).

<sup>3</sup> C. Peulvé : « La dimension processuelle de la procédure participative », *PA* 2012, n° 76, p. 6.

<sup>4</sup> Qui se sont vus accorder un « un monopole sur la majeure partie du marché du règlement amiable, comme les notaires pour la matière foncière, et ce, sans motif légitime » : J.-Ph. Tricoit : « Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits », *Rev. arb.* 2011, p. 204, *sp.* n° 14.

<sup>5</sup> H. Poivey-Leclercq : « La convention de procédure participative : "un pacte de non agression à durée déterminée" », *JCP* 2011, n° 4, p. 70.

<sup>6</sup> Article 1558 du CPC.

ces modes de traitement, mais les compétences et les missions des tiers en cause, médiateurs et avocats, ne sont pas identiques.

Une fois l'engrenage judiciaire enclenché, d'autres moyens restent à la disposition des parties pour mettre entre parenthèse leur affrontement et se ménager le temps de négocier un arrangement amiable<sup>1</sup>. Il semble notamment que si les parties sont dispensées du préalable de médiation, rien ne les empêcherait d'y recourir si elles en ressentent le besoin. L'intérêt essentiel de la procédure participative résidant notamment dans le gain de temps et de moyens qu'elle réalise en cas de persistance du différend, il est également envisageable que le recours à cette procédure ait été fermé une fois le litige soumis au juge car la phase de mise en état ayant déjà débuté une telle procédure serait moins attrayante. Il n'aurait cependant pas été inconcevable d'aménager une passerelle entre la procédure déjà engagée et celle que souhaiteraient aménager pour l'avenir les parties. Il apparaît ainsi regrettable qu'un tel outil soit cantonné dans la phase précontentieuse sans qu'un obstacle sérieux ne s'oppose à l'ouverture d'une telle faculté en cours de procédure.

389. ***Le temps des négociations, exclusif de celui du procès.*** Le temps que les parties entendent se laisser pour négocier est également un élément important de la convention. Sa validité est en effet conditionnée à la fixation d'une durée limitée<sup>2</sup> en raison des effets particuliers de la convention. À l'instar du processus de médiation, l'engagement des parties à la procédure participative emporte des effets processuels importants qui démontrent la faveur du législateur pour les solutions négociées par préférence aux solutions contentieuses. Le législateur a instauré la convention de procédure participative comme une cause de suspension de la prescription. À compter de la conclusion de la convention et pendant toute sa durée, le cours de la prescription est suspendu<sup>3</sup>. Il ne reprendra qu'à l'expiration ou à la résiliation de la convention, pour une durée ne pouvant être inférieure à six mois, ce qui sécurise le recours aux négociations en préservant la possibilité d'action des parties en cas d'échec de celles-ci. La convention de procédure participative affecte également dans le temps le droit d'action des parties en créant une fin de non-recevoir conventionnelle. Alors qu'une convention de procédure participative est en cours, une partie intentant une action relative au même litige que celui que la convention a pour but de résorber pourrait se voir opposer une fin de non-recevoir, à moins que la saisine du juge ne soit justifiée par l'inexécution de la convention par l'autre partie. Une telle temporisation du recours au juge, identique à celle établie par les clauses de médiation préalable déjà envisagées, permet aux parties d'envisager sereinement les négociations.

390. ***La détermination de la durée adéquate.*** Ces effets procéduraux importants justifient que soit posée la question de la durée de la convention. Si celle-ci est obligatoirement limitée selon les textes, aucun maximum n'est établi dans la loi. Une durée trop longue pourrait être néfaste, empêchant le recours à la détermination des droits et obligations des parties par un juge puisque le recours à la juridiction pour trancher le litige est temporairement dénié aux parties. Il n'est ainsi pas à exclure que la convention de procédure participative soit instrumentalisée à des fins dilatoires par une partie pour se ménager un répit afin de préparer le procès, sans intention réelle de résoudre amiablement le conflit. L'absence d'intention de parvenir à un accord est,

---

<sup>1</sup> V. *infra* n° 440.

<sup>2</sup> L'alinéa 2 de l'article 2062 du Code civil impose la fixation du terme de la convention comme condition de validité de celle-ci.

<sup>3</sup> Article 2238 du Code civil.

nous l'avons vu, difficile à établir, tout comme l'est l'absence de bonne foi dans les négociations. La preuve de l'inexécution de la convention par la partie l'instrumentalisant sera ainsi ardue à rapporter et la partie victime de la manœuvre sera contrainte de se conformer à la convention et d'attendre son expiration pour agir. Ce risque semble acceptable au regard de la finalité de la procédure dès lors que la convention a une durée relativement courte. En revanche, dans le cas contraire, si la convention reste en vigueur pour une durée longue, l'impossibilité d'agir pourra constituer un réel handicap, et ce même si des mesures provisoires ou conservatoires, dont la conformité avec l'esprit de la négociation amiable est par ailleurs discutée, restent possibles en cas d'urgence en vertu de l'article 2065 du Code civil.

Une large place est ainsi laissée à la volonté des parties, aménageant un temps propice à la recherche d'une solution amiable. Cette gestion du temps préalable à l'introduction de l'instance est cependant également réalisée par les conventions instaurant un mode alternatif de règlement des conflits préalable à la phase contentieuse. La véritable innovation de la procédure participative réside en la dévolution aux parties assistées de leur avocat de la mise en état de l'affaire, la préparant ainsi, selon des modalités qu'elles définissent conjointement, au jugement qui pourrait s'ensuivre en cas d'échec, total ou partiel, de leurs négociations.

#### B. La circonscription du litige et la structuration des négociations

391. **Le contenu obligatoire de la convention.** À peine de nullité, la convention de procédure participative, contrat solennel, doit, en plus de définir son terme, contenir l'objet du différend, définir les pièces nécessaires à sa résolution et les modalités de leur communication entre les parties. La circonscription du litige objet de la convention revêt une importance certaine, puisqu'« en déterminant l'objet du différend, les parties encadreront les discussions et proposeront également un périmètre et une qualification juridique du litige qui pourra ensuite, le cas échéant, s'imposer au juge »<sup>1</sup>. La détermination précise du périmètre de la convention apparaît ainsi essentielle dans la mesure où elle interdira temporairement aux parties d'agir en justice tant que la convention sera en vigueur, sauf pour obtenir du juge le prononcé de mesures conservatoires ou préalables. Une rédaction imprécise de l'objet du litige pourrait ainsi avoir pour effet indésirable de permettre une action en justice sur une partie de celui-ci. Ce risque est cependant écarté du fait de l'intervention de l'avocat dans la rédaction de la convention, à laquelle il est d'ailleurs en quelque sorte partie. La circonscription précise du litige par les parties dans leur convention rappelle par ailleurs la liberté dont elles peuvent faire usage en imposant au juge, par un accord exprès, leurs qualifications et points de droit<sup>2</sup>. La convention devant être jointe à la requête aux fins de jugement, elle sera dans tous les cas utile au juge en sus des prétentions et moyens des parties, lui permettant de cerner l'objet du différend.

La convention de procédure participative laisse aux parties le soin de déterminer « les pièces et les informations nécessaires à la résolution du différend », et ainsi de limiter les éventuelles investigations à l'instar de ce qui est souvent prévu dans le *mini trial*<sup>3</sup>. Une telle structuration des négociations, couplée au rôle essentiel du conseil dans la procédure, permet d'imprimer aux discussions un caractère plus formel et plus rigoureux<sup>4</sup>, propice à des comportements animés de loyauté.

---

<sup>1</sup> C. Peulvé : « La dimension processuelle de la procédure participative », *PA* 2012, n° 76, p. 6.

<sup>2</sup> v. *infra* n° 528.

<sup>3</sup> v. *supra* n° 174.

<sup>4</sup> L'article 1545 du Code de procédure civile prévoit, par exemple, qu'un bordereau de communication de pièce soit établi.

392. **L'ombre de la suite contentieuse.** Il a été craint qu' « en obligeant les parties à trier les informations à retenir et celles à communiquer, on les contraint à prendre position avant tout échange. Toute possibilité de se diriger vers une solution nouvelle, imaginée en coopération avec l'autre partie, semble exclue »<sup>1</sup>. L'ombre de la procédure aux fins de jugement agit en effet sur les parties pour les contraindre, lors de la phase conventionnelle de la procédure, à révéler tous leurs arguments et, d'une certaine manière, à abattre toutes leurs cartes dès le stade des négociations amiables, dans « une sorte de pré-instance »<sup>2</sup>. La mise à plat des arguments et des pièces nécessaires à la résolution du différend « s'apparente à une forme d'application, pendant la phase conventionnelle de la procédure participative, du principe du contradictoire »<sup>3</sup>, lequel participe de la loyauté des discussions. Une telle préoccupation apparaît au moins en partie injustifiée, dans la mesure où la confidentialité de certaines pièces peut être prévue, ce qui ne ferme pas la porte à des solutions fondées sur des documents autres que ceux déterminés par les parties comme pouvant être produits devant le juge<sup>4</sup>. La mise à découvert de certains éléments essentiels à la négociation n'est ainsi pas exclusive de toute confidentialité. La liberté laissée aux parties d'organiser la mise en état de l'affaire porte à penser que la confidentialité de certains éléments ou discussions pourrait être aménagée par elles, permettant une certaine liberté de parole dont certains auteurs ont craint qu'elle ne puisse faire défaut.

La convention peut par ailleurs faire l'objet d'une modification en cours de procédure selon les mêmes formes que celles ayant présidé à sa conclusion. La formalisation du contentieux requise pour la mise en œuvre de cette procédure permet la structuration des négociations et, par là même, une objectivation du litige souvent nécessaire à sa résolution amiable. Cette formalisation n'enserme pas nécessairement le litige tel qu'il pourrait être soumis au juge dans un carcan démesurément rigide. La procédure sur requête aux fins de jugement fondée uniquement sur les éléments et arguments déployés au cours de la procédure conventionnelle n'est en effet pas le seul moyen à la disposition des parties pour faire juger leur différend. La procédure dérogatoire présente l'avantage de la rapidité, mais le recours à la procédure de droit commun n'est pas exclu pour autant. La partie qui souhaiterait modifier son argumentaire et faire valoir de nouvelles pièces pourra y recourir pour en quelque sorte reprendre l'affaire à zéro.

393. **La préparation des éventuelles suites juridictionnelles.** La spécificité de la procédure participative tient cependant à sa suite juridictionnelle dérogatoire, initiée sur requête, qui incite précisément les parties à négocier de bonne foi pour trouver un accord. L'article 1559 du Code de procédure civile prévoit en effet que, devant le tribunal de grande instance, l'affaire, considérée comme mise en état au stade de la procédure conventionnelle, est directement appelée à une audience de jugement. Le fait que cette « mise en état privée »<sup>5</sup> du dossier soit

---

<sup>1</sup> F. Rongeat-Oudin : « Les avocats à la conquête du règlement amiable des différends », *JCP* 2011, n° 41, 1097.

<sup>2</sup> S. Amrani-Mekki : « La convention de procédure participative », *D.* 2011, p. 3007, sp. n° 9.

<sup>3</sup> C. Peulvé : « La dimension processuelle de la procédure participative », *PA* 2012, n° 76, p. 6.

<sup>4</sup> S. Sauphanor : « La convention de procédure participative : aspects pratiques », *Gaz. Pal.* 18 janv. 2011, p. 10 ; S. Amrani-Mekki : « La convention de procédure participative », *D.* 2011, p. 3007, sp. n° 11 ; J.-P. Chazal : « Présentation du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends », *JCP E* 2012, n° 10, act. 154.

<sup>5</sup> Ch. Féral-Schuhl : « 3 questions à Nathalie Tisseyre-Boinet sur le droit collaboratif comme mode alternatif de règlement des conflits », disponible [http://www.droit-collaboratif.org/lib\\_medias/files/6-66.pdf](http://www.droit-collaboratif.org/lib_medias/files/6-66.pdf).

celle qui sera utilisée dans la procédure aux fins de jugement en cas d'absence d'accord invite les parties à développer l'ensemble de leurs arguments dès le stade des négociations, puisqu'elles ne pourront modifier leurs prétentions par la suite que dans des cas déterminés, sauf à perdre le bénéfice du travail accompli au cours de cette procédure. Dans le même esprit, les parties ne pourront modifier le fondement juridique de leur demande ou soulever des moyens nouveaux que pour répondre à une invitation du juge<sup>1</sup>. Fortes de leur connaissance de l'ensemble des arguments de l'adversaire, les parties peuvent ainsi prendre une décision éclairée quant aux concessions qu'elles pourraient éventuellement consentir pour éviter le procès, assistées par l'avocat dont le rôle est celui d'un « garant de l'égalité des armes, et de la bonne foi dans le déroulement du processus »<sup>2</sup>.

Cette mise en état du dossier au stade des discussions amiables engendre également une information sur ce que pourrait être l'issue du conflit, comme l'organisent d'ailleurs les procédures de *mini trial*, à la différence près qu'aucun tiers neutre n'est sollicité. Le rôle de l'avocat, personnalité véritablement centrale dans cette nouvelle procédure, sera alors d'informer son client sur ses chances de succès en cas de procédure juridictionnelle, pour l'inciter à conclure un protocole d'accord ou au contraire à se montrer intransigeant. Le conseil assistant son client au cours de cette procédure devra ainsi se départir de ses réflexes d'« avocat gladiateur »<sup>3</sup>. C'est peut-être là le changement de perspective qui est en définitive regrettable par rapport à la pratique collaborative. Le procès qui reste le point de fuite de la procédure participative peut en effet influencer les solutions amiables qui pourraient être trouvées au conflit. Envisager les suites juridictionnelles du différend en cas d'échec « aboutit mécaniquement à faire de l'accord une transaction des parties sur le résultat probable d'une action en justice et non une négociation pragmatique qui s'échapperait du carcan juridique pour apaiser le conflit »<sup>4</sup>, se rapprochant ainsi de la procédure du *mini trial*<sup>5</sup>. Seule l'inventivité des avocats et la réflexion sur le rôle qui doit être le leur au stade de la procédure conventionnelle pourra résoudre le conflit sous-tendant le litige juridique qui en découle.

394. **La qualité des négociations.** La structuration des négociations, voire leur contrainte en vue de la procédure juridictionnelle éventuelle par la convention, ne constitue cependant pas nécessairement une donnée à redouter. Une telle structuration, si elle peut réfréner l'inventivité des parties, répond pourtant à une préoccupation majeure d'une partie de la doctrine qui tend à éprouver la supériorité du tout consensuel sur le juridictionnel en dénonçant en définitive l'incroyable résilience de la supériorité d'une partie sur l'autre, pouvant entraîner la conclusion de « mauvais » arrangements amiables. Une telle crainte peut certes être apaisée par le fait que l'avocat assiste aux négociations, ou que celles-ci sont menées par un tiers neutre capable d'organiser les discussions de manière à ne pas laisser prendre à une partie un ascendant démesuré sur l'autre dans les autres modes amiables faisant intervenir un tiers. La structuration et la loyauté imposée au processus de négociation dans le cadre d'une procédure participative semblent de nature à évacuer ce risque de domination pouvant conduire à un accord engendré par un rapport de force inégal. Cette remise à niveau des parties n'est elle pas d'ailleurs ce qu'ont pour ambition de réaliser les règles du procès équitable ? « La procédure participative

<sup>1</sup> Article 1561 du Code de procédure civile.

<sup>2</sup> N. Fricero : « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement... », in *Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*. Dalloz, 2010, p. 145.

<sup>3</sup> Ph. Tuffreau : « Le temps révolu de l'avocat gladiateur », *Gaz. Pal.* 17 févr. 2009, n° 48, p. 2.

<sup>4</sup> S. Amrani-Mekki : « La convention de procédure participative », *D.* 2011, p. 3007, *sp.* n° 9.

<sup>5</sup> S. Amrani-Mekki : « La convention de procédure participative », *D.* 2011, p. 3007, *sp.* n° 13.

est régie par le Code de procédure civile » précise l'article 2068 du Code civil. N'est ce pas dire à demi mot que les négociations devant avoir lieu durant la procédure conventionnelle doivent nécessairement être menées, tant que faire se peut, en s'inspirant des standards édictés par les des principes directeurs du procès ?

La formalisation requise dans la convention de procédure participative présente également l'avantage de laisser les parties maîtresses de leur calendrier. Elles pourront ainsi, comme dans les autres procédures alternatives, prévoir d'organiser leurs discussions par étapes. Pour s'assurer de ne pas s'engager dans une procédure amiable en pure perte en raison des manœuvres dont elle pourrait être l'instrument, les parties pourraient ainsi par exemple prévoir que si les jalons fixés ne sont pas respectés, la convention pourrait être résiliée, permettant ainsi de faire tomber l'impossibilité temporaire de recourir au juge<sup>1</sup>. Les parties pourraient également prévoir de faire intervenir des tiers propres à faciliter la découverte d'un accord<sup>2</sup>. Le recours à un technicien est d'ailleurs envisagé dans les dispositions du Code de procédure civile traitant de la procédure participative. En raison de la proximité avec la procédure juridictionnelle qui pourrait s'ensuivre, les articles 1547 à 1554 du Code de procédure civile encadrent précisément les conditions et le déroulement de la mission du sachant. L'empreinte de l'expertise judiciaire est bien visible, alors même qu'il ne s'agit par hypothèse que d'une expertise conventionnellement décidée dans les dispositions encadrant le recours à un technicien. Les conditions de l'intervention sont en effet détaillées, et les prérequis nécessaires fort semblables à ceux exigés des tiers intervenant au cours d'une procédure : outre l'obligation de révélation similaire à celle exigée de l'arbitre, la formule utilisée pour déterminer les conditions requises pour l'accomplissement de sa mission diffèrent, à un mot près<sup>3</sup>, de celles exigées du tiers œuvrant dans la médiation et la conciliation conventionnelle.

### C. La facilitation des suites de la procédure

395. **La procédure passerelle entre l'amiable et le judiciaire.** La recherche d'un accord est indéniablement l'objectif premier de la convention de procédure participative. Si un tel accord est trouvé, qu'il soit total ou seulement partiel, le recours au juge peut être sollicité pour lui conférer force exécutoire par la procédure d'homologation. Si le mécanisme de l'homologation prévu comme suite de la procédure n'a rien de novateur, la passerelle entre conventionnel et juridictionnel est cependant une avancée majeure. Il en résulte la facilitation des suites contentieuses de la procédure en cas d'échec, y compris partiel, des négociations. En ce cas, en effet, les parties peuvent, qu'un accord partiel soit intervenu ou que le différend persiste en sa totalité, le soumettre au juge compétent selon la procédure applicable devant ce juge. Mais elles peuvent également décider de mettre à profit la procédure conventionnelle de la procédure participative et soumettre leur litige au juge dans la procédure aux fins de jugement, sous réserve que les avocats étant intervenus dans la procédure conventionnelle soient également les conseils portant la procédure aux fins de jugement<sup>4</sup>. Pour ce faire, en cas de différend résiduel, et ce qu'un accord partiel ait été trouvé ou que le différend soit « entier », les parties pourront

---

<sup>1</sup> S. Sauphanor : « La convention de procédure participative : aspects pratiques », *Gaz. Pal.* 18 janv. 2011, p. 10.

<sup>2</sup> En ce sens pour la médiation, limitée cependant à une partie du litige soumis à la procédure, v. S. Sauphanor : « La convention de procédure participative : aspects pratiques », *Gaz. Pal.* 18 janv. 2011, p. 10.

<sup>3</sup> Conscience pour le technicien et compétence pour le médiateur ou conciliateur.

<sup>4</sup> L'article 1560 du CPC précise en effet que la requête conjointe des parties doit être « signée par les avocats les ayant assistés au cours de la procédure participative », ce qui exclut que la procédure aux fins de jugement soit menée par tout autre avocat.



saisir le juge par requête conjointe. En sus des mentions prévues par l'article 57 du CPC, la requête conjointe devra détailler les éléments définis par l'article 1560 du CPC, au nombre desquels les points d'accord entre les parties, leurs prétentions relatives au litige persistant, les moyens à l'appui desdites prétentions ainsi que les pièces invoquées à leur soutien. Si aucun accord, même partiel, n'a pu être trouvé lors de la phase conventionnelle de la procédure participative, le juge pourra alors être saisi de l'entier différend par requête unilatérale<sup>1</sup> déposée au greffe par l'avocat de la partie la plus diligente. Une telle requête unilatérale n'est cependant recevable que pendant trois mois à compter du terme de la convention de procédure participative.

396. *Une passerelle utile.* La procédure participative innove en établissant une passerelle intéressante entre le conventionnel et le juridictionnel. Cette passerelle était nécessaire pour rendre encore plus attrayante la tentative de règlement amiable d'un différend. Elle constitue en ce sens une réelle avancée dans la gestion par les parties de leur litige et notamment du temps précontentieux et contentieux. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le rapport de la commission présidée par le professeur Serge Guinchard s'est écarté du modèle collaboratif américain<sup>2</sup>, faisant de la convention de procédure participative une « cousine lointaine »<sup>3</sup>. Si la négociation amiable est souhaitable, il ne faut pas qu'en cas d'échec elle se révèle avoir été conduite en pure perte. Or le temps de la négociation et les échanges entre les parties sont en effet utilement mis à profit dans le cadre d'une convention de procédure participative, puisque en cas d'échec de la procédure conventionnelle, l'affaire pourra directement être portée devant la juridiction de jugement par la procédure sur requête unilatérale. Il en est en effet ainsi lorsque la juridiction compétente est le tribunal de grande instance : le chemin vers la conciliation des parties emprunte un certain formalisme au procès qui pourrait s'ensuivre, assurant également par ce biais une plus grande loyauté et complétude d'information que les processus purement amiables de négociation. « Le temps consacré à la négociation en amont de la procédure judiciaire permet ainsi d'accélérer le déroulement d'une procédure judiciaire ultérieure, en cas d'échec total ou partiel de la négociation »<sup>4</sup>. Cette avancée significative a cependant été décriée comme s'écartant trop du modèle collaboratif dont elle s'est inspirée et qui montre par ailleurs dans les pays le pratiquant des taux de succès assez impressionnants. Selon les partisans du droit collaboratif, deux éléments essentiels à l'efficacité du processus auraient été dévoyés dans la procédure participative : la confidentialité et le désistement des conseils impliqués dans les négociations en cas d'introduction d'une action juridictionnelle.

397. *Appréciation des critiques relatives à la procédure participative.* La problématique de la confidentialité a déjà été abordée. Concernant le non-désistement des avocats, il entraînerait une absence de motivation des avocats pour la recherche d'une solution amiable en raison de leur maintien dans la phase juridictionnelle. Plus important encore, l'efficacité même du modèle serait remise en cause selon certains auteurs. « Ce qui fait le succès du droit collaboratif est précisément de mettre les parties en situation d'avoir tout à perdre en cas d'échec du processus, et notamment l'assistance continue de leur avocat. Elles sont alors fortement incitées à participer à la recherche d'une solution négociée. À l'inverse, en droit participatif, l'évitement du procès n'est plus une priorité, les parties se sentant rassurées par la présence continue de

<sup>1</sup> Prévue par l'article 1562 du CPC.

<sup>2</sup> *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée.* Rapport de la Commission sur la répartition des contentieux présidée par S. Guinchard, remis au Garde des Sceaux, Doc. Fr., 2008, *sp.* p. 168 et *s.*

<sup>3</sup> S. Amrani-Mekki : « La convention de procédure participative », *D.* 2011, p. 3007.

<sup>4</sup> *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée.* Rapport de la Commission sur la répartition des contentieux présidée par S. Guinchard, remis au Garde des Sceaux, Doc. Fr., 2008, p. 170.

leur conseil. Elles seront moins déterminées et moins créatives dans la recherche d'une solution amiable »<sup>1</sup>. N'est-ce pas dire là que les parties pourraient, dans le processus collaboratif, être incitées à accepter une solution qui leur serait défavorable sous peur de devoir rejouer le litige à partir d'une feuille blanche ? L'avantage de la procédure participative semble précisément résider dans l'absence de contrainte et d'incitation à transiger dès lors que l'accord ne semble pas satisfaisant. Ce faisant, elle se rapproche bien plus de l'idée de Justice, qui s'accommode mal de solutions amiables contraintes par des considérations extérieures au conflit lui-même, bien que tout un ensemble de paramètres extérieurs rentrent en ligne de compte dans l'appréciation de l'acceptabilité d'un accord.

398. ***Vers une extension du bénéfice de la composante contentieuse de la procédure participative.*** Les parties pourraient-elles utiliser la convention de procédure participative plus largement afin de rendre leur recours aux MARC plus efficaces dans la gestion d'un différend ? Il semble en effet que ce qui anime le volet conventionnel de la procédure soit la recherche d'un accord amiable pour mettre fin au différend. Ce but est commun à bon nombre de modes alternatifs de règlement des conflits envisagés dans le contrat, considérés comme concurrencés directement par la procédure participative<sup>2</sup>. Or, plutôt que concurrents, ces modes alternatifs de règlement des litiges devraient probablement être envisagés comme potentiellement complémentaires. Le volet juridictionnel de la procédure participative tend uniquement à assurer une articulation intéressante avec le procès en mettant à profit les moyens déployés lors de la phase conventionnelle pour accélérer le traitement juridictionnel du conflit. L'une des critiques adressées aux MARC est précisément leur déperdition de moyens et de temps en cas d'échec. En s'appuyant sur le mécanisme fluidifiant le passage des négociations au procès mis en place par la procédure participative, les parties pourraient non seulement s'assurer d'une plus grande qualité de leurs tractations amiables, mais également accélérer dans son ensemble le traitement des litiges n'ayant pu être résolus par cette voie. Rien ne semble interdire aux parties d'inviter un tiers à la procédure pour lui faire jouer un des rôles classiquement dévolus aux tiers dans les procédures amiables. Le technicien, pourvoyeur de lumière, est spécifiquement admis comme un acteur de la procédure. Il semblerait à ce titre étrange de restreindre la faculté des parties de faire intervenir un tiers facilitant la communication ou apportant une information sur le conflit ou sur son éventuelle issue juridictionnelle. Il semble ainsi que la convention de procédure participative puisse constituer le réceptacle d'autres modes alternatifs de règlement des conflits pour les rendre plus effectifs en cas d'échec.

En cas de réussite du processus, lorsqu'un accord est trouvé, il est le plus souvent formalisé par la conclusion d'une transaction. La transaction représente en effet l'outil le plus performant, notamment sur le plan processuel, à la disposition des parties pour assurer l'effectivité de l'accord trouvé en cas de succès de la phase conventionnelle de la procédure participative. Il n'est cependant pas certain que tous les accords découlant de la procédure conventionnelle puissent bénéficier du régime protecteur de la transaction en raison de ses spécificités et notamment de son caractère synallagmatique.

---

<sup>1</sup> F. Rongeat-Oudin : « Les avocats à la conquête du règlement amiable des différends », *JCP* 2011, n° 41, 1097.

<sup>2</sup> F. Rongeat-Oudin : « Les avocats à la conquête du règlement amiable des différends », *JCP* 2011, n° 41, 1097.

## §2 La renonciation à la solution juridictionnelle : la transaction

399. **Un modèle éprouvé.** Archétype des contrats relatifs à la résolution amiable des litiges, dont elle est d'ailleurs « le meilleur représentant »<sup>1</sup>, permettant aux parties de « tirer un trait sur un passé houleux »<sup>2</sup> en toute confidentialité<sup>3</sup>, la transaction est « une institution hybride, contractuelle par sa source, juridictionnelle par ses effets »<sup>4</sup>. Le recours à ce contrat spécial aux effets procéduraires précurseurs s'est notamment généralisé du fait de la tendance contemporaine à l'amiable et au développement exponentiel de l'utilisation des modes alternatifs de règlement des conflits. C'est ainsi qu'à l'issue d'une médiation réussie, une transaction sera souvent conclue pour, en quelque sorte, formaliser l'accord intervenu et lui imprimer force obligatoire et relative intangibilité, parfois appuyée par la force exécutoire que peut lui conférer l'homologation par le juge<sup>5</sup>.

Le domaine de la transaction, ou de la « transigeabilité »<sup>6</sup>, n'a cessé de s'étendre. Cette convention s'est notamment imposée comme outil privilégié pour régir les suites de la rupture du contrat de travail<sup>7</sup>. Il a par ailleurs été imposé par la loi à certains acteurs d'émettre des offres spéciales d'indemnité, par une transaction, en vue d'indemniser certains dommages résultant par exemple d'accidents de la circulation<sup>8</sup>, d'actes de terrorisme<sup>9</sup> ou d'accidents médicaux<sup>10</sup>. Le recours à ce contrat est également possible en matière pénale et même clairement encouragé en matière administrative<sup>11</sup>.

400. **Une définition incomplète et peut-être sous-exploitée.** La transaction est définie par le premier alinéa de l'article 2044 du Code civil comme le contrat « par lequel les parties

<sup>1</sup> Th. Clay : « Transaction et autres contrats relatifs aux litiges », in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.) : *La transaction dans toutes ses dimensions*. Dalloz 2006, p. 13, *sp.* p. 14.

<sup>2</sup> Ch. Jarrosson : « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, *chron.*, p. 267.

<sup>3</sup> Ladite confidentialité du règlement transactionnel peut d'ailleurs se révéler problématique relativement aux tiers intéressés ; sur le sujet, *v. not.* Ch. Jarrosson : « Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales », *Rev. crit. DIP* 1997, p. 657.

<sup>4</sup> Th. Clay : V° Transaction, in *Dictionnaire de la justice*. L. Cadet (dir.), PUF, 2004.

<sup>5</sup> *v. infra* n° 546.

<sup>6</sup> S. Guinchard et *alii* : *Droit processuel. Droit commun du procès*. Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2013, n° 585, p. 1350. La référence à l'arbitrabilité est flagrante ; il convient cependant de noter que les domaines en question ne sont pas décalquables : *v.* L. Poulet : *Transaction et protection des parties*. Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2005, *sp.* n° 505, p. 215, ; Son domaine apparaît en effet plus réduit que celui de l'arbitrabilité, car « la transaction est exclusive de la présence d'un tiers soucieux de faire entendre un intérêt supérieur aux préoccupations des parties, que ce soit au nom de la loi ou de l'équité » : X. Lagarde : « Transaction et ordre public », *D.* 2000, *doct.* p. 217, n° 6.

<sup>7</sup> La jurisprudence a en conséquence décidé que la transaction ne pourrait valablement intervenir qu'une fois le contrat de travail rompu (Cass. soc. 29 mai 1996, n° 92-45115 ; *Bull. civ.* V, n° 215, p. 150). Une transaction conclue avant le licenciement ne sera cependant nulle que si le seul salarié en invoque la nullité (Cass. soc., 28 mai 2002, n° 99-43852 et 99-43853 ; *Bull. civ.* V, n° 182, p. 180 ; *JCP* 2002, II, 10147, note D. Corrignan-Carsin ; *PA* 12 sept. 2002, p. 12, obs. L. Francois ; *Defrénois* 2002, n° 19, p. 1253, note R. Libchaber ; Cass. soc., 14 janv. 2003, n° 00-41880 ; *Bull. civ.* V, n° 6, p. 6 ; *JCP* 2003, IV, somm. 1403), sauf lorsque celui-ci est un salarié protégé, auquel cas la nullité de la transaction est absolue ; *v.* E. Mazuyer : « Nullité relative et nullité absolue des transactions entre employeur et salarié », note sous Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-40301 ; *Bull. civ.* V, n° 249, p. 243 ; *JCP* 2003, n° 5, II, 10018.

<sup>8</sup> Article L. 211-9 du Code des assurances.

<sup>9</sup> Article L. 422-2 du Code des assurances.

<sup>10</sup> Article L. 1142-14 et *s.* du Code de la santé publique ; pour un panorama détaillé de ces offres obligatoires, *v.* P. Chauvel : V° Transaction, in *Rep. Civil Dalloz*. 2011, p. 24 et *s.*

<sup>11</sup> La circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits réitère en effet l'encouragement porté par la précédente circulaire du 6 février 1995 qui faisait suite au rapport du Conseil d'Etat, « Régler autrement les conflits ».

terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». De sa définition ressort nettement sa fonction pacificatrice. Œuvre de justice privée, la transaction est ainsi le contrat par lequel les parties règlent, à l'amiable, leurs litiges. Si l'objectif de maintien de la paix entre les parties ressort clairement de l'article 2044 du Code civil, la définition n'en est pas moins incomplète, erronée<sup>1</sup> et, paradoxalement, dans le même temps, potentiellement sous-exploitée.

Son incomplétude est soulignée de longue date. Elle serait en effet l'« une des très rares définitions du Code civil qui ne correspond pas à la réalité juridique de l'objet défini »<sup>2</sup>. La caractéristique synallagmatique du contrat n'apparaît en effet pas dans le texte, en raison d'une controverse doctrinale qui n'a pas été abordée lors de l'établissement du Code civil<sup>3</sup>. La jurisprudence a donc entrepris de compléter la définition, en imposant pour la qualification de transaction la condition de concessions réciproques<sup>4</sup>, lesquelles peuvent désormais être « indirectes »<sup>5</sup>.

Quant à sa sous-exploitation, elle résulte de l'interprétation faite par la doctrine des termes « contestation à naître ». Selon la définition qui en est donnée par l'alinéa premier de l'article 2044 du Code civil, la transaction peut en effet intervenir pour clore une contestation mais également pour en prévenir la naissance. Selon G. Cornu, la contestation serait synonyme de litige ou de différend<sup>6</sup>, ce qui porte à penser que le litige pourrait n'être qu'envisagé par les parties et pour autant faire l'objet d'une transaction afin de prévenir son règlement contentieux, le cas échéant. Or, une telle conception de la transaction est rejetée par une partie de la doctrine. Pour certains auteurs<sup>7</sup>, la contestation née serait celle qui est portée devant le juge et qui est l'objet du procès, la contestation à naître n'étant alors qu'un litige non encore porté devant un juge. Une telle distinction fonderait ainsi la répartition entre les transactions extrajudiciaires, qui interviendraient avant que le litige ne soit soumis au juge, et les transactions judiciaires qui seraient quant à elles conclues en cours d'instance.

---

<sup>1</sup> À tel point que la réécriture des articles du Code civil qui la définisse a pu être proposée : Th. Clay : « La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le Code civil », *JCP*, 21 Avril 2014, doctr. 492.

<sup>2</sup> Th. Clay : V° Transaction, in *Dictionnaire de la justice*. L. Cadiet (dir.), PUF, 2004.

<sup>3</sup> Sur l'histoire de l'adoption de ces dispositions, v. Ch. Jarrosson : « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, chron., p. 267 ; Th. Clay : « Le modèle pour éviter le procès », in Th. Revet (dir.) : *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*. LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2005, p. 51, *sp.* p. 66.

<sup>4</sup> Cass. civ., 3 janv. 1883 ; *DP* 1883, 1, jur. p. 457, qui parle « d'abandon réciproque d'une partie de ces droits » ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 3 mai 2000, n° 98-12819 ; sur l'historique de l'apparition de la notion, v. P.-Y. Gautier : « Les degrés de l'esprit de sacrifice : sur l'inégalité des concessions réciproques », *RTD civ.* 1992, p. 783.

<sup>5</sup> Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-23538 ; *D.* 2011, p. 2727 ; *RTD civ.* 2012, p. 128, note P.-Y. Gautier ; *Rev. sociétés* 2012, p. 25, note Th. Massart ; *RTD civ.* 2012, p. 113, obs. B. Fages ; *JCP* 2012, 63, *sp.* n° 11, obs. J. Ghestin.

<sup>6</sup> V° Contestation in G. Cornu (dir.) : *Vocabulaire Juridique*. Association H. Capitant, 9<sup>e</sup> éd., Quadrige, PUF, 2011.

<sup>7</sup> L. Boyer : *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*. Thèse, Toulouse, 1948, p. 45 ; Ch. Jarrosson : « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, chron., p. 267, n°35 : « Comme on ne peut imaginer des concessions portant sur un litige dont les termes ne sont pas connus, on doit interpréter ici l'expression « à naître » comme visant les litiges éclos ou en germe, mais non encore portés devant un juge ».

401. **La notion de contestation à naître.** Contrairement à ce que soutiennent la plupart des auteurs<sup>1</sup>, il semble qu'une autre interprétation du terme « contestation à naître » soit envisageable. Il est admis que les parties à un contrat puissent renoncer à demander une sanction particulière en cas d'inexécution, et ce alors même que le litige n'est alors qu'éventuel. Or il semble que ce qui fait la réelle particularité du contrat de transaction soit la renonciation à agir en justice pour cerner le contour exact des droits et obligations des parties. C'est la raison pour laquelle il semble essentiel de rapprocher de la transaction la renonciation à agir en justice, puisque ces deux manifestations de volonté sont dotées d'une même sanction en cas d'action, une fin de non-recevoir conventionnellement déterminée.

Il a été avancé que la transaction ne saurait prévenir une contestation à naître dans la mesure où elle implique des concessions réciproques qui nécessitent elles-mêmes la formulation de prétentions opposées. Or, il apparaît tout à fait concevable, si l'on considère que la transaction est un pari, qu'elle puisse être utilisée pour éteindre des litiges non encore advenus mais d'une probabilité non nulle. Certes, l'hypothèse d'une telle transaction, anticipant sur la survenance d'un litige hypothétique, est probablement rare envisagée sous cet angle mais il ne semble pas impossible qu'une telle situation puisse survenir. On peut d'ailleurs se demander si les renonciations à certaines sanctions de l'inexécution, déjà envisagées, ne pourraient pas, à ce titre, constituer des transactions. Ces renonciations sont parfois partie intégrante de contrats dont l'objet est tout autre. Ces stipulations sont ainsi intégrées dans un ensemble qui les dépasse. Il apparaît cependant que leur importance dans cet ensemble ne doit pas être négligée.

Il est concevable que, au cours de la négociation du contrat contenant cette renonciation, des concessions aient été faites en échange d'un tel abandon d'action, et donc de prétentions. En ce sens les renonciations conventionnelles contenues dans un contrat semblent parfaitement répondre à la définition de la transaction donnée par l'article 2044, alinéa premier du Code civil : le contrat pourrait alors abriter en son sein une transaction « prévenant une contestation à naître ». Le litige éventuel, non encore né, est alors envisagé par les parties, pour que son traitement juridictionnel soit exclu par l'opposition d'une fin de non-recevoir, le droit d'action ayant alors, dès avant sa naissance, été l'objet d'un « marchandage »<sup>2</sup> se soldant par un abandon du droit d'action en contrepartie d'un avantage consenti par le cocontractant. La concession répondant à l'abandon du droit d'agir serait alors indéterminée mais n'en existerait pas moins. Peut-être alors les parties pourraient-elles, afin de faire reconnaître une transaction dans leur contrat initial, mettre en avant la concession consentie par la partie ne renonçant pas nécessairement à agir. Il serait ainsi envisageable que les parties précisent qu'en considération d'une réduction du prix de la marchandise, l'acheteur renonce à agir en justice au sujet de la défectuosité d'une fraction de celle-ci par exemple. En ce cas, la renonciation à agir, ayant pour but de prévenir une contestation à naître, comporte bien une contrepartie, formant des concessions réciproques. Aucun obstacle ne semblerait dès lors s'opposer à l'invocation de l'existence d'une transaction entre les parties. Il suffirait ainsi aux parties de faire ressortir clairement en quoi la renonciation opérée s'intègre dans l'économie du contrat telle qu'elles

---

<sup>1</sup> V. not. en ce sens M. Laurent Poulet qui estime qu'une transaction sur une contestation à naître serait « introuvable » en raison notamment de l'exigence de concessions réciproques, qui « impliquent, pour leur part, la formulation préalable de prétentions opposées » : L. Poulet : *Transaction et protection des parties*. Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2005, *sp.* n° 248, p. 112.

<sup>2</sup> E. Serverin : « Les marchandages sur les droits litigieux », in T. Kirat et E. Serverin (dir.) : *Le droit dans l'action économique*. CNRS éditions, 2000, p.111, *sp.* p. 123.

l'ont conçue pour que l'absence de concessions réciproques ne puisse plus s'opposer à la qualification de transaction d'une renonciation conventionnelle.

Il faut par ailleurs noter que le Code civil lui-même donne un argument pour accepter qu'une transaction puisse avoir pour objet des litiges non encore nés. Le premier alinéa de l'article 2057 du Code civil, en faisant référence à une transaction portant « sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble » semble bien indiquer que la transaction peut avoir un objet très large, incluant tant les contestations nées que les contestations à naître. Des exemples peuvent être tirés des transactions relatives à l'indemnisation d'un préjudice. Dès lors que le sujet de la renonciation est clairement déterminé comme couvrant l'ensemble des conséquences dommageables en contrepartie d'indemnités forfaitairement et définitivement fixées, les juges ne sauraient, sans dénaturer la convention, exclure de son halo protecteur de nouveaux préjudices, qui sont au moment de la conclusion de la transaction, seulement le sujet d'une éventuelle contestation à naître.

402. ***Le litige à naître et le caractère aléatoire de la transaction.*** Une telle conception de la transaction, portant sur un litige à naître, présenterait un caractère aléatoire particulièrement marqué, puisque en l'absence de litige né, les prétentions des parties sont difficilement formulables. Pour autant serait-il inenvisageable que les parties souhaitent à l'avance régler un litige encore incertain ? Une transaction prévoyant amiablement les conséquences d'un dommage qui serait causé par la chute d'un arbre sur la maison du voisin serait elle nécessairement nulle ? L'aléa présidant non seulement à l'étendue des dommages subis mais également à la probabilité que le litige survienne du fait que l'arbre tombe et cause effectivement un dommage est important. C'est la raison pour laquelle les parties pourraient souhaiter transiger sur des considérations abstraites, prenant en compte la probabilité que l'arbre tombe sur le fond voisin et que les dommages soient ou non importants. Une telle transaction sur un évènement futur et incertain comporterait alors les concessions réciproques suivantes : la partie à laquelle la chute de l'arbre a occasionné un dommage renoncerait à agir en responsabilité contre la partie ayant la garde de l'arbre, laquelle en contrepartie paierait, lors de la conclusion de la transaction, une indemnité peu élevée par rapport à celle qui pourrait lui être réclamée en considération du dommage réellement causé si l'évènement incertain venait à se réaliser. De même, une réduction de prix en échange d'une renonciation à agir en cas de défectuosité des marchandises vendues comporterait un aléa important : chacune des parties réalise en effet un pari : l'acheteur, celui que peu de matériels seront défectueux, le vendeur celui que la réduction consentie compensera largement le risque d'action en justice relatif à la défectuosité de ses produits.

403. ***La confrontation entre la conception élargie de la transaction et la politique jurisprudentielle en la matière.*** La conception élargie de la transaction, qui admettrait la faculté pour les parties à ce contrat de réellement « prévenir une contestation à naître » aurait pour effet d'attribuer à la transaction une composante de contrat aléatoire, d'anticipation joueuse sur l'avenir, une partie bénéficiant de ladite convention alors que l'autre, en cas de naissance du conflit, se verrait priver de son droit d'agir. Sans même prendre en considération ces éventuelles transactions sur des litiges à naître, les juges semblent peu disposés à admettre que la renonciation à agir en justice puisse être efficace sans lien avec le litige avéré. À rebours de l'aspiration des codificateurs, il semble que la jurisprudence aspire à circonscrire le domaine de la transaction et à fissurer son intangibilité pour imposer une conception objective de la

Justice, par le biais notamment de l'erreur sur l'objet de la contestation<sup>1</sup>. En ce sens, l'aléa est écarté dans la mesure où l'ambition des juges semble de corriger les conventions des parties afin de réaliser ce qui leur semble juste, parfois au mépris de la volonté des contractants.

404. **Les effets de la transaction.** La transaction, ayant « pour objet de se substituer au procès »<sup>2</sup>, permet aux parties d'établir une sorte de jugement privé, qui éteindra le litige né ou à naître en empêchant son traitement juridictionnel pour l'avenir. Les effets de la transaction sont en effet radicaux : selon l'article 2052 al. 1 du Code civil, dont la rédaction est cependant trompeuse, « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ». Cette formulation laisse à penser que la transaction pourrait être assimilable à un jugement pouvant faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Or il n'en est rien. La transaction est un contrat, qui obéit aux règles de validité propres aux conventions et non aux jugements, à tel point que l'on s'est interrogé sur la nécessité d'en appeler au jugement pour attacher à la transaction des effets procéduraux d'une telle vigueur<sup>3</sup>. La transaction est un contrat dont le domaine est particulièrement restreint par rapport aux autres actes pouvant mettre fin à un litige en empêchant son traitement juridictionnel pour l'avenir. Elle nécessite l'existence d'un litige et de concessions réciproques. On est amené à s'interroger sur l'intérêt pratique d'une telle convention si spéciale. Ainsi, l'utilité de l'article 2052 du Code civil, qui précise que la transaction a l'autorité de la chose jugée entre les parties, a pu être remise en cause<sup>4</sup>, une telle disposition étant considérée comme, en quelque sorte, superfétatoire. La force obligatoire des conventions entre les parties suffirait à justifier des effets identiques. Il est en effet désormais bien acquis que le droit d'action des parties peut faire l'objet d'aménagements conventionnels, et notamment de fins de non-recevoir d'origine conventionnelle. La manifestation sur le plan procédural de la transaction ne semble ainsi pas inatteignable par d'autres biais, y compris par le désistement d'action. Concernant les droits substantiels, il est loisible aux parties de renoncer à des droits auxquels elles pourraient prétendre par contrat, dès lors que ceux-ci sont disponibles, c'est-à-dire peu ou prou dans les mêmes conditions que celles requises pour pouvoir transiger. L'originalité réelle des effets de la transaction semble ainsi bien faible.

La formule mentionnant l'autorité de la chose jugée a selon toute vraisemblance été employée pour accentuer la valeur de la transaction, sa spécificité réelle se situant dans l'impossibilité pour les parties de soumettre le différend tranché conventionnellement par la transaction à l'œuvre d'un juge. « En renforçant la force obligatoire des conventions, par cette réaffirmation symbolique de l'intangibilité de la transaction, les codificateurs ont énoncé une règle douée d'une puissance d'intimidation, de nature à inciter le juge à modérer son contrôle »<sup>5</sup>. Ainsi, « affirmer l'équivalence spéciale de la chose jugée et de la chose transigée n'a plus d'intérêt dans la mesure où cette équivalence est généralement reconnue par la jurisprudence pour l'ensemble des contrats relatifs aux litiges »<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> V. *infra* n°419.

<sup>2</sup> Th. Clay : « Le modèle pour éviter le procès », in Th. Revet (dir.) : *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*. LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2005, p. 51, *sp.* p. 54.

<sup>3</sup> L. Poulet : *Transaction et protection des parties*. Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2005, *sp.* n° 59 et *s.*, p. 26. On peut en effet se demander avec d'autres auteurs, tels que N. Cayrol (thèse *préc.*), si une renonciation conventionnelle à agir en justice telle qu'elle est désormais reconnue comme étant à la disposition des parties, ne serait pas suffisante pour dénier la faculté aux parties à une telle renonciation d'agir en justice ; *contra* : Ch. Boillot, thèse *préc.*, *sp.* n° 49, p. 42.

<sup>4</sup> L. Poulet : *Transaction et protection des parties*. Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2005, *sp.* n° 68 et *s.*, p.30.

<sup>5</sup> L. Poulet : *Transaction et protection des parties*. Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2005, *sp.* n° 101, p. 44.

<sup>6</sup> G. Deharo : « L'autorité de la chose transigée en matière civile », *Gaz. Pal.* 30 Nov.- 1<sup>er</sup> Déc. 2005, p. 3870, *sp.* p. 3876.

405. **Effet extinctif et effet constitutif.** Cet effet extinctif reconnu à la transaction est parfois complété d'un effet constitutif. Les parties peuvent prendre des engagements nouveaux en considération de la renonciation de l'autre partie. En cela, le contrat de transaction jette un regard pacificateur sur le passé et organise les relations futures des anciens antagonistes. Ainsi, « alors que dans la conception classique, la transaction a pour vocation d'éteindre, d'apurer une situation passée, aujourd'hui, la transaction se présente de plus en plus comme un instrument de gestion de l'avenir »<sup>1</sup>.

406. **L'efficacité relative de la transaction.** La distinction de la transaction d'une véritable décision juridictionnelle se fait ressentir notamment dans les relations internationales. La transaction apparaît en ce domaine partiellement moins efficace qu'une réelle décision de justice<sup>2</sup>. Quant à sa force exécutoire, éventuellement conférée par une juridiction, elle n'est pas remise en doute par les instruments conventionnels. La Convention de la Haye prévoit en effet les conditions qu'une transaction passée dans l'état désigné par la convention de for doit réunir pour pouvoir être exécutée dans un autre état contractant. Il faut pour cela que la transaction ait été homologuée par la juridiction désignée comme exclusivement compétente pour connaître du litige ou soit intervenue devant cette juridiction, et soit exécutoire au même titre qu'un jugement d'origine<sup>3</sup>. De même, l'article 59 du règlement de Bruxelles I refondu prévoit que les transactions judiciaires<sup>4</sup> exécutoires peuvent être exécutées dans un autre état contractant avec la seule réserve de la contrariété manifeste à l'ordre public de l'état membre requis. L'effectivité de la transaction judiciaire ou homologuée est réelle, du moins en l'absence de toute concurrence avec un jugement.

407. **La faiblesse de la transaction par rapport à une décision de justice.** La Convention de Bruxelles I s'opposait, selon la jurisprudence de la CJCE et de la Cour de cassation, à ce que l'invocation d'une transaction puisse empêcher l'exécution en France d'une décision étrangère<sup>5</sup>. Il n'y a pas de raison de penser que la position de la jurisprudence soit vouée à évoluer avec l'entrée en vigueur du Règlement de Bruxelles I refondu. « Cette infériorité de la transaction face aux décisions juridictionnelles s'explique par l'idée que l'autorité de la chose jugée reconnue à la transaction n'est qu'un trompe l'œil. Si la transaction met fin au litige, ce n'est pas parce qu'elle a autorité de la chose jugée comme un véritable jugement mais uniquement parce que la volonté des parties a été de régler le litige en renonçant au droit d'action »<sup>6</sup>. La transaction bénéficierait ainsi sur le plan international conventionnel d'une relative efficacité positive, en ce qu'elle pourrait recevoir le concours de la force publique d'un état contractant pour être exécutée dans cet état. Cette efficacité positive est cependant

---

<sup>1</sup> P. Larrieu : « Les concessions dans la transaction », *RLDC* juin 2007, p. 59.

<sup>2</sup> Sur la transaction en droit international, v. C. A. Arrue Montenegro : *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*. Préf. B. Ancel, LGDJ, 2011, *sp. p.* 240 et *s.*

<sup>3</sup> Article 12 de la Convention de la Haye sur les accords d'élection de for conclue le 30 juin 2005 : « Les transactions homologuées par un tribunal d'un État contractant désigné dans un accord exclusif d'élection de for ou passées devant ce tribunal au cours d'une instance, et qui sont exécutoires au même titre qu'un jugement dans l'État d'origine, sont exécutées en vertu de la présente Convention aux mêmes conditions qu'un jugement ».

<sup>4</sup> La convention de Bruxelles I, en son article 58, prévoyait en substance la même chose au sujet des « transactions conclues devant le juge au cours d'un procès ».

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 11 févr. 1997, n° 95-11402 ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 326, note P. Mayer ; *RGDP* 1998, p. 712 et *RGDP* 1999, p. 291 (suite), note H. Muir Watt ; *JDI* 1997, p. 1026, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; déjà en ce sens, CJCE 2 juin 1994, *Solo Kleinmotoren GmbH c. Emilio Boch*, aff C-414/92, Rec. 1994, I-02237 ; *JDI* 1995, p. 466, obs. A. Huet.

<sup>6</sup> P. Puig : « La transaction : atouts et risques », *PA* 3 déc. 2009, n° 241, p. 29, n° 10.



largement compromise par son inefficacité à contrer une décision d'un état membre. La transaction tombe alors face au jugement, ce qui amoindrit indéniablement son intérêt pratique dans la sphère communautaire. Il apparaît à ce titre quelque peu choquant que la transaction ne soit pas dotée de la force nécessaire pour faire obstacle à une procédure ultérieure conduite dans un autre pays. Car, dès lors que la transaction recèle une renonciation conventionnelle au droit d'agir en justice, une telle renonciation ne saurait en théorie permettre l'exercice de l'action dans un autre pays, sauf à reconnaître que le droit d'agir est attaché à un territoire donné. Une telle position aboutirait à des solutions incompatibles à celles établies en matière de reconnaissance des décisions étrangères.

408. *Un effet extinctif dégradé en matière internationale.* Cette faiblesse relative de la transaction par rapport au jugement, concernant son efficacité à l'étranger en vertu de la convention de Bruxelles, emporte pour conséquence que la conclusion de la transaction peut ne jouer qu'un effet extinctif dégradé en droit international privé et ne constitue en aucune manière pour les parties un acte sur lequel elles pourraient, en toutes circonstances, se reposer. Si en effet une procédure est intentée à l'étranger en dépit de la transaction préalablement conclue, le défendeur sera bien inspiré de soulever au cours de cette action l'existence et la force de la transaction. À défaut, la transaction ne pourrait utilement être invoquée pour faire échec à une décision rendue postérieurement en raison de son « infériorité congénitale »<sup>1</sup>. C'est la raison pour laquelle les parties pourraient souhaiter la faire transformer en véritable jugement afin de lui conférer une force supérieure, capable de faire obstacle à la conduite d'une action en justice en contravention avec son effet extinctif au sein de la communauté<sup>2</sup>.

409. *Une renonciation à agir conditionnée à l'exécution.* Dans ses effets procéduraux réside la spécificité du contrat de transaction, qui « épuise le droit d'action des parties sur l'objet de l'acte »<sup>3</sup>, tout comme l'autorité de la chose jugée. La transaction conclue en cours de procédure, dite judiciaire, emporte le dessaisissement de la juridiction, en sa qualité de cause d'extinction de l'instance à titre accessoire selon les termes de l'article 384 du CPC. Quant à la transaction dite extrajudiciaire, elle permet aux parties<sup>4</sup> d'invoquer l'*exceptio litis finitae per transactionem* pour faire échec à la saisine d'un juge portant sur l'objet de la transaction. Une telle exception ne peut cependant être invoquée que si la partie qui s'en prévaut a exécuté les obligations issues de la transaction. En l'absence d'exécution de la transaction, le cocontractant retrouve alors son droit d'agir en justice sans que la résolution de la convention doive être prononcée dès lors que l'inexécution est avérée<sup>5</sup>. La renonciation à agir est ainsi conditionnelle : « Ce n'est que lorsque la prestation prévue à la transaction aura été effectuée que la volonté de renoncer produira effet, effet qui sera définitif et fera naître l'exception de transaction »<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> H. Muir Watt : « La rencontre dans l'espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions) », *RGDP* 1998, p. 711, *sp.* p. 720.

<sup>2</sup> *v. infra* n°571.

<sup>3</sup> Th. Clay : « Le modèle pour éviter le procès », in Th. Revet (dir.) : *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*. LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2005, p. 51, *sp.* p. 65.

<sup>4</sup> Seules les parties peuvent soulever cette fin de non-recevoir ; le juge ne peut la relever d'office : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 juin 1976, n° 75-10.033.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 12 juill. 2012, n° 09-11582 ; *D.* 2012 p. 1957 et p. 2577, note P. Paillé.

<sup>6</sup> F. Dreifuss-Netter : *Les manifestations de volonté abdicatives*. Préf. P. Tercier, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CLXXXV, 1985, *sp.* n° 45, p. 56.

410. **Le moment de la conclusion de la transaction.** Il semble qu'hormis l'exception posée en matière de licenciement depuis l'arrêt *Purier*<sup>1</sup>, une transaction puisse intervenir à tout moment pour mettre fin à un litige dès lors que les droits en cause sont disponibles<sup>2</sup> et que son contenu ne heurte pas l'ordre public<sup>3</sup>. On peut s'interroger sur la possibilité de conclure valablement une transaction postérieurement à un jugement devenu définitif<sup>4</sup>. S'il ne fait aucun doute qu'une transaction peut intervenir relativement aux conditions d'exécution de la décision<sup>5</sup>, une transaction intervenant entre les parties dont l'objet serait le litige auquel il a été mis fin autoritairement par un juge semble plus contestable. La contestation juridique est en effet éteinte par le jugement définitif, qui a épuisé le droit d'action des parties. Les droits des parties ont été déterminés par le juge et ne sont plus, de ce fait, ni litigieux ni douteux. La solution imposée aux parties par la juridiction peut cependant leur paraître insatisfaisante et de ce fait engendrer des difficultés d'exécution. Dès lors, rien ne semble s'opposer à ce que la solution du juge soit contredite par les parties elles-mêmes dans l'aménagement de l'exécution de la décision. Libres de recourir ou non au juge pour obtenir une décision, elles doivent être libres également de s'abstraire de la décision du juge si elles estiment pouvoir en élaborer une meilleure, ou du moins correspondant mieux à leurs intérêts, qui permettra ainsi d'évacuer d'éventuels contentieux relativement à l'exécution ou à l'interprétation de la décision rendue<sup>6</sup>. Pour autant, cette convention passée par les parties, dont l'objet serait le litige, pourrait-elle être qualifiée de transaction, faute d'action en justice possible en raison de l'absence de litige ? Il semble qu'admettre qu'une transaction intervienne sur un litige déjà tranché par un juge ne revêtirait pas réellement d'intérêt pratique. Dès lors que le droit d'action a déjà été épuisé par la décision juridictionnelle intervenue, il semble que la qualification de transaction doive être exclue, sauf si cette dernière porte sur les éventuelles difficultés d'interprétation ou d'exécution de la décision rendue.

On peut d'ailleurs légitimement s'interroger sur l'objet d'une telle transaction : le litige originel ayant été tranché, l'objet d'une telle transaction ne serait-il pas alors nécessairement le litige pouvant survenir relativement à l'exécution ou à l'interprétation de la transaction ? Il semble alors que le litige, la *res litigiosa*, soit bien caractérisé dans ces circonstances : une partie demande l'exécution de la décision, l'autre s'y oppose, que le motif d'opposition soit ou non valable. La proximité entre le différend originel, définitivement tranché, et l'exécution de la décision qui a mis fin à l'incertitude l'entourant se fait alors jour. En l'absence d'exécution, le litige tranché judiciairement reste à vif, puisque la solution trouvée n'est pas appliquée dans les faits. La transaction peut alors encore permettre de régler le contentieux subséquent à la décision de justice et revêtir, pour les parties, un certain intérêt.

<sup>1</sup> La chambre sociale de la Cour de cassation décide en effet que « la transaction ayant pour objet de mettre fin au litige résultant d'un licenciement ne peut valablement être conclue qu'une fois la rupture intervenue et définitive » : Cass. soc., 29 mai 1996, n° 92-45115 ; *D.* 1997, p. 49, note J.-P. Chazal ; *JCP* 1996, II, 22711, note F. Taquet ; pour un exemple récent, v. Cass. soc., 5 décembre 2012, n° 11-15471 ; *D.* 2012, p. 2970.

<sup>2</sup> V. sur le sujet W. Dross : « Ordre public et transaction », in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.) : *La transaction dans toutes ses dimensions*. Dalloz, 2006, *sp.* p. 63.

<sup>3</sup> V. X. Lagarde : « Transaction et ordre public », *D.* 2000, doct. p. 217, n° 3.

<sup>4</sup> Sur ce point discuté en doctrine, v. L. Poulet : *Transaction et protection des parties*. Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2005, *sp.* p. 145 et *s.*

<sup>5</sup> L. Boyer : *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*. Thèse, Toulouse, 1948, *sp.* p. 44.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 13 mars 1957, *Bull. civ.* I, n° 135 ; validant implicitement le fait qu'une transaction puisse intervenir postérieurement à une décision, v. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 mars 1973, n° 72-10317.

Par son objet et par ses effets radicaux, la transaction est un contrat d'une originalité indéniable en particulier relativement à la volonté des parties qui s'y exprime. Certains éléments classiques du droit des contrats relatifs au consentement font en effet l'objet de dispositions spécifiques (A.) aux fins d'assurer, notamment, la robustesse de ce contrat nommé. L'extraordinaire liberté accordée aux parties de déterminer elles-mêmes le jugement qu'elles souhaitent n'est pas absolue. Elle est en effet encadrée par le juge qui, par des moyens détournés, en permettant la remise en cause de la force obligatoire du contrat et des effets du jugement que les parties se sont données, aspire à imposer une conception objective de la Justice (B.) lorsque la conception subjective fait dériver le jugement que les parties ont prononcé entre elles vers ce qui est considéré comme injuste.

#### A. Les conditions particulières de la juridiction des parties

411. **La singularité de la transaction.** La transaction est un contrat bien singulier, en raison de ses effets radicaux sur l'exercice de leurs droits par les parties. Cette particularité entraîne ainsi des spécificités relatives à l'appréciation des consentements présidant à la formation de la transaction (1°), mais également une dérogation à la théorie classique des vices du consentement (2°), susceptibles d'affecter la validité et la pérennité du jugement des parties.

##### 1° L'interprétation restrictive de l'objet de la transaction

412. **Stabilité de la transaction et protection des parties.** Le contrat de transaction marque sa spécificité par rapport aux autres conventions, en raison de sa fonction particulière d'une certaine gravité : mettre fin au litige. La conciliation entre l'objectif de la transaction, qui est de définitivement régler un différend par un accord, sans solliciter l'office tranchant du juge, et les risques inhérents à la conclusion d'une telle convention aux effets radicaux, dont on peut craindre qu'elle ne lèse une partie, est alors difficile à opérer. Or il est interdit aux juges de modifier la convention des parties, qui s'impose à eux<sup>1</sup>. La difficulté réside ainsi dans l'appréciation du point d'équilibre entre stabilité de la convention et protection des parties à la transaction, afin que celle-ci ne se transforme pas en un vecteur d'injustice.

413. **L'interprétation restrictive de la renonciation à agir.** Pour qu'un contrat puisse être qualifié de transaction, il doit comporter des concessions réciproques. L'une au moins des concessions que s'accordent mutuellement les parties doit être de renoncer à agir en justice relativement au litige objet de la transaction. Or, une telle renonciation emporte des conséquences importantes pour son auteur, ce qui justifie qu'elle fasse l'objet d'une interprétation restrictive<sup>2</sup>. Deux articles du Code civil en particulier semblent donner des lignes directrices contradictoires relativement à l'attitude à adopter pour l'interprétation des transactions.

L'article 2048 du Code civil dispose que « les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu ». Ce principe d'interprétation stricte aurait pu sembler

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 17 déc. 2002, n<sup>o</sup> 00-17333 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 309, p. 243 ; *RTD civ.* 2003, p. 313, obs. P.-Y. Gautier ; *JCP* 2003, II, 10081, note H. Kenfack.

<sup>2</sup> V. sur le sujet F. Dreifuss-Netter : *Les manifestations de volonté abdicatives*. Préf. P. Tercier, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CLXXXV, 1985, *sp.* n<sup>o</sup> 131 et *s.*, p. 123.

spécifiquement établi pour contrer les perspectives ouvertes par le redoutable article 1135 du Code civil qui dispose que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». La première partie de l'article 2049 du Code civil semble venir appuyer l'article 2048, en exposant que « les transactions ne règlent *que*<sup>1</sup> les différends qui s'y trouvent compris ». La cohérence de ces stipulations est cependant largement affectée par la suite du même article 2049<sup>2</sup>, qui poursuit « soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, *soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé*<sup>3</sup> ». La parenté avec l'article 1135 du Code civil, dont on sait quel chemin de traverse il représente pour le juge, a été soulignée. L'interprétation de l'intention des parties ne serait ainsi pas si stricte dans la mesure où référence est faite à la « suite nécessaire de ce qui est exprimé ».

L'objet de la transaction est cependant interprété strictement dans un objectif de protection de la partie renonçant à agir en justice : « L'interprétation des transactions a constitué pour les magistrats un moyen efficace de venir en aide à une partie qu'ils souhaitaient protéger »<sup>4</sup>. Cette interprétation stricte de l'objet de la transaction permet en effet à une partie de formuler une demande complémentaire, considérée comme non comprise dans l'objet de la transaction conclue. Elle rend ainsi possible par exemple l'indemnisation pour l'aggravation du préjudice<sup>5</sup> par rapport à celui considéré comme définitivement indemnisé par la transaction, sans pour autant remettre en cause cette dernière. En ce sens, l'interprétation restrictive de l'objet de la transaction assure une meilleure protection de la partie renonçant, sans pour autant attenter démesurément à la sécurité et à la stabilité que doit incarner la transaction puisque celle-ci n'est pas remise en cause. L'objectif de la convention est ainsi préservé par une telle interprétation stricte.

414. ***Vers une interprétation plus souple de l'objet de la transaction ?*** Il semble pourtant que la règle de l'interprétation stricte ne soit plus si rigoureusement appréciée par la Haute juridiction qui se range parfois à « une lecture équitable des transactions »<sup>6</sup>. Une décision de la première chambre civile de la Cour de cassation avait, en 1994<sup>7</sup>, ouvert la voie vers une interprétation plus souple et « très audacieuse »<sup>8</sup> de l'objet des transactions. Cet arrêt fut suivi quelques temps après par une décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation<sup>9</sup> qui refusa de permettre à un salarié partie à une transaction de réclamer à son employeur des sommes relatives à un contrat d'intéressement personnel, en estimant qu'une telle réclamation

---

<sup>1</sup> Nous soulignons.

<sup>2</sup> Ph. Malaurie : « Les antinomies de règles et leurs fondements », in *Le droit privé à la fin du XXe siècle. Études offertes à P. Catala*. Litec, 2001, p. 25, *sp.* p. 28.

<sup>3</sup> Nous soulignons.

<sup>4</sup> L. Poulet : *Transaction et protection des parties*. Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2005, *sp.* n° 519, p. 220.

<sup>5</sup> Cass. Req. 14 mars 1934 ; *S.* 1935, 1, p. 377, note P. Bouzat, se fondant sur la conviction des parties lors de la conclusion de la transaction que toutes les suites du dommages étaient alors connues ; une telle justification semble rapprocher l'hypothèse d'une erreur qui n'aurait pas pour effet d'annuler la transaction mais qui imposerait d'en modifier les termes pour la prendre en compte.

<sup>6</sup> P.-Y. Gautier : « L'interprétation stricte sans dessus dessous : la Cour de cassation accentue sa lecture équitable des transactions et des articles du Code civil y afférents », note sous Ass. Plé, 4 juill. 1997 à la *RTD civ.* 1998, p. 134.

<sup>7</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ. 13 déc. 1994, n° 93-10206 ; *Bull. civ.* I, n° 377, p. 271 ; *RTD civ.* 1995, p. 390, note P.-Y. Gautier.

<sup>8</sup> P.-Y. Gautier, note sous Cass. 1<sup>o</sup> civ. 13 déc. 1994, *RTD civ.* 1995, p. 390.

<sup>9</sup> Cass. Ass. Plé, 4 juill. 1997, n° 93-43375 ; *Bull. ass. Plé.* n°10, p. 24 ; *JCP* 1997, II, 22952, note D. Corrigan-Carsin ; *Dr. soc.* 1997, p. 978, obs. G. Couturier ; *RTD civ.* 1998, p. 134, note P.-Y. Gautier.

était comprise dans l'objet de la transaction précédemment signée. En effet, dans cette convention, le salarié renonçait « à toutes réclamations de quelque nature qu'elles soient à l'encontre de la partie défenderesse relatives tant à l'exécution qu'à la rupture de son contrat de travail »<sup>1</sup>. La chambre sociale se montre cependant réticente à adopter une telle interprétation souple de la transaction, pour protéger le salarié. Ainsi, dans une espèce dont les faits étaient tout à fait identiques avec ceux de la décision de l'Assemblée plénière, la chambre sociale a persisté dans une interprétation stricte de la convention<sup>2</sup> et ne semble pas être revenue sur sa position depuis<sup>3</sup>, et ce même lorsque l'objet du litige est manifestement compris dans l'objet de la transaction précédemment conclue<sup>4</sup>.

## 2° La dérogation par la loi à la théorie des vices du consentement

415. **Le consentement à la transaction.** La spécificité de la transaction au regard de la théorie des vices du consentement se manifeste dans les articles 2052 à 2058 du Code civil. Un si grand nombre de dispositions traitant particulièrement de l'application de ces vices à ce contrat déterminé marque l'importance qui est apportée au consentement des parties, mais également à la vigueur particulière dont les rédacteurs du Code ont souhaité doter la convention ayant pour objet de mettre un terme à un litige, ne serait-il que potentiel, « signe sans aucun doute que le contrat de transaction est un contrat tellement spécial qu'il mérite quelques aménagements en ce domaine »<sup>5</sup>. Des causes d'anéantissement de la transaction sont spécifiquement prévues dans le Code, d'autres causes de nullité sont en revanche exclues par la loi.

L'article 2052 du Code civil, qui attribue à la transaction sa robustesse particulière au regard de ses effets procéduraux, renforce également cette convention particulière en disposant en son alinéa 2 que les transactions « ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion ». Si l'exclusion de la lésion est en définitive très classique puisqu'elle fait figure d'exception dans les vices du consentement, du fait de son domaine d'application très restreint<sup>6</sup>, l'exclusion de l'erreur de droit comme cause de rescision, spécifique à la transaction, est en revanche lourde de conséquences.

416. **L'exclusion de l'erreur de droit comme cause de nullité de la transaction.** L'erreur de droit a été définie comme « l'erreur sur l'existence, le sens ou la portée d'un droit ou d'une règle de droit »<sup>7</sup>. Or, en droit des contrats, il est admis que la nature de l'erreur, de droit ou de

<sup>1</sup> Ass. Plé, 4 juill. 1997, *préc.*

<sup>2</sup> Cass. soc. 6 mai 1998, n° 96-40234 ; *Bull. civ. V*, n° 228, p. 172 ; *D.* 1999, somm. 42, note S. Frossard.

<sup>3</sup> Cass. soc. 12 oct. 1999, n° 96-43020 ; *Bull. civ. V*, n° 377, p. 277 ; *RTD civ.* 2000, p. 139, note P.-Y. Gautier ; puis plus récemment, en défaveur du salarié Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 10-21119 ; *Bull. civ. V*, n° 283 ; *D.* 2011, p. 3001 ; *RTD civ.* 2012, p. 335, note P.-Y. Gautier.

<sup>4</sup> Ainsi en présence d'une indemnité réglant « définitivement le litige entre les parties, tant du chef du lien contractuel entre elles que de tous autres chefs de contestation et de litige, présent ou futur, à raison de leurs relations et de la rupture de celles-ci », la clause de non-concurrence est considérée comme exclue du champ d'application de la transaction : Cass. soc. 16 mai 2007, n° 06-40440, non-publée.

<sup>5</sup> B. Mallet-Bricout : « Vices et transaction », in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.) : *La transaction dans toutes ses dimensions*. Dalloz 2006, p. 35, *sp.* p. 36.

<sup>6</sup> Article 1118 du Code civil : « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section » ; sont notamment concernés les actes de partage ou les ventes immobilières.

<sup>7</sup> V° Erreur in G. Cornu (dir.) : *Vocabulaire Juridique*. Association H. Capitant, 9<sup>e</sup> éd., Quadrige, PUF, 2011.

fait, est indifférente, dès lors que l'erreur en question est déterminante du consentement. La jurisprudence semble admettre qu'une erreur de droit, déterminante du consentement et excusable, puisse entraîner la nullité du contrat<sup>1</sup>. Une telle exclusion du vice de l'erreur lorsque celle-ci porte sur le droit est justifiée par l'objet même de la transaction : le litige. Or le litige trouve, le plus souvent, sa source dans l'incertitude entourant précisément les contours exacts des droits des parties<sup>2</sup>. À l'origine, la transaction était conçue comme un contrat permettant aux parties d'évacuer l'incertitude affectant leurs droits fondant le litige<sup>3</sup>. C'est ce qui pousse certains auteurs à voir dans la transaction un contrat aléatoire<sup>4</sup>, ou un contrat pour lequel « tout se passe comme si »<sup>5</sup> c'était un contrat aléatoire. Le fait que les parties renoncent, par la transaction, à demander au juge de délimiter précisément l'étendue de leurs droits postule en faveur de l'exclusion de l'erreur de droit comme motif de nullité de la transaction. « Les parties ne peuvent, après coup, invoquer que la solution eut été différente par l'application du droit, puisqu'elles ont décidé de fixer leur propre norme. Si elles avaient voulu connaître véritablement l'étendue de leurs droits, elles auraient saisi le juge »<sup>6</sup>. L'exclusion de l'erreur de droit confère ainsi une résistance certaine à la transaction, dont l'objet est précisément de prévenir ou de terminer une contestation. Pour éviter que les litiges réglés par transaction ne reprennent vie par le biais de son annulation trop facilement admise, l'erreur de droit doit être exclue comme vice du consentement permettant la remise en cause de cette convention spéciale.

La jurisprudence a par le passé appliqué strictement l'article 2052 al. 2 du Code civil, avec plus ou moins de cohérence. La notion étant floue, elle a parfois donné lieu à des solutions divergentes dans des espèces très similaires, et ce à quelques mois d'intervalle<sup>7</sup>, la nullité du

---

<sup>1</sup> Et ce peut-être même si l'erreur est inexcusable : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 oct. 2010, n<sup>o</sup> 09-66113 ; *Bull. civ.* III, n<sup>o</sup> 192 ; *D.* 2011, p. 279 et p. 387, note O. Tournafond ; *AJDI* 2010, p. 881, note Y. Rouquet ; *D.* 2011, p. 279, note A. Binet-Grosclaude ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 24 mai 2000, n<sup>o</sup> 98-16132 ; *Bull. civ.* III, n<sup>o</sup> 114, p. 76 ; *RTD civ.* 2000, p. 824, obs. J. Mestre, B. Fages ; *RDI* 2000, p. 586, obs. J.-C. Groslière ; *D.* 2001, p. 1135, obs. D. Mazeaud ; *D.* 2002, p. 926, obs. O. Tournafond.

<sup>2</sup> Cette incertitude semble un facteur important dans le traitement contentieux des litiges. On peut en effet remarquer que si les pays pratiquant une procédure de *discovery* possèdent une propension plus grande à transiger à l'aube du procès, c'est peut-être parce que l'information des parties est rendue plus complète lors de cette phase de recherche des faits, permettant aux adversaires des jauger plus précisément leurs chances respectives de succès et ainsi d'avoir une vision plus claire des avantages présentés par la transaction et des concessions réciproques pouvant y être consenties ; sur les conditions de cette mesure applicable en France, v. A. Kirri et R. Chaperon : « Un outil probatoire méconnu : l'utilisation de la procédure de *discovery* devant les tribunaux français », *Gaz. Pal.*, 10 déc. 2013, n<sup>o</sup> 344, p. 17.

<sup>3</sup> E. Serverin, P. Lascoumes et Th. Lambert : *Transactions et pratiques transactionnelles. Sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*. Paris, Economica, 1987, p. 29 : « ce contrat constitue une sorte de pari fait par chacun sur le bénéfice qu'il a à régler lui-même le différend ».

<sup>4</sup> V. not. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier : *Contrats spéciaux*. LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2014, *sp.* n<sup>o</sup> 1103 ; X. Lagarde : « Les spécificités de la transaction consécutive à un licenciement », *JCP* 2001, I, 337, n<sup>o</sup> 2 ; v. *contra*, qualifiant la transaction de contrat commutatif, Ch. Boillot : *La transaction et le juge*. Préf. P. Le Cannu, PUF- Droit Clermont Ferrand-LGDJ, 2003, *sp.* n<sup>o</sup> 669, p. 353.

<sup>5</sup> A. Bénabent : *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*. Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2013, *sp.* n<sup>o</sup> 1422.

<sup>6</sup> Ch. Boillot : *La transaction et le juge*. Préf. P. Le Cannu, PUF- Droit Clermont Ferrand-LGDJ, 2003, *sp.* n<sup>o</sup> 670.

<sup>7</sup> V. not. alors que l'erreur de droit avait été provoquée par un jugement devenu définitif : Cass. 1<sup>e</sup> civ., 19 déc. 2000, n<sup>o</sup> 98-12015 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 334, p. 216 ; *D.* 2001, p. 2193, note Ph. Soustelle et p. 629, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD civ.* 2001, p. 381, note P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 2001, p. 976, obs. A. Martin-Serf ; *JCP* 2001, I, 356, n<sup>o</sup> 25, obs. Ph. Simler ; heureusement restait à la disposition de la caution le recours en responsabilité contractuelle envers la banque qui avait laissé se perdre son recours subrogatoire contre le débiteur ; quelques mois plus tard, une solution diamétralement opposée avait été retenue, prononçant la nullité de la

contrat ayant alors été prononcée sur un autre fondement, que la première solution aurait pu également faire sien. La subtilité de la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur sur l'objet de la contestation, spécifiquement admise par l'article 2053 du Code civil comme étant une cause de nullité de la convention, est régulièrement dénoncée<sup>1</sup> et laisse perplexe. La sécurité juridique en ressort quelque peu écornée. La transaction rejoindrait ainsi dans les faits les autres actes juridiques ayant fléchi devant l'erreur de droit. La résistance qu'elle opposait jadis à l'action destructrice de l'erreur de droit<sup>2</sup> semble s'étioler sous la pression de l'équité. Les solutions postérieures n'ont pas pour autant marqué l'abandon de l'exclusion de l'erreur de droit comme vice pouvant provoquer la nullité du contrat de transaction<sup>3</sup>. Il semble cependant qu'un mouvement jurisprudentiel en faveur de l'abandon, *contra legem*, de l'exclusion de l'erreur de droit comme source de nullité potentielle de la transaction se dessine, laissant poindre la volonté des juges d'interférer dans des transactions valablement conclues selon la loi. Ce faisant, les juges marquent un frein à la *jurisdictio* des parties, refusant ainsi de « préférer l'injustice au désordre »<sup>4</sup>.

#### B. Les limites à la *jurisdictio* des parties tenant à la conception de la Justice

417. **Le recours au juge.** Si la transaction est un contrat d'une grande force, qui peut même se révéler plus solide qu'une sentence arbitrale<sup>5</sup>, elle n'est pas entièrement hors d'atteinte du juge. Ce dernier prend en effet de plus en plus de liberté pour remettre en cause les transactions des parties, pour faire prévaloir une idée plus interventionniste de la justice. Il n'est d'ailleurs pas anodin que le rattachement de la contrainte économique à la violence plutôt qu'à la lésion soit intervenu en matière de transaction<sup>6</sup>. La liberté des parties de régler amiablement leurs

---

transaction en raison de l'extinction de la créance de la banque du fait de sa non déclaration à la procédure collective, le motif justifiant l'annulation étant alors l'absence d'objet de la contestation : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 29 mai 2001, n° 99-16753 ; *Bull. civ. I*, n° 156, p. 101 ; *D.* 2001, p. 1944, note

V. Avena-Robardet et p. 2193, note Ph. Soustelle ; *JCP* 2001, I, 356, n° 25, obs. Ph. Simler ; *RTD civ.* 2001, p. 909, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 2001, p. 976, obs. A. Martin-Serf.

<sup>1</sup> C. Le Gallou. obs. sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 12 juill. 2005, n° 04-11130 ; *Bull. civ. I*, n° 332, p. 274 ; *RLDC* 2005/21, n° 862.

<sup>2</sup> V. R. Decottignies : « L'erreur de droit », *RTD civ.* 1951, p. 309, *sp.* n° 25, p. 326.

<sup>3</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> avr. 2008, n° 06-19333 et 06-19335, non-publiées ; Cass. com. 16 oct. 2007, n° 06-13718, non-publiée ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 12 juill. 2005, n° 04-11130 ; *Bull. civ. I*, n° 332, p. 274 ; *D.* 2006, p. 1512, note R. Chaaban ; *RLDC* 2005/21, n° 862, obs. C. Le Gallou.

<sup>4</sup> L. Poulet : *Transaction et protection des parties*. Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2005, *sp.* n° 701, p. 305.

<sup>5</sup> V. l'exemple donné par le professeur Thomas Clay : « Transaction et autres contrats relatifs aux litiges », in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.) : *La transaction dans toutes ses dimensions*. Dalloz 2006, p. 13, *sp.* p. 20 ainsi que « Les contrats gigognes », note sous CA Paris 27 octobre 2005 : *D.* 2006, p. 697 : « ce n'est pas le moindre des paradoxes de relever que, parfois, la transaction a plus de force que la sentence arbitrale ». L'inclusion dans la transaction d'une promesse unilatérale de vente permet également de la sauver de l'annulation en raison de sa non publication : Ass. Plé., 24 févr. 2006, n° 04-20525 ; *Bull. ass. Plé.* n° 1, p. 1 ; *JCP* 2006, II, 10065, avis J. Cédras ; *D.* 2006, Jur. p. 2076, note C. Jamin, Point de vue I. Najjar, p. 1396, et IR p. 677, obs. I. Gallmeister ; *RLDC* 2006, n° 27, note B. Mallet-Bricout ; *RTD civ.* 2006, p. 301, obs. J. Mestre et B. Fages ; *D.* 2006, p. 2057, note, S. Chassagnard-Pinet ; J. Mestre : « La force de la transaction », éditorial, *RLDC* 2006/25, p. 3 ; précédemment v. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 mars 2003, n° 01-02410 ; *Bull. civ. III*, n° 71, p. 65 ; *D.* 2003, p. 2197, note P. Lipinski ; *RTD civ.* 2003, p. 496, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP E* 2004, p. 651, note J. Schmidt-Szalewski ; *Defrénois* 2004, p. 841, obs. E. Savaux ; *Gaz. Pal.* 2004, p. 408, note Ph. Bletterie ; *PA* 2003, n° 241, p. 19, note Y. Dagorne-Labbé.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 30 mai 2000, n°98-15242 ; *Bull. civ. I*, n° 169, p. 109 ; *D.* 2000, Jur. p. 879, note J.-P. Chazal ; *D.* 2001, Somm. p. 1140, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 2001, II, 10461, note G. Loiseau ; *Defrénois* 2000, p. 1124, obs. Ph. Delebecque ; *CCC.* 2000, comm. n° 142, note L. Leveneur ; *PA*, 22 nov. 2000, note S. Szames ; *RTD civ.* 2000, p. 827, obs. J. Mestre et B. Fages et p. 863, obs. P.-Y. Gautier, *adde* : C. Nourissat : « La violence

différents et de s'interdire d'avoir recours au juge pour ce faire peut être source de déséquilibre et donc aboutir à des résultats inévitables. En effet, la transaction « laisse libre cours, entre le fort et le faible, au déséquilibre que l'impartialité du juge doit exclure »<sup>1</sup>. Le juge, évincé par la transaction, ne peut que contempler les affaires dans lesquels la volonté non éclairée ou contrainte des parties faibles les a précipités et respecter l'effet extinctif que celle-ci produit sur les prétentions des parties<sup>2</sup>. La seule manière pour le juge d'anéantir le jugement des parties est de prononcer, à la demande de l'une d'elles<sup>3</sup>, la nullité de la transaction pour se libérer de ses effets procéduraux et retrouver, le cas échéant, la faculté de trancher le litige. Deux brèches dans l'enceinte de la transaction semblent se dessiner sous la pression de la jurisprudence. L'une est celle de l'erreur de droit, rétrogradée au rang de l'exception en raison de l'appréciation jurisprudentielle des vices pouvant affecter la transaction (1°), l'autre celle des concessions réciproques dont le contrôle de l'existence est réalisé avec rigueur par le juge (2°).

1° L'appréciation jurisprudentielle des vices pouvant affecter la transaction

418. **L'interventionnisme jurisprudentiel.** La spécificité des vices du consentement dans la transaction n'a pas tenu face à la jurisprudence qui tend désormais à prendre quelques libertés au sujet de l'erreur. La notion d'erreur sur l'objet de la contestation, susceptible d'entraîner la nullité de la transaction conformément à l'article 2053 du Code civil a, dans un premier temps, été élargie (a) afin d'assurer la prise en compte de l'aggravation du dommage des victimes d'accidents<sup>4</sup> par ce que a pu être qualifié de « forçage de l'erreur »<sup>5</sup>. L'instrumentalisation de l'erreur sur l'objet de la contestation s'est par la suite poursuivie. Le façonnage jurisprudentiel dont elle a fait l'objet avait manifestement pour ambition de permettre l'annulation de transactions dont le résultat apparaît inévitable. L'exclusion de l'erreur de droit comme vice du consentement susceptible de remettre en cause la validité de la transaction, pourtant prévue sans ambiguïté par la loi, est par ailleurs en voie d'être reléguée à une règle sans valeur (b).

a) L'élargissement de la notion d'erreur sur l'objet de la contestation

419. **Un surcroît de protection.** L'interprétation stricte de l'objet de la transaction permet d'associer avec une certaine harmonie protection des parties et sécurité juridique. Il apparaît cependant qu'une telle interprétation n'assure pas, selon les juges, une protection suffisante dès lors que la rédaction de l'objet est claire et prévoit une renonciation très large. Avec pour objectif louable de permettre l'indemnisation de l'aggravation du préjudice, y compris lorsque l'objet de la transaction est très large et interdirait l'indemnisation de tout dommage complémentaire, la jurisprudence a entrepris d'élargir la notion d'erreur sur l'objet de la contestation.

---

économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.* 2000, p. 369. Les conditions de l'annulation pour contrainte économique ont par la suite été précisées par la jurisprudence pour en restreindre le champ d'application.

<sup>1</sup> A. Bénabent : *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*. Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2013, *sp.* n° 1421.

<sup>2</sup> *V. not.* Ch. Radé : « Les effets de la transaction », in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.) : *La transaction dans toutes ses dimensions*. Dalloz, 2006, *sp.* p. 87.

<sup>3</sup> Le juge ne peut en effet relever d'office la fin de non-recevoir résultant de l'existence d'une transaction.

<sup>4</sup> *V. L. Poulet : Transaction et protection des parties*. Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2005, *sp.* n° 465 et *s.* p. 198.

<sup>5</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier : *Contrats spéciaux*. LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2014, *sp.* n° 1121.



Le mouvement a été amorcé par une décision de la première chambre civile du 9 juillet 1963<sup>1</sup> qui a admis la nullité de la transaction pour erreur sur l'objet de la contestation. Ainsi, dès lors que des préjudices nouveaux, qui étaient imprévisibles à la date de la conclusion de la transaction sont avérés, la victime de l'accident pourrait obtenir l'annulation de la transaction pour erreur sur l'objet de la contestation. Une telle position semble pouvoir être critiquée car elle attente gravement à la sécurité attendue de la transaction. L'annulation de la transaction pour erreur sur l'objet de la contestation remet en cause la transaction initiale et l'indemnisation qui en résultait. Les montants ainsi définis par les parties pour indemniser le préjudice initialement convenu dans la transaction peuvent en conséquence être modifiés, soit par la voie amiable postérieurement à la transaction, soit, plus fréquemment, par la voie judiciaire.

420. **La tentation de l'équitable pour le juge.** Par cette position, non seulement les juges permettent l'indemnisation d'un préjudice nouveau, indemnisation qui avait précisément été exclue par une convention claire et précise, mais ils rendent de plus possible la réévaluation du préjudice initial, ce qui leur permettrait par ailleurs d'augmenter les indemnités négociées par les parties s'ils venaient à considérer qu'elles sont insuffisantes. La tentation de rétablir ce qui semble équitable semble très forte pour les juges, notamment lorsque les préjudices en cause sont des préjudices corporels dont l'importance pourrait justifier un assouplissement des règles. Une telle tentation semble d'autant plus légitime qu'en matière d'indemnisation par la voie judiciaire, l'aggravation du préjudice peut entraîner un complément d'indemnisation, que le préjudice ait ou non été prévisible lors de la fixation de l'indemnisation initiale<sup>2</sup>. Les lois relatives à l'indemnisation des victimes de certains événements<sup>3</sup> ont par ailleurs prévu la possibilité pour les victimes d'obtenir un supplément d'indemnisation en cas d'aggravation du préjudice.

L'atteinte à la prévisibilité et à la sécurité juridique n'en est pas moins totale et choquante. Ainsi, « il paraît artificiel de stigmatiser une erreur sur l'objet de la contestation, alors qu'il n'y a le plus souvent en réalité qu'une mauvaise appréciation de l'étendue des séquelles générées »<sup>4</sup>. La transaction apparaît en conséquence en matière d'indemnisation des accidents corporels « comme un mode de contournement de l'effet extinctif qui y est normalement attaché »<sup>5</sup>. Cette tentation des juges de refaire une convention qu'ils estiment injuste se manifeste également par l'instauration jurisprudentielle de la prévalence de l'erreur sur l'objet de la contestation sur l'erreur de droit.

b) L'effacement de l'erreur de droit face à l'erreur sur l'objet de la contestation

421. **La catégorie englobante de l'erreur sur l'objet de la contestation.** Par la hiérarchisation des vices susceptibles d'affecter la transaction, la jurisprudence s'attribue le

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 9 juill. 1963 ; *JCP* 1963, II, 13413, note P. Esmein, puis Cass. 1<sup>er</sup> civ. 29 oct. 1963, *Bull. civ.* I n° 463 ; *D.* 1964, p. 467, note F. Boulanger ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 janv. 1990, n° 88-15112 ; *Bull. civ.* II, n° 9, p. 5 ; *Resp. civ. et assur.* 1990, comm. n° 106 ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 10 juin 1986, n° 85-10345 ; *Bull. civ.* I, n° 164, p. 165.

<sup>2</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 sept. 2010, n° 09-15391, non-publiée ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 déc. 1999, n° 98-10416 ; *Bull. civ.* II, n° 188 ; *D.* 2000, p. 275 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 oct. 1968, *Bull. civ.* II, n° 259 ; *RTD civ.* 1969, p. 342, obs. G. Durry.

<sup>3</sup> Article L. 211-19 du Code des assurances pour les victimes des accidents de la circulation et article L. 422-2 pour les victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions.

<sup>4</sup> L. Weiller : *La liberté procédurale du contractant*. Préf. J. Mestre, PUAM, 2004, n° 505, p. 458.

<sup>5</sup> L. Weiller : *La liberté procédurale du contractant*. Préf. J. Mestre, PUAM, 2004, p. 460, n° 506.

contrôle de la validité de la transaction qui lui était déniée par la loi. La première manifestation en ce sens ressort d'un arrêt rendu en matière sociale par la Cour de cassation, concernant une transaction consécutive à un licenciement<sup>1</sup>. La Cour de cassation avait alors écarté l'existence d'une erreur de droit pour fonder la cassation de la décision des juges du fond en la qualifiant d'erreur sur l'objet de la contestation. On aurait pu penser que cette décision, restée isolée pendant dix longues années, ait été motivée uniquement par la matière considérée, mettant aux prises employeurs présumés forts et employés présumés faibles. Or, ce qui aurait pu sembler comme une maladresse de la Haute juridiction semble désormais refléter la tentation bien réelle de la jurisprudence de gommer les contours de l'erreur de droit pour la mieux faire se fondre dans une autre erreur, source de nullité : l'erreur sur l'objet de la contestation.

La Cour de cassation a en effet considérablement amoindri le domaine de l'erreur de droit en l'englobant dans l'erreur sur l'objet de la contestation. La définition de cette dernière a pu être déduite par exclusion<sup>2</sup> comme étant celle portant sur « l'existence même du droit contesté et non de l'erreur sur la valeur »<sup>3</sup>. Dans une décision remarquable du 22 mai 2008, la première chambre civile de la Cour de cassation a énoncé que « l'erreur (...), fut-elle de droit, affecte l'objet de la contestation tel que défini par ladite transaction, de sorte que c'est sans encourir aucun grief du moyen que la cour d'appel a prononcé la rescision de celle-ci »<sup>4</sup>. Cette décision permet ainsi d'annuler une transaction lorsque l'erreur de droit, « forme d'erreur secondaire, de moindre force juridique que l'erreur sur l'objet de la contestation »<sup>5</sup> entraîne une erreur sur l'objet de la contestation, dont la notion s'élargit notablement par la même occasion<sup>6</sup>. La notion d'erreur sur l'objet de la contestation étant élargie par l'arrêt, seules les erreurs de droit ne constituant pas en même temps une erreur sur l'objet de la contestation seront exclues comme vice n'entraînant pas la nullité du contrat<sup>7</sup>. « L'erreur de droit est phagocytée par l'erreur sur l'objet »<sup>8</sup>, ce qui a pour effet de « fragiliser les transactions en hiérarchisant les textes au profit de ceux qui permettent de l'anéantir »<sup>9</sup>. « En faisant prévaloir le caractère contractuel de la transaction, la Cour de cassation retire une part importante du rôle classique de la justice transactionnelle. Elle porte aussi atteinte à la volonté des parties de voir le litige résolu par transaction, ainsi qu'à la sécurité contractuelle ». Or, cette même démarche d'admission plus large de l'erreur comme cause de nullité de la transaction a par la suite été adoptée par une autre décision de la première chambre civile, dans des termes presque identiques<sup>10</sup>. Il a ainsi été avancé que « sous couvert d'autres qualifications concurrentes – erreur de fait, erreur sur l'objet-, la jurisprudence érige l'erreur de droit en cause de rescision »<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> Cass. soc., 24 nov. 1998, n° 95-43523 ; *Bull. civ.* V, n° 515, p. 383 ; *D.* 1999, jur. p. 174, obs.

P. Fadeuilhe ; v. ég. A. Jeammaud : « Retour sur une transaction en quête de stabilité », *Dr. soc.* 1999, p. 351.

<sup>2</sup> V. sur cette démarche L. Weiller : *La liberté procédurale du contractant*. Préf. J. Mestre, PUAM, 2004, *sp.* n° 496, p. 451.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 20 déc. 2000, n° 99-13561, non-publiée.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 22 mai 2008, n° 06-19643 ; *Bull. civ.* I, n° 151 ; *D.* 2009, p. 272, obs. S. Lavric et note F. Ludwiczak ; *Gaz. Pal.* 7 août 2008, n° 220, p. 21 ; *Dr. et patr.* 2009, n° 178, p. 126, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RLDC* 2008, n°3169, note B. Mallet-Bricout ; *CCC* 2008, comm. 225, L. Leveneur ; *JCP* 2008, act. 371, J. Béguin.

<sup>5</sup> B. Mallet-Bricout, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 22 mai 2008, *RLDC* 2008, n°3169.

<sup>6</sup> B. Mallet-Bricout, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 22 mai 2008, *RLDC* 2008, n°3169.

<sup>7</sup> Cass. soc., 22 sept. 2011, n° 10-10481, non-publiée ; *Cah. Soc. B.* 2011, n° 235, p. 283, obs. J.-F. Pansier.

<sup>8</sup> L. Thibierge : « La caution et la transaction », note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 mars 2012, *D.* 2012, p. 1102.

<sup>9</sup> Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 22 mai 2008 *préc.*, *Dr. et patr.* 2009, n° 178, p. 126, *sp.* p. 127.

<sup>10</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 17 juin 2012, n° 09-14144 ; *Bull. civ.* I, n° 138 ; *D.* 2010, somm. p. 1626 ; *Dr et patr.* 2010, n° 96, note G. Gil.

<sup>11</sup> L. Thibierge : « La caution et la transaction », note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 mars 2012, *D.* 2012, p. 1102.

Le domaine de l'exclusion de l'erreur de droit a par ailleurs été précisé par la Cour de cassation, pour admettre la nullité d'un cautionnement contenu dans une transaction ne comportant pas les mentions manuscrites prescrites à peine de nullité. Il a ainsi été récemment décidé que « l'exclusion de l'erreur de droit comme cause de nullité de la transaction ne concerne que la règle applicable aux droits objets de la contestation qu'elle a pour but de terminer, et non les engagements souscrits pour garantir l'exécution de la transaction »<sup>1</sup>.

L'évolution opérée semble indéniable : « Le domaine de l'erreur de droit semble en pleine régression »<sup>2</sup>. Malgré la détermination par la loi de l'applicabilité des différents vices du consentement à la transaction, on ne peut que constater l'instrumentalisation et le contournement de ces règles par les juges. « Finalement, la question des vices du consentement dans la transaction est abordée par les juges de manière très casuistique, voire utilitariste : des considérations d'équité viennent parfois troubler le jeu de l'erreur sur l'objet de la contestation, la lésion réapparaît discrètement derrière la notion de violence économique, l'erreur de droit présente des frontières parfois extensibles et en tous les cas incertaines, la faiblesse de l'une des parties encourage la reconnaissance du dol... »<sup>3</sup>. Les origines d'une telle évolution sont peut être à rechercher dans le changement d'approche des parties relativement à la transaction.

422. **La conception contemporaine de la transaction.** Du pari que celle-ci constituait lors de sa codification dans le Code civil, il semble que la transaction ait évolué pour intégrer d'autres usages plus pragmatiques, voire se transformer en une « simple technique de gestion » en matière de droit du travail<sup>4</sup> et des accidents de la circulation<sup>5</sup>. Les parties transigent toujours souvent pour, en quelque sorte, fixer des droits incertains, en effectuant ce pari auquel il était fait référence par le passé. Cependant, sous l'impulsion de l'analyse économique du droit, il semble qu'une part importante de transactions conclues désormais le soit non pour déterminer des droits incertains mais pour régler au plus vite, et à moindre frais, un litige dont la solution peut parfois apparaître certaine. Les transactions conclues en droit du travail et en matière d'indemnisation des victimes des accidents de la circulation « visent toutes deux à accélérer le règlement d'un conflit d'intérêt plutôt qu'à régler un litige »<sup>6</sup>. Les coûts, délais et incertitudes judiciaires jettent ainsi une partie du contentieux dans les bras de la transaction qui offre sécurité, rapidité et maîtrise des coûts pour le règlement du litige. On assiste dès lors au « déplacement de l'objet des contestations de l'existence d'un droit aux difficultés de sa mise

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 8 mars 2012, n<sup>o</sup> 09-12246 ; *Bull. civ. I*, n<sup>o</sup> 53 ; *D.* 2012, p. 1102, note L. Thibierge ; *JCP* 2012, n<sup>o</sup> 17, 517, note S. Piedelièvre ; *JCP E* 2012, n<sup>o</sup> 14, 1239, comm. D. Legeais ; *Bull. Joly* 2012, n<sup>o</sup> 6, p. 478, note D. Houtcieff ; *Rev. sociétés* 2012, p. 421, note I. Riassetto.

<sup>2</sup> L. Thibierge : « La caution et la transaction », *D.* 2012, p. 1102.

<sup>3</sup> B. Mallet-Bricout : « Vices et transaction », in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.) : *La transaction dans toutes ses dimensions*. Dalloz, 2006, p. 35.

<sup>4</sup> F. Gaudu et R. Vatinet : *Les contrats de travail, contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*. LGDJ, 2001, *sp.* n<sup>o</sup> 508, p. 449.

<sup>5</sup> L. Poulet : *Transaction et protection des parties*. Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2005, *sp.* n<sup>o</sup> 696, p. 303.

<sup>6</sup> L. Poulet : *Transaction et protection des parties*. Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2005, *sp.* n<sup>o</sup> 696, p. 303.

en œuvre »<sup>1</sup>, la transaction apparaissant alors comme « un moyen d'application spontanée du droit »<sup>2</sup>.

423. **Transaction et réalisation de la Justice.** Cette conception nouvelle de la transaction, comme outil de réalisation du droit et non plus comme pari sur un résultat juridictionnel douteux, entraîne logiquement des transformations dans l'appréhension par le juge de cet outil à la disposition des parties. Si la transaction est conçue comme une manière de réaliser la justice objective et non celle qui semble bonne aux parties lorsqu'elles renoncent à leurs prétentions dans la transaction, un contrôle plus approfondi semble s'imposer. Les juges se sont octroyé les moyens de ce contrôle en tournant avantageusement les règles spécifiques relatives au consentement contenues dans le Code civil. Sous cette pression nouvelle du Juste, l'erreur de droit tend à s'effacer derrière l'erreur sur l'objet de la contestation, permettant ainsi la remise en cause de transactions contraires à l'idée que se font les juges de la Justice. « L'erreur de droit se fond ainsi progressivement dans l'erreur sur l'objet de la contestation, certes dans l'intérêt des victimes mais au détriment de la sécurité juridique de la transaction »<sup>3</sup>. Le référentiel pour apprécier la validité de la convention dérive alors du consentement des parties à la solution qui aurait été donnée par le juge s'il avait eu à connaître du litige dont il a été évincé. La volonté des magistrats qui transparait de telles torsions des règles est de permettre une réalisation spontanée de la justice. Les parties ne pourraient ainsi plus décider de s'imposer des décisions très éloignées du droit. La conception interventionniste de la transaction semble ainsi gagner du terrain, se manifestant par ailleurs dans le contrôle par le juge de l'existence et de la substance des concessions réciproques.

2° Le contrôle dérobé de la justice par les concessions réciproques

424. **La sanction de l'absence de concessions réciproques.** Considérée comme « une convention à surveiller »<sup>4</sup> en raison de ses conséquences drastiques et de l'atmosphère entourant sa conclusion, la transaction a évolué d'un véritable pari sur le résultat judiciaire en une forme de réalisation du droit. L'exigence des concessions réciproques, œuvre exclusivement jurisprudentielle régulièrement rappelée, apparait comme un élément central du contrat de transaction, qui « suppose qu'aucun des antagonistes ne perde la face et s'incline seul »<sup>5</sup>.

Cette première assertion mérite d'être développée, dans la mesure où l'on constate qu'une partie peut toujours renoncer à agir en justice, sans pour autant rien recevoir de l'autre partie. Il en est ainsi du désistement d'action<sup>6</sup>, par lequel une partie renonce unilatéralement à agir en justice, ou encore de la simple abstention de la partie disposant d'un droit à le faire valoir en

<sup>1</sup> E. Serverin, P. Lascoumes et Th. Lambert : *Transactions et pratiques transactionnelles. Sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*. Paris, Economica, 1987, *sp.* p. 34.

<sup>2</sup> E. Serverin, P. Lascoumes et Th. Lambert : *Transactions et pratiques transactionnelles. Sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*. Paris, Economica, 1987, *sp.* p. 35.

<sup>3</sup> P. Puig : « La transaction : atouts et risques », *PA* 3 déc. 2009, n° 241, p. 29, n° 20.

<sup>4</sup> P.-Y. Gautier, note sous Cass 1<sup>er</sup> civ., 30 mai 2000, n° 98-15242 à la *RTD civ.*, 2000, p. 865.

<sup>5</sup> Ch. Jarrosson : « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, *chron.*, p. 267, *sp.* p. 268, n° 9.

<sup>6</sup> Sur le rapprochement entre le désistement d'action et les effets de la transaction, v. R. Perrot : « Désistement : transaction et désistement », *RTD civ.* 1993, p. 883.

justice. Le désistement d'action se révèle très proche de la transaction dans ses effets. Ce désistement emporte en effet l'extinction du droit d'agir et l'extinction de l'instance éventuellement en cours. En ce sens, le désistement d'action éteint également le litige, entendu comme une opposition de prétentions juridiques, puisque celui-ci ne pourra plus faire l'objet d'une action en justice. Les effets du désistement d'action et de la transaction sont ainsi identiques. La seule composante qui les distingue est donc le caractère synallagmatique du contrat de transaction, là où le désistement d'action se contente, pour exister, de la seule volonté du renonçant. Le désistement ou la renonciation unilatérale à l'action sont donc des manifestations de volonté non causées par une quelconque contrepartie et ne sont donc pas fonction, au contraire de la transaction, d'une quelconque exécution du « bénéficiaire » de l'extinction du droit d'agir. Cette différence semble importante notamment relativement à l'appréciation de la sanction de l'absence des concessions réciproques dans la transaction.

425. **La nullité, une mesure inadéquate ?** Une telle absence semble en effet, le plus souvent<sup>1</sup>, sanctionnée par la nullité de la transaction<sup>2</sup>, alors qu'une requalification de la convention qui contiendrait l'engagement d'un seul en désistement d'action ou en pure renonciation à un droit serait envisageable et parfois considérée comme préférable<sup>3</sup>. Si en effet le litige ne semble pas constituer un prérequis du désistement d'action<sup>4</sup>, il n'est en aucun cas exclu qu'il puisse intervenir pour mettre fin à un litige existant. M. Jarrosson relève ainsi que « l'absence de concessions réciproques n'entache pas le contrat en tant que tel, mais supprime l'élément qui lui confère sa qualification spéciale de transaction. En d'autres termes, l'existence de concessions réciproques n'est pas une condition de validité de la transaction, mais un élément essentiel de sa qualification »<sup>5</sup>. En ce sens, J. Ghestin estime que « l'absence de concessions réciproques peut effectivement conduire à la requalification de la transaction en un contrat à titre gratuit »<sup>6</sup>. La volonté de celui qui se dépouille est alors d'autant plus strictement envisagée, tant le fait de se déposséder volontairement et sans contrepartie apparaît étrange. L'existence d'une cause à l'engagement est ainsi vérifiée, de manière à déterminer si la convention doit être annulée ou requalifiée en raison de l'intention libérale justifiant sa conclusion. La disqualification du contrat de transaction plutôt que sa nullité entrainerait par ailleurs l'avantage de permettre à la volonté des parties de s'exprimer en dépit de son extraction du cadre de la transaction. L'exclusion de la qualification de transaction pourrait ainsi permettre d'apprécier l'accord conclu au regard des conditions moins restrictives du droit commun des

---

<sup>1</sup> Dans quelques espèces les juges disqualifient la transaction, v. par ex. CA Aix en Provence, 10<sup>e</sup> chambre, 14 avr. 2004 ; *D.* 2004, p. 2959, obs. C. Bloch.

<sup>2</sup> V. récemment Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-15156, non-publée, selon laquelle l'existence de concessions réciproque conditionne la validité d'une transaction ; la solution est acquise et constante depuis longtemps : v. ég. Cass. com. 25 oct. 2011, n° 10-23538 ; *Bull. civ.* V, n° 173 ; *D.* 2011, p. 2727 ; *RTD civ.* 2012, p. 128, note P.-Y. Gautier ; *Rev. sociétés* 2012, p. 25, note Th. Massart ; *RTD civ.* 2012, p. 113, obs. B. Fages ; *JCP* 2012, 63, *sp.* n° 11, obs. J. Ghestin ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 9 juill. 2003, n° 01-11963 ; *Bull. civ.* I, n° 174, p. 136 ; *JCP* 2003, II, 10171, note R. Desgorces ; *PA* 30 juin 2004, n° 130, p.5, note H. Kenfack ; *D.* 2003, IR p. 2053.

<sup>3</sup> En ce sens *not.* v. P. Larrieu : « Les concessions dans la transaction », *RLDC* juin 2007, p. 59 : « sur le terrain de l'opportunité, la solution de la requalification est, en outre, préférable à l'annulation puisqu'elle permet de donner effet à l'accord conclu par les parties ».

<sup>4</sup> Ch. Jarrosson : « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, *chron.*, p. 267, *sp.* p. 269, n°16.

<sup>5</sup> Ch. Jarrosson : « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, *chron.*, p. 267, *sp.* p. 270, n° 20.

<sup>6</sup> J. Ghestin : *Cause de l'engagement et validité du contrat*. LGDJ, 2006, *sp.* n° 601, p. 384, citant à l'appui Cass. 1<sup>er</sup> civ. 4 mai 1976, n° 74-12526 ; *Bull. civ.* 1, n°157, p. 124 ; *RTD civ.* 1976, p. 812, obs. R. Savatier ; *JCP* 1976, IV, 209 concernant la distinction entre un partage d'ascendant et une transaction et les conséquences qui en découlent relativement aux formes prescrites de l'acte.

conventions et donc de permettre l'invocation d'une éventuelle erreur de droit dont on a vu qu'elle était expressément exclue en matière de transaction.

426. **Transaction et renonciation.** Dans l'optique de régler un litige, quels sont réellement les avantages pratiques de la transaction par rapport à la renonciation à un droit ou au désistement d'action ? Concernant la distinction entre renonciation à un droit et transaction, il est intéressant de noter le caractère potentiellement plus radical de la renonciation à un droit. En abandonnant le droit lui-même, le renonçant s'en dépossède unilatéralement et définitivement. Sauf à admettre une renonciation conditionnelle, n'intervenant que lorsqu'une condition sera réalisée, la renonciation est radicale. Par ailleurs, dans ses effets par rapport aux tiers, la renonciation à un droit semble également bien plus tranchante que le désistement d'action ou la transaction<sup>1</sup>. Si le droit d'action s'exerce contre une personne dénommée, il n'affecte pas le droit lui-même justifiant l'action : l'action en justice est éteinte, mais le droit dont elle était dérivée subsiste. C'est ainsi que le désistement d'action opéré ne vaudra que pour la partie à laquelle il est destiné. Les rapports avec les tiers<sup>2</sup> seront peu affectés par la transaction ou par le désistement d'action.

427. **La transaction est-elle toujours un modèle ?** Le caractère synallagmatique de la transaction la rend-elle moins suspecte ? Est-ce l'autorité de chose transigée, attribuée par la loi elle-même, qui fait de ce contrat un modèle enviable pour terminer une contestation ? L'intérêt si particulier de la transaction apparaît en définitive difficile à saisir. Au-delà du bénéfice de l'aide juridictionnelle permettant de financer les coûts afférents à la négociation d'une transaction<sup>3</sup>, l'intérêt majeur de cette convention par rapport aux autres renonciations conventionnelles à agir en justice semble être la faculté pour les parties de solliciter le concours de la force publique pour faire exécuter ce contrat particulier. Mais ce qui était anciennement une faveur réservée à la transaction est désormais envisageable pour l'ensemble des accords résultant de règlements amiables auxquels sont parvenues les parties, peu important que ceux-ci constituent ou non une transaction. Le décret du 20 janvier 2012 ayant abrogé l'article 1444-1 du CPC a en effet créé l'article 1565, qui dispose 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 ». L'article 1568 du CPC précise que cette disposition s'applique également à la transaction obtenue hors de ces processus déterminés. Il est ainsi concevable que des accords ne comportant pas de concessions réciproques puissent être homologués et se voient conférer force exécutoire.

428. **La problématique question de l'objet et de l'existence des concessions réciproques.** Qu'est-ce qu'une concession réciproque ? La qualification de transaction implique qu'une des parties renonce à des « droits, actions et prétentions » selon la lettre de l'article 2048 du Code

---

<sup>1</sup> Sauf lorsque la jurisprudence découvre dans cette dernière une renonciation à un droit : v. Cass. 1<sup>o</sup> civ., 25 févr. 2003, n<sup>o</sup> 01-00890 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup>60, p. 45 : « si, selon l'article 2051 du Code civil, la transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres et ne peut être opposée par eux, il en est autrement lorsqu'il renonce expressément à un droit dans cet acte ».

<sup>2</sup> Sur le sujet, v. X. Lagarde : « La transaction et les tiers : tentative de clarification d'une question complexe », *RDC* 2005, n<sup>o</sup> 2, p. 413.

<sup>3</sup> L'aide juridictionnelle a été étendue aux pourparlers transactionnels par la loi n<sup>o</sup> 98-1163 du 18 décembre 1998 pour éviter que les coûts engendrés par la recherche d'une telle solution conventionnelle ne représentent un obstacle à la mise en œuvre de ces discussions.

civil. L'objet de la renonciation semble toujours incertain<sup>1</sup>. Certains arrêts retiennent la renonciation à une prétention<sup>2</sup>, d'autres à l'action en justice, d'autres encore au droit lui-même<sup>3</sup>. La distinction n'est pas sans conséquence, non seulement quant à l'incidence de la transaction sur les rapports des parties avec les tiers, mais également relativement à l'appréciation du caractère dérisoire des concessions réciproques. Si c'est au droit lui-même qu'il est renoncé, les tiers peuvent se prévaloir de ladite renonciation et l'appréciation du caractère dérisoire des concessions des parties pose alors particulièrement problème. En effet, apprécier si une concession est ou non dérisoire par rapport au droit auquel il est renoncé implique d'apprécier la validité juridique des prétentions éventuelles des parties. Or l'esprit de la transaction l'interdit, puisque « ce passage volontaire de l'incertain au certain, du douteux à l'acquis, des prétentions aux droits, constitue en lui-même une prise de risque »<sup>4</sup> que doivent assumer les parties.

Peut-être précisément est-ce à l'ensemble constitué du droit, lui-même défendu par une prétention, objet d'une action en justice qu'il faut se référer dans sa globalité pour comprendre l'étendue de la renonciation opérée par la transaction. L'autorité de chose jugée n'est en définitive que la manifestation procédurale de la renonciation au droit qui sous-tendait la prétention objet de l'action. L'un ayant disparu, tous les maillons de la chaîne tombent. Mais dès lors, comment déterminer qu'une concession est dérisoire sans disposer d'aucun référentiel ? L'appréciation de la démesure semble plus facilement réalisable si l'on considère les prétentions des parties. La concession serait alors constituée par le fait que chacune des parties reviendrait sur ses exigences. Mais comme l'a souligné la doctrine, se fonder sur les prétentions des parties risque de pousser ces dernières à les exagérer pour que les concessions effectivement consenties dans la transaction n'apparaissent pas dérisoires. Quant à la concession de l'autre partie à la transaction, répondant à un tel abandon, elle peut avoir trait au litige mais également lui être complètement étrangère, telle par exemple une prestation extérieure au contrat initial fournie en contrepartie d'une renonciation à invoquer une garantie contractuelle.

429. ***L'appréciation de la consistance des concessions réciproques.*** L'existence des concessions réciproques est déterminante pour que la convention puisse être qualifiée de transaction. Leur consistance semble à cet égard plus accessoire. Il n'est en effet pas requis que les concessions soient équivalentes<sup>5</sup> ou répondent à une certaine proportionnalité, mais

---

<sup>1</sup> On a semblé penser que le fait que l'objet de la renonciation soit les prétentions et non les droits des parties était acquis : v. Ch. Boillot : *La transaction et le juge*. Préf. P. Le Cannu, PUF- Droit Clermont Ferrand-LGDJ, 2003, *sp.* n° 849, p. 440.

<sup>2</sup> Plus précisément, les concessions s'apprécieraient par rapport aux prétentions des parties lors de la conclusion de la transaction : Cass. soc., 27 mars 1996, n° 92-40448 ; *Bull. civ.* V, n° 124, p. 85 ; *JCP* 1996, II, 22711, note F. Taquet ; Cass. soc., 21 mai 1997, n° 95-45038 ; *Bull. civ.* V, n° 185, p. 132 ; *JCP* 1997, II, 22926, note F. Taquet ; Cass. soc. 20 nov. 1979, n° 78-41424 ; *Bull. civ.* V, n° 934.

<sup>3</sup> Cass. soc. 14 mai 2008, n° 07-40946 à 07-41061 ; *Rev. dr. trav.* 2008, p. 450, note G. Auzero ; *D.* 2008, p. 2117, note E. Serverin ; *JCP* 2008, II, 10139, note P. Morvan ; la décision énonce en effet que « si l'effet relatif des contrats interdit aux tiers de se prévaloir de l'autorité d'une transaction à laquelle ils ne sont pas intervenus, ces mêmes tiers peuvent néanmoins invoquer la renonciation à un droit que renferme cette transaction » ; v. déjà Cass. 1<sup>er</sup> civ., 25 févr. 2003, n° 01-00890 ; *Bull. civ.* I, n° 60, p. 45 ; *RDC* 2005/2, p. 413, obs. X. Lagarde.

<sup>4</sup> P. Puig : « La transaction : atouts et risques », *PA* 3 déc. 2009, n° 241, p. 29, n° 16.

<sup>5</sup> Cass. soc. 13 mai 1992, n° 89-40844 ; *Bull. civ.* V, n° 307, p. 192 : « quelle que soit leur importance relative » ; *RTD civ.* 1992, p. 783, obs. P.-Y. Gautier ; Cass. soc. 5 janv. 1994, n° 89-40961 ; *Bull. civ.* V, n° 1, p. 1 ; *D.* 1994, p. 586, note C. Puigelier ; *JCP* 1994, II, 22259, note F. Taquet.

seulement qu'elles existent et soient réelles<sup>1</sup>. Le droit commun est en effet explicitement rappelé par l'article 2052 du Code civil qui exclut l'application de la lésion à la transaction, emportant l'interdiction pour le juge de vérifier toute équivalence entre les concessions des parties. Une décision a fort bien résumé ce paradoxe : « le juge ne peut, sans heurter l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction, trancher le litige que cette dernière avait pour objet de clore en se livrant à un examen des éléments de fait et de preuve pour déterminer le bien-fondé du motif du licenciement économique du salarié »<sup>2</sup>. Le juge est ainsi tenu par la convention : la manière dont les parties ont réglé leur différend ne peut être critiquée qu'à titre d'exception, les concessions réciproques des parties, dès lors qu'elles existent, ne pouvant être remises en cause. Cependant une limite est posée à ce principe : dès lors qu'une concession réciproque peut être qualifiée de dérisoire<sup>3</sup>, elle serait en effet considérée comme une absence de concession, ce qui atteindrait fatalement la cause du contrat de transaction, conçue comme l'éradication du litige par des concessions réciproques, et son intérêt pour l'autre partie.

430. **La notion de dérisoire.** Quelle signification revêt véritablement le terme « dérisoire » appliqué aux concessions dans la transaction ? Les concessions doivent-elles être considérées dérisoires dans l'absolu, comme insignifiantes ou négligeables ? Il apparaît exclu que des concessions de 5000 francs<sup>4</sup> soient considérées comme dérisoires dans l'absolu. Il semble ainsi que la qualification de dérisoire sollicite malgré tout la notion de relativité. Pour apprécier si une concession est dérisoire, les juges semblent ainsi prendre pour référentiel ce que constitueraient des concessions équivalentes. Or, pour déterminer cela, les magistrats sont forcés non de s'attarder sur les prétentions des parties, qui peuvent être fantaisistes, mais sur ce qu'ils estimeraient être la décision qui aurait été rendue en l'absence de règlement du litige par la transaction. Pour l'appréciation du dérisoire, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation<sup>5</sup>, lequel semble particulièrement sollicité en matière sociale. « Lorsque le sacrifice est si faible qu'il peut être considéré comme inexistant, les juges n'hésitent pas à annuler la transaction dans le but, à peine voilé, de protéger celui qui renonce sans contrepartie suffisante ou "appréciable" selon le qualificatif employé par la chambre sociale de la Cour de cassation »<sup>6</sup>. Il apparaît évident que l'appréciation du caractère dérisoire d'une concession ne peut être réalisée qu'en comparant celle-ci à la solution qu'aurait dégagée le juge en cas de procès.

431. **Compatibilité de l'appréciation de la dérision et de l'aléa.** Ainsi, sous couvert de la recherche de concessions dérisoires, le juge apprécie les concessions des parties. Une telle opération semble, *de facto*, impliquer une pesée des droits en présence. Comment en effet justifier que le juge, auquel est censée s'imposer la convention des parties au même titre que n'importe quel contrat, puisse, sans apprécier la valeur juridique de leurs prétentions,

---

<sup>1</sup> Pour un exemple de concession consistant en l'abandon de l'exercice d'un contrôle relatif aux demandes d'indemnisations par une attribution forfaitaire et l'adoption d'une modalité de calcul favorable et l'économie d'une procédure longue et coûteuse pour la victime, v. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 déc. 2007, n° 06-18049 ; *Bull. civ. I*, n° 383 ; CCC 2008, n° 90, note L. Leveneur ; *Defrénois* 2008, p. 693 obs. R. Libchaber ; *Dr. et patr.* mai 2008, p. 93, note L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck.

<sup>2</sup> Cass. soc. 14 juin 2000, n° 97-45065 ; *Bull. civ. V*, n° 230, p. 180.

<sup>3</sup> Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 98-43635 ; *Bull. civ. V*, n° 399, p. 307 ; *JCP* 2001, IV, 1178 ; Cass. soc. 18 mai 1999, n° 96-44628 ; *Bull. civ. V*, n° 223, p. 164 ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 4 mai 1976, n° 74-12526 ; *Bull. civ. I*, n° 157, p. 124 ; *RTD civ.* 1976, p. 812, obs. R. Savatier ; *JCP* 1976, IV, 209.

<sup>4</sup> Cass. soc. 28 nov. 2000, n° 98-43635 ; *Bull. civ. V*, n° 399, p. 307 ; *JCP* 2001, IV, 1178.

<sup>5</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 nov. 2007, n° 06-19272 ; *Bull. civ. III*, n° 214.

<sup>6</sup> P. Puig : « La transaction : atouts et risques », *PA* 3 déc. 2009, n° 241, p. 29, n° 19, citant Cass. soc. 19 févr. 1997, n° 95-41207 ; *Bull. civ. V*, n° 74, p. 51 ; *RTD civ.* 1997, p. 967, obs. P.-Y. Gautier.



déterminer ce qui est dérisoire et ce qui ne l'est pas ? L'autorité de la chose transigée semble atteinte par le principe même de ce contrôle. Par ailleurs il a été noté que « toutes les fois que l'opération porte sur une créance qui peut être d'emblée chiffrée, à partir d'une base légale ou contractuelle, on constate une certaine tendance à faire abstraction d'un éventuel litige, de ses aléas, pour se demander si les abandons réalisés par le créancier étaient légitimes, compte tenu de l'avantage reçu en contrepartie. La perspective d'un procès continue sans doute d'être la toile de fond, et ses incertitudes sont bien ce qui incite les parties à transiger ; mais la transaction s'articule désormais autour d'un minimum incontestable, qui servira de pivot au contrôle que le juge pourra en faire »<sup>1</sup>.

Cette vérification de la teneur des concessions écarte de la qualification de transaction des conventions mettant fin à des litiges dont les prétentions qui s'y opposent sont fantaisistes : on peut en effet imaginer qu'une partie, manifestement dans son bon droit, pour éviter toute dérive juridictionnelle, consente une concession dérisoire, permettant à son adversaire de se satisfaire du principe de l'accord et lui donnant l'impression d'avoir été entendu. Il semble dès lors légitime de se demander si le seul fait que le juge ait la faculté de déclarer une des concessions des parties dérisoire n'implique pas déjà qu'il s'aventure trop loin sur le chemin de l'appréciation du caractère juste de la transaction, ou du moins conforme à ce qui aurait été jugé si une juridiction avait été saisie. Il semble par ailleurs que dans certaines circonstances le contrôle du dérisoire se rapproche dangereusement d'un contrôle de l'équivalence<sup>2</sup>. Indubitablement, ce regard du juge ne semble pas approprié s'agissant d'une transaction telle qu'entendue lors de la rédaction du Code civil, mais ne peut qu'être apprécié dès lors que la transaction est conçue comme un moyen amiable de réalisation du droit. La convention apparaissant désormais comme un vecteur de la justice telle qu'elle serait rendue par la fonction juridictionnelle, le contrôle de sa commutativité se justifie davantage. Il semble en définitive que les orientations amorcées au sujet de l'indemnisation des victimes et des transactions sociales, récemment adoptées en matière d'appréciation de l'erreur de droit ou de l'existence des concessions réciproques, doivent être envisagées comme incitant à « faire le départ entre (les transactions) qui reposent sur un aléa fondamental, et les autres, commutatives, qui appellent un règlement tout différent »<sup>3</sup>.

La volonté des parties de mettre fin au litige qui les oppose, exprimée dans la transaction, réalise sans aucun doute une mise à l'écart du traitement juridictionnel du litige, du moins dans un premier temps. Il apparaît en effet que la volonté des parties de régler leur conflit, de manière définitive et comme bon leur semble par le recours à cette convention spéciale ne soit pas nécessairement respectée en toutes circonstances. Le juge semble, dans certaines hypothèses, limiter les effets qu'ont entendu donner les parties à leur convention en admettant, sous couvert de l'erreur sur l'objet de la contestation, des erreurs de droit dont la loi précise pourtant qu'elles ne peuvent constituer une cause d'anéantissement de la transaction. Par ailleurs, en choisissant de déclarer nulle une convention ne contenant pas des concessions réciproques satisfaisantes au regard du juge, qui semble souvent prendre pour référentiel non la volonté des parties mais la solution qu'il aurait donnée au litige s'il en avait été saisi, la jurisprudence attente à la volonté des parties de régler leur litige, lequel sera de manière inopportune ressuscité par l'œuvre du juge. On peut dès lors se demander, en raison de ces

---

<sup>1</sup> R. Libchaber, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 déc. 2007, *Defrénois* 2008, p. 693.

<sup>2</sup> Cass. soc. 19 févr. 1997, n<sup>o</sup> 95-41207; *Bull. civ.* V, n<sup>o</sup> 74, p. 51; *RTD civ.* 1997, p. 967, obs. P.-Y. Gautier.

<sup>3</sup> R. Libchaber, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 déc. 2007, *Defrénois* 2008, p. 693.

atteintes à la volonté des parties, si la transaction telle que conçue par la jurisprudence peut conserver son rôle de modèle dans la mesure où le droit commun des contrats, susceptible d'engendrer des effets similaires à ceux reconnus par la loi à la transaction sans que ne soient imposées des conditions de validité aussi strictes, semble répondre aux attentes des parties en matière de traitement des conflits. Les parties pourraient-elles lier le juge quant à la qualification à donner à un tel contrat, pour exclure celle de transaction ? La réponse dépendra du sort réservé à la volonté des parties face à l'office du juge. Il convient cependant désormais d'envisager dans quelle mesure la volonté des parties peut influencer sur la procédure applicable à leur contentieux.

## Section 2 L'aménagement du litige

432. **Le pouvoir de la volonté des parties sur la procédure, fonction de la justice considérée.** Même si les parties n'arrivent pas à s'accorder sur une solution consensuelle permettant de mettre fin au litige par accord de volonté, le contrat, accord dans le désaccord, trouve son utilité dans l'aménagement de la procédure à suivre pour obtenir une décision juridictionnelle ou dans la gestion concrète de l'instance par les parties. « Le contrat se diffuse très sensiblement au sein du procès : au moyen d'accords processuels, il devient, en quelque sorte, à l'instar sinon à l'égal de la loi et de la décision unilatérale du juge, une technique complémentaire de gestion de la procédure, du moins en matière civile »<sup>1</sup>. La procédure est en effet un élément central du procès que les parties peuvent souhaiter aménager. Outre le fait qu'elle restaure et normalise les rapports entre litigants et qu'elle est ainsi une « cause mécanique et recherchée d'un premier apaisement du litige »<sup>2</sup>, la procédure assume bien d'autres rôles déterminants dans le procès. Elle aurait pour fin de « faire parvenir à maturité des allégations de fait que la ou les parties construisent »<sup>3</sup>. Son rôle le plus essentiel réside cependant dans la mise à égale distance des parties et du juge. La procédure détermine ainsi la place de chacun et la juste distance devant les séparer. Elle assure d'une certaine façon l'organisation dans l'espace conceptuel du triptyque généralement associé à la justice. « L'office de la procédure neutralise les puissances, impose sa propre répartition des pouvoirs et vise à l'élimination de l'arbitraire »<sup>4</sup>. En ce sens elle est le fer de lance du combat pour un procès équitable et contribue ainsi à l'envol vers la Justice.

L'importance de la tâche confiée à la procédure explique qu'elle ne puisse être laissée à la totale disposition des parties, du moins lorsque la décision qui en découle doit être confrontée à sa réception étatique. La volonté des parties dans l'aménagement du litige devant les juridictions étatiques reste notamment confinée par les considérations d'organisation du service public de la justice qui justifient que, lorsque sont sollicitées les juridictions étatiques, la volition des parties puisse être contrariée par d'autres considérations (§1<sup>er</sup>). Les procédures arbitrales laissent au contraire une liberté bien plus flamboyante aux parties d'aménager la procédure qu'elles souhaitent mettre en œuvre pour obtenir la solution de leur différend.

<sup>1</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, n° 140, p. 524.

<sup>2</sup> J.-F. Burgelin, J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche : « L'office de la procédure », in *Mél. P. Drai*. Dalloz, 2000, p. 253, *sp.* p. 255.

<sup>3</sup> J.-F. Burgelin, J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche : « L'office de la procédure », in *Mél. P. Drai*. Dalloz, 2000, p. 253, *sp.* p. 257 ; v. ég. H. Motulsky : « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Études de droit contemporain*, Sirey 1959, Fasc. XV, t.2, p. 355.

<sup>4</sup> J.-F. Burgelin, J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche : « L'office de la procédure », in *Mél. P. Drai*. Dalloz, 2000, p.253, *sp.* p. 262.

Détachée de toute contrainte extérieure liée au vecteur qu'est l'institution judiciaire pour dire le droit dans l'état, la procédure arbitrale incite dès lors à circonscrire les fondements et les piliers véritables de la Justice, dont les parties ne sauraient se passer sous peine d'assister à l'écroulement de l'édifice lui-même (§2). Le rôle de la convention est ainsi différent de celui envisagé auparavant. Qu'elle intervienne en matière judiciaire ou arbitrale, la convention portant sur la procédure est ainsi considérée comme un simple « instrument de gestion »<sup>1</sup> et se borne à « participer à la bonne marche de l'instance. Elle favorise la solution du litige, but de l'instance, mais cette solution demeure juridictionnelle »<sup>2</sup>.

### §1<sup>er</sup> L'accord de volonté devant les juridictions étatiques

433. **Les modèles de conventions processuelles.** « Il n'est plus possible de proclamer sans nuance que le procès civil demeurerait *la chose* des parties »<sup>3</sup>. Ce constat, établi par le rapport *Magendie*, laisse à penser que, face à la crise de la justice constatée depuis plusieurs années, il semble nécessaire de rééquilibrer les pouvoirs du juge et des parties de sorte que l'action de ces dernières et l'instance qui s'ensuit épousent au mieux les attentes légitimes des justiciables. À cet égard, ont été identifiées deux catégories de conventions dans lesquelles les parties au litige sont impliquées<sup>4</sup>. La catégorie des « conventions de disposition processuelle », dont le rapport avec l'action en justice est très étroit, contient les conventions par lesquelles les parties sont seules juges des modalités de l'exercice de leur action en justice. L'autre catégorie des « conventions d'administration processuelle » recouvre les hypothèses dans lesquelles la volonté des parties n'est pas seule maîtresse de la procédure et nécessite l'accord du juge pour produire effet. La puissance de la volonté contractuelle n'est ainsi pas homogène dans le procès mais varie au contraire en fonction des éléments de procédure que les parties souhaitent aménager. Or l'étude des variations d'intensité du pouvoir de la volonté en la matière démontre que la perméabilité de la procédure à la volonté des parties est fonction de la finalité des règles en cause.

L'accord de volonté devant les juridictions étatiques semble particulièrement employé par les parties pour gérer le temps de leur action en justice par leur influence sur l'instance. Les parties jouissent en effet d'une certaine liberté pour maîtriser le temps de la procédure judiciaire (A), l'étendue de cette emprise différant cependant selon qu'elle a pour objet le temps de l'instance ou le temps de l'action en justice. Le temps n'est cependant pas la seule composante du procès civil que les parties peuvent aménager par leur accord une fois le litige né. La procédure applicable au combat judiciaire est également, dans une certaine mesure, à la disposition de leur volonté (B).

#### A. La maîtrise du temps judiciaire par les parties

434. **Le temps de l'action en justice.** Dans le procès, le temps « constitue toujours une donnée majeure pour l'ensemble de ses acteurs ainsi que pour les professionnels du droit et

---

<sup>1</sup> L. Cadiet : « Faire lien, propos introductifs », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.) : *La contractualisation de la production normative*. Dalloz, 2008, p. 169, *sp.* p. 173.

<sup>2</sup> F. Kernaleguen : « La solution conventionnelle des litiges civils », in L. Cadiet (dir.) : *Le droit contemporain des contrats*. Economica, 1987, p. 65, *sp.* p. 66.

<sup>3</sup> 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, p. 30.

<sup>4</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp.* n° 147, p. 536.

l'opinion publique »<sup>1</sup>. La lenteur du procès étant le principal reproche adressé à la justice, grande apparaît la tentation pour les plaideurs de réduire le temps du procès, de manière à obtenir une résolution du conflit et un retour à la paix plus rapide. À l'inverse cependant, les parties peuvent parfois souhaiter suspendre le déroulement de l'instance pour se ménager la faculté de rechercher une alternative à la solution juridictionnelle. Parfois encore, elles peuvent souhaiter bénéficier de plus de temps pour présenter leur argumentation. Or, la faculté dont elles disposent d'influer sur le temps du procès n'est pas identique selon qu'elles souhaitent contrôler le temps de l'action ou du litige ou le temps de l'instance strictement entendue.

Le temps de l'action en justice semble en effet bien plus disponible en droit privé que ne l'est le temps de la procédure. Plusieurs éléments guident la compréhension de l'efficacité de la volonté des parties sur le temps judiciaire, au premier rang desquels trône le principe selon lequel la procédure civile est de nature accusatoire. En découle le principe dispositif et celui d'impulsion ou d'initiative, qui posent que seules les parties ont l'initiative du procès. Les exceptions à ces principes sont assez rares et sont justifiées par le fait que ces intérêts rayonnent au delà de la seule sphère privée<sup>2</sup>. Les deux premiers articles<sup>3</sup> du Code de procédure civile posent ainsi que les parties sont maîtresses du principe de l'instance et de sa conduite et donc du procès. On ne saurait en effet imaginer, en droit privé du moins, qu'une partie soit obligée d'agir en justice pour faire valoir ses droits ou qu'une fois le juge saisi, la machine judiciaire soit insusceptible d'être arrêtée par les parties. Or « le principe dispositif s'applique plus directement au litige qu'à l'instance. Ce n'est que relativement à la matière litigieuse que le procès est la chose des parties »<sup>4</sup>. Cette maîtrise du litige civil par la volonté des parties semble ainsi étendue (1°), sauf à de rares exceptions<sup>5</sup>. Le second principe en matière d'instance vient contrebalancer le pouvoir reconnu aux parties d'initier et de contrôler le procès : le juge, garant du bon déroulement de l'instance, vient en effet circonscrire la latitude laissée aux parties de contrôler l'instance. La puissance de leur volonté semble ainsi restreinte dans la gestion du déroulement de l'instance (2°).

1° La maîtrise par les parties de l'action en justice et de ses conséquences sur l'instance

435. **Accélération ou suspension du temps contentieux.** Lorsque la gestion par les parties de l'instance découle de leur faculté de disposer de l'action en justice, les parties semblent pouvoir garder la maîtrise du temps du procès par leur accord. Il en va tout d'abord ainsi lorsque par leur accord et leur coopération, les parties accélèrent le temps judiciaire en présentant une requête conjointe (a). La renonciation à appel (b) ainsi que le retrait conventionnel du rôle (c),

---

<sup>1</sup> A. Ciaudo : « La maîtrise du temps en droit processuel », *jurisdoctioria* n° 3, 2009, p. 21, *sp.* p. 23, disponible : [www.jurisdoctioria.net/pdf/numero3/aut3\\_ciaudo.pdf](http://www.jurisdoctioria.net/pdf/numero3/aut3_ciaudo.pdf).

<sup>2</sup> Il en est ainsi pour la demande de protection judiciaire (article 430 du Code civil) par exemple.

<sup>3</sup> Article 1 du CPC : « Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi » ; Art 2 CPC : « Les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis ».

<sup>4</sup> 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, *sp.* p. 30.

<sup>5</sup> Dans certaines hypothèses limitées, les parties ne disposent pas en matière civile de la faculté de décider d'introduire une instance. Le principe réservant l'introduction de l'instance aux parties subit en ce sens des exceptions exprimées dans l'article 1<sup>er</sup> du CPC, « hors les cas où la loi en dispose autrement ». Il en va notamment ainsi lorsque le ministère public introduit l'instance afin de remplir son rôle de gardien de l'ordre public (article 423 CPC) ou encore en matière de tutelle ou de nationalité.

touchant bien plus au droit d'action lui-même qu'à la procédure juridictionnelle, constituent deux autres exemples de la puissance de la volonté conjugulée des parties pour modifier le déroulement normal du traitement judiciaire du conflit, ici pour accélérer sa résolution définitive, là pour permettre aux parties de se dégager le temps nécessaire à la recherche d'une solution amiable.

- a) La requête conjointe ou la reconnaissance par les parties de la nécessité de trancher leur différend

436. **La délimitation du litige dans la requête conjointe.** La requête conjointe constitue probablement une des formes les plus abouties d'objectivation du désaccord dont la persistance nécessite la soumission de l'affaire au juge. Elle constitue ainsi un « substitut amiable et civilisé de l'assignation »<sup>1</sup> et se rapproche de l'esprit animant la présentation volontaire des parties devant le juge, comme cela peut être le cas devant le tribunal d'instance<sup>2</sup> ou le tribunal de commerce<sup>3</sup>. Par cette requête conjointe, les parties s'accordent sur l'existence d'un litige et sur la nécessité de le faire trancher par un juge, mais également souvent sur l'office du juge et ses limites<sup>4</sup>. La similitude de la démarche avec celle présidant à la conclusion d'un compromis d'arbitrage est parfois relevée<sup>5</sup>. En effet, la requête conjointe semble l'instrument idéal pour confier la mission au juge de trancher le litige en amiable composition, ou encore de lier le juge par les qualifications et points de droit des parties<sup>6</sup>. Malgré son domaine plus large que celui attribué au compromis d'arbitrage - puisque la condition de la libre disponibilité des droits n'est pas requise pour la requête conjointe - elle semble ne pas avoir séduit et rester aujourd'hui encore peu utilisée en pratique<sup>7</sup>. Elle est par ailleurs exclue devant les tribunaux paritaires des baux ruraux et le conseil des prud'hommes, devant lesquels une tentative préalable de conciliation s'impose.

La requête conjointe, prévue par l'article 57 du CPC comme « l'acte commun par lequel les parties soumettent au juge leurs prétentions respectives », « donne l'occasion aux parties de maîtriser elles-mêmes leur litige et de le soumettre au juge en toute sérénité, sans agressivité inutile »<sup>8</sup>. Non seulement les parties doivent être d'accord sur le principe de la nécessité d'avoir recours au juge pour trancher leur litige, mais plus encore elles doivent coopérer pour la circonscription du litige, la précision des points litigieux, de fait et de droit au juge, ainsi que leurs prétentions et moyens respectifs. Cette circonscription du litige lie non seulement le juge mais également les parties elles-mêmes. En formulant une requête conjointe, celles-ci

---

<sup>1</sup> F. Kernaleguen : « La solution conventionnelle des litiges civils », in L. Cadiet (dir.) : *Le droit contemporain des contrats*. Economica, 1987, p. 65.

<sup>2</sup> Article 829 du CPC.

<sup>3</sup> Article 854 CPC.

<sup>4</sup> Sur la faculté des parties de modifier l'office du juge et l'étendue de ses attributions, v. *infra* n° 506.

<sup>5</sup> J. Héron et Th. Le Bars : *Droit judiciaire privé*. Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 2012, *sp.* n° 460 ; le texte de l'article 57-1 du CPC énonce expressément la faculté pour les parties de lier le juge par leurs qualifications et points de droit, ainsi que de lui confier la mission de statuer en amiable compositeur ; ce dernier point rappelle une pratique bien plus fréquente en matière arbitrale qu'en matière judiciaire. Le parallèle entre la requête conjointe et le compromis d'arbitrage se heurte néanmoins à la différence majeure qu'est la constitution de la *jurisdictio* de l'arbitre par les parties dans la convention d'arbitrage. Car si les parties peuvent décider de la mission qu'elles souhaitent confier au juge judiciaire, son pouvoir juridictionnel ne résulte pas de leur volonté.

<sup>6</sup> L. Cadiet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*. 7<sup>e</sup> éd., Litec, 2011, *sp.* n°559, p. 425.

<sup>7</sup> L. Cadiet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*. 7<sup>e</sup> éd., Litec, 2011, *sp.* n°559, p. 425.

<sup>8</sup> S. Guinchard (dir.) : *Droit et pratique de la procédure civile*. Dalloz action, 2012/2013, *sp.* n° 172-41, p. 483.

s'interdisent d'élargir ou de faire dériver unilatéralement le litige soumis au juge par la voie de demandes additionnelles. Seul l'accord des parties permettrait ainsi à l'une d'elles de formuler une demande additionnelle. Dès lors, qu'advierait-il des demandes additionnelles connexes fondées par exemple sur une évolution du litige ? La requête conjointe figerait-elle le litige d'une telle manière qu'une autre procédure doive nécessairement être intentée afin de couvrir l'évolution du litige le cas échéant ? Une telle solution semblerait assez peu conforme à l'objectif de concentration des contentieux et conduirait, nous semble-t-il, à une démultiplication des instances préjudiciable à une bonne administration de la justice.

La requête conjointe peut également être le réceptacle d'un accord des parties sur certains aspects de la procédure. Ainsi l'article 794 du CPC dispose que « les requérants peuvent, dès la requête conjointe, demander que l'affaire soit attribuée à un juge unique, ou renoncer à la faculté de demander le renvoi à la formation collégiale », ce qui devrait avoir pour effet d'accélérer la procédure. Sans même qu'un tel accord n'intervienne, la requête conjointe semble de nature à permettre un raccourcissement des délais de procédure : « la requête conjointe paraît en effet de nature à éviter de nombreux retards dus aux échanges de conclusions, communications de pièces, et incidents fréquemment soulevés par les parties à des fins dilatoires »<sup>1</sup>. Elle a, à ce titre, été qualifiée de « gage de célérité du procès civil »<sup>2</sup>.

Le caractère consensuel de ce mode conjoint d'introduction de l'instance postule par ailleurs pour une sanction différenciée de celle applicable en cas d'omission d'une mention obligatoire dans une assignation. Ainsi, la sanction applicable à la requête conjointe en cas d'omission est une fin de non-recevoir, et non une nullité pour vice de forme comme c'est le cas pour l'assignation. La requête conjointe permet ainsi aux parties de rassembler les phases du procès par la complétude des informations délivrées, réalisant, à l'instar de la procédure participative, une sorte de mise en état privée et conjointe de l'affaire. Ce faisant, les parties accélèrent le temps de l'instance. Parfois c'est le temps total de la procédure que les parties souhaitent réduire en se fermant volontairement des voies de recours contre la décision à intervenir.

#### b) La renonciation à l'appel

437. **La gravité de la renonciation, source d'exigences.** L'appel est une faculté offerte par le droit français<sup>3</sup> permettant à une partie à un procès de faire rejurer l'affaire lorsqu'elle considère la solution de première instance insatisfaisante. Cette faculté ne saurait être érigée en obligation pour le justiciable, qui peut y renoncer par convention dans certaines circonstances déterminées. Or, l'opportunité de la limitation de cette faculté de renonciation par le droit français peut être questionnée lorsqu'elle se confronte à la liberté déclarée des parties.

La faculté pour les parties de renoncer à faire juger à nouveau sur le fond leur litige est prévue par les articles 41 et 556 à 558 du Code de procédure civile, ces derniers ne concernant en

---

<sup>1</sup> C. Parodi : « L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile », *Deffrénois* 1976, n° 31120, p. 737, *sp.* p. 754 ; *v. ég.* en ce sens S. Amrani-Mekki : *Le temps et le procès civil*. Préf. L. Cadet, Dalloz, 2002, *sp.* n°182, p. 168.

<sup>2</sup> Y. Desdevises, V° Demande en justice, *J. Cl. Proc. Civ.*, fasc. 126-6, 6, *sp.* n° 3031.

<sup>3</sup> Que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme n'impose pas : CEDH 17 janv. 1970, *Delcourt c/ Belgique*, n° 2689/65, §25 : « L'article 6 de la Convention n'astreint pas les Etats contractants à créer des cours d'appel ou de cassation ».

réalité que les renonciations unilatérales à l'appel<sup>1</sup>. Seul l'article 41 du CPC traite ainsi de la renonciation conventionnelle à recourir à l'appel. Cet article prévoit, en son alinéa 2, que les parties puissent, sous réserve que le litige soit déjà né et « pour les droits dont elles ont la libre disposition, convenir en vertu d'un accord exprès que leur différend sera jugé sans appel même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort ». Une telle renonciation à l'appel semble devoir être encouragée en conséquence de la « volonté affichée de valoriser le premier degré de juridiction »<sup>2</sup>, et ce qu'elle intervienne avant ou après le jugement. Or il importe de distinguer la renonciation antérieure au jugement de celle qui lui succède. La renonciation à l'appel se distingue de l'acquiescement au jugement, qui correspond à la renonciation postérieure au jugement, par le moment auquel elle intervient : l'acquiescement au jugement intervient en effet nécessairement une fois la décision de première instance rendue. Au contraire, la renonciation à l'appel ne peut intervenir qu'avant que la décision ne soit rendue. C'est la raison pour laquelle une telle renonciation, faite alors même que les parties n'ont, par hypothèse, pas connaissance de la décision à intervenir en première instance, semble plus critique que l'acquiescement au jugement.

C'est notamment la raison pour laquelle l'article 41 du CPC, qui a trait à la compétence, précise plus particulièrement les conditions de la renonciation anticipée à l'appel. Renoncer à l'appel avant le jugement, « c'est convertir par une convention la juridiction du premier degré en juridiction souveraine »<sup>3</sup>, puisqu'effectivement elle rendra une décision en premier et dernier ressort. Une telle convention résulte ainsi dans les faits, en quelque sorte, en une modification de la compétence matérielle liée au litige par la volonté des parties. Les conditions posées à la validité d'une telle renonciation antérieure au jugement énoncées par cet article<sup>4</sup> sont au nombre de deux. La première s'explique au regard de la gravité de la renonciation à l'appel, qui est le caractère exprès et non ambigu de l'accord<sup>5</sup> afin de s'assurer de la volonté des parties de convenir d'une telle dérogation de compétence.

438. **Le moment de la renonciation conventionnelle à l'appel.** La seconde condition, plus discutable, a trait au moment de ladite renonciation. Elle-ci ne peut valablement intervenir qu'une fois le litige né<sup>6</sup>. C'est là ce qui fondait une différence essentielle avec le droit de l'arbitrage. Depuis la réforme du droit de l'arbitrage, l'appel est, par défaut, exclu et les voies de recours plus généralement déconsidérées<sup>7</sup>. Antérieurement à la réforme cependant, le principe en matière d'arbitrage interne était inverse : la sentence était, par défaut, sujette à l'appel réformation. Cependant l'article 1482 du CPC<sup>8</sup> prévoyait que les parties pouvaient, «

<sup>1</sup> F. Ferrand : V<sup>o</sup> Appel, *Rép. Proc. Civ.*, n<sup>o</sup> 425 ; L'unilatéralité de la renonciation en cause transparait du seul article 558, qui fait référence à l'action d'« une autre partie ».

<sup>2</sup> 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, *sp.* p. 63.

<sup>3</sup> B. Poncet : *Traité des jugements suivi du traité des actions*. Lagier, 1835, *sp.* p. 255.

<sup>4</sup> Les mêmes conditions sont posées pour la renonciation à l'appel une fois le jugement rendu ; les articles 556 et 557 du CPC semblent en effet apporter assez peu aux conditions de la renonciation, si ce n'est la limitation surprenante des personnes pouvant renoncer à l'appel : seules les personnes capables de compromettre peuvent, selon l'article 556 du CPC, valablement renoncer à interjeter appel.

<sup>5</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 janv. 1978, n<sup>o</sup> 76-10684 ; *Bull. civ.* II, n<sup>o</sup> 5, p. 6 ; *Gaz. Pal.* 1978, 1, 234, note J. Viatte. Cass. soc. 25 mai 1976, n<sup>o</sup> 75-40127 ; *Bull. civ.* V, n<sup>o</sup> 320, p. 264 ; *D.* 1976, IR 185 ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 6 nov. 1973, n<sup>o</sup> 71-12641 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup>293, p. 276 ; *D.* 1974, IR 57.

<sup>6</sup> L'article 557 du CPC ne fait que rappeler cette exigence : « La renonciation à l'appel ne peut être antérieure à la naissance du litige » ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 juill. 1988, n<sup>o</sup> 86-17944 ; *Bull. civ.* III, n<sup>o</sup> 127, p. 70.

<sup>7</sup> *V. infra* n<sup>o</sup>496.

<sup>8</sup> Article 1482 CPC : « 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

dans la convention d'arbitrage », renoncer à l'appel. La convention d'arbitrage désignant tant le compromis que la clause compromissoire, conclue avant la survenance du litige, force était de constater qu'en matière d'arbitrage interne, les parties pouvaient renoncer, avant même que le litige ne soit né, à interjeter appel. La réforme a rejoint la position de certains droits européens<sup>1</sup>, en permettant aux parties de réduire plus encore les voies de recours à leur disposition à l'encontre d'une sentence arbitrale. Les parties peuvent désormais également renoncer au recours en annulation des sentences rendues en France, « à tout moment » et donc y compris antérieurement à la naissance du litige. Ces exemples appuient le contraste entre la malléabilité de la procédure par la volonté des parties en matière d'arbitrage et la liberté, plus restreinte, dont elles jouissent dans les procédures judiciaires<sup>2</sup>.

On peut s'interroger sur le fondement d'une telle disparité entre les procédures judiciaire et arbitrale. Quelle différence fondamentale opposant arbitrage et justice étatique justifie que, d'un côté, l'appel soit désormais l'exception, et que de l'autre, la renonciation à l'appel ne puisse intervenir qu'une fois le litige né<sup>3</sup> ? Le domaine de la validité des conventions d'arbitrage est certes plus restreint que celui dont a à connaître le juge étatique, et l'énumération des matières dans lesquelles le recours à l'arbitrage est exclu est en effet de nature à restreindre les cas les plus sensibles pour lesquels la renonciation anticipée à l'appel pourrait se révéler dangereuse pour le justiciable. Refuser aux parties la liberté de renoncer à interjeter appel avant la naissance du litige tend également à déprécier l'office des magistrats siégeant en première instance. Si le second degré de juridiction représente une certaine sécurité pour les justiciables, le leur imposer n'apparaît ni conforme aux orientations actuelles de la

---

de statuer comme amiable compositeur, à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage ».

<sup>1</sup> Belgique (article 1717.4 du Code judiciaire) et Suisse (article 192 LDIP) notamment qui conditionnent cependant cette renonciation à des conditions de lien avec le pays ; sur cette voie de libéralisation de l'arbitrage comme conséquence de mondialisation de l'économie, v. not. Ph. Fouchard : « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de G. Farjat*. éd. Frison Roche, 1999, *sp.* p. 381.

<sup>2</sup> La comparaison avec l'arbitrage se justifie d'ailleurs à raison d'un emprunt manifeste du domaine de validité de la renonciation unilatérale à l'appel en matière judiciaire. L'article 556 du CPC précise que « les personnes capables de compromettre peuvent renoncer à l'appel. Elles ne le peuvent que pour les droits dont elles ont la libre disposition ». La référence à la libre disponibilité des droits en cause peut de prime abord sembler logique, mais s'agissant simplement de faire appel d'une décision déjà tranchée judiciairement, on peut s'interroger sur la raison d'être d'une telle limitation. D'autre part, la référence aux personnes « capables de compromettre » apparaît quelque peu étrange. Quelle relation existe-t-il entre les personnes capables de compromettre et la renonciation conventionnelle à l'appel ? Le droit de faire ou non appel ne devrait-il pas être largement ouvert dans la mesure où il est toujours loisible aux parties de ne pas faire appel ? Le double degré de juridiction semble ici revêtir une importance particulière alors que dans d'autres hypothèses celui-ci est manifestement éclipsé par d'autres considérations. Il nous semble qu'une telle renonciation à l'appel ne mériterait pas autant de limites dans la mesure où l'œuvre de justice aura au moins eu lieu en première instance et que la critique en droit pur pourra être menée devant la Cour de cassation.

<sup>3</sup> Pour des solutions anciennes contraires, v. Cass. Req., 26 juin 1855 ; *S.* 1855, 1, 708 ; *D.* 1856, 1, p. 9, ayant décidé relativement au droit d'appel qu'« aucune loi n'interdit aux parties d'y renoncer, avant le jugement, ou même avant toute contestation », confirmant CA Angers, 22 nov. 1854 ; *DP* 1855, 2, p. 33 ; Cass. Req. 24 juin 1919 ; *D.* 1920, 1, 32 ; CA Paris, 16 juin 1949 ; *Gaz. Pal.* 1949, 2, 223, concl. Turlan, qui justifie, comme la décision de 1855, la renonciation à l'appel « car les litiges nés de cette clause pouvant faire l'objet d'une transaction, les parties pouvaient renoncer par anticipation au droit d'appeler des décisions à intervenir éventuellement sur de tels litiges ». ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 juin 1969, *Bull. civ.* III, n<sup>o</sup> 510 ; *RTD civ.* 1970, p. 238, obs. P. Raynaud, qui exige que la renonciation soit réciproque pour pouvoir être valable puisque « la règle du double degré de juridiction est instituée en toutes matières, dans l'intérêt de toutes les parties en cause » ; Les professeurs Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland réfutent cependant catégoriquement toute possibilité de renonciation anticipée conventionnelle à l'appel (L. Cadiet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*. Litec, 7<sup>e</sup> éd., 2011, *sp.* n<sup>o</sup> 260, p. 190).



procédure civile, ni à la conception de l'action en justice, qui reste en principe à la seule disposition des parties. Il serait dès lors souhaitable de laisser la liberté aux parties de s'abstraire d'une procédure « à rallonge » dès lors que leur volonté ne peut être mise en doute et que les droits en cause sont à leur libre disposition. D'autant qu'il s'agit uniquement de renoncer à l'appel, non à la soumission à la juridiction. On peine ainsi à comprendre pourquoi les parties ne pourraient pas renoncer au réexamen de leur affaire dès lors qu'elle a une première fois été tranchée et sera susceptible d'être réexaminée en droit par la Cour de cassation.

439. **Les conséquences procédurales de la renonciation conventionnelle à l'appel.** La renonciation conventionnelle à l'appel entraîne deux conséquences procédurales distinctes. La renonciation a pour but d'interdire aux parties de solliciter la juridiction de second degré pour rejurer leur affaire. La partie qui souhaiterait faire échec à une telle demande de son adversaire en contravention avec la renonciation à interjeter appel pourrait ainsi lui opposer une fin de non-recevoir d'origine conventionnelle. La seconde conséquence est que la renonciation à l'appel transforme une décision de première instance en décision en dernier ressort mais n'empêche pas les parties renonçantes de former un pourvoi en cassation<sup>1</sup>. S'il est en quelque sorte admis que les parties puissent renoncer à faire « rejurer » leur différend, il apparaît que la seule renonciation à l'appel n'emporte pas renonciation à contester une décision erronée en droit.

c) Le retrait conventionnel du rôle

440. **La suspension du cours de l'instance.** Le retrait du rôle, pendant conventionnel et non sanctionnateur de la radiation du rôle<sup>2</sup>, a pour conséquence de faire sortir l'affaire de l'engrenage judiciaire sans pour autant que cette sortie soit définitive, « comme mise en sommeil par le juge »<sup>3</sup>. Il s'agit en réalité de suspendre le cours de l'instance, le plus souvent pour mener sereinement des discussions tendant à la résolution amiable du différend. Le lien d'instance est ainsi préservé, sous réserve de la péremption d'instance, de même que tous les actes et leurs effets antérieurs au retrait du rôle<sup>4</sup>. Cet instrument non prévu originellement par le Code de procédure civile a été élaboré par la pratique dans la droite ligne de l'esprit du

---

<sup>1</sup> Pour un exemple, v. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 mai 1986, n° 84-14154 ; *Bull. civ.* I, n° 144, p. 144 ; *D.* 1987, p. 209, note P.-Y. Gautier.

<sup>2</sup> La jurisprudence connaissait déjà la radiation conventionnelle ou « conjointe » : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 janv. 1981, n° 79-14037 ; *Bull. civ.* II, n° 14, p. 10 ; *RTD civ.* 1982, p. 469, obs. R. Perrot ; Cass. Ass. Plén. 24 nov. 1989, n° 88-18188 ; *Bull. Ass. Plé.*, n° 3, p. 5 ; *D.* 1990, p. 25, concl. J. Cabannes et p. 429, note P. Julien ; *JCP* 1990, II, 21407, note L. Cadiet ; *Gaz. Pal.* 1989, 2, 970, note J.-G. M ; *Gaz. Pal.* 1990, 2, somm. 358, obs. S. Guinchard et T. Moussa ; *RTD civ.* 1990, p. 145, obs. R. Perrot ; Rapport de la Cour de cassation 1989, La documentation française, 1989, p. 179, rapport L. Averseng ; v. sur la suspension conventionnelle d'instance Y. Muller : *Le contrat judiciaire en droit privé*. Thèse, Paris 1, 1995, *sp.* p. 189 et s. ; Il est d'ailleurs déploré par certains auteurs que la terminologie employée dans la jurisprudence antérieure n'ait pas été conservée, et que le retrait conventionnel du rôle ne soit pas plutôt appelé « radiation conventionnelle » : L. Cadiet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*. 7<sup>e</sup> éd., Litec, 2011, n°687, p. 511 ; S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand : *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*. Dalloz, 32<sup>e</sup> éd., 2014, n° 437 ; À l'inverse, d'autres auteurs se félicitent de la distinction : v. *not.* J. Héron et Th. Le Bars : *Droit judiciaire privé*. Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 2012, *sp.* n° 1155 ; Il apparaît cependant préférable de distinguer les deux formes de suspension de l'instance, l'une étant considérée comme une sanction, l'autre comme une faculté offerte aux parties.

<sup>3</sup> J. Héron et Th. Le Bars : *Droit judiciaire privé*. Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 2012, *sp.* n° 1157.

<sup>4</sup> v. S. Guinchard (dir.) : *Droit et pratique de la procédure civile*. Dalloz action, 2012/2013, *sp.* n° 352.72, p. 971.

nouveau code et « constitue un temps mort utile à la solution du litige »<sup>1</sup>. Confirmant la jurisprudence antérieure<sup>2</sup>, le décret du 28 décembre 1998 a instauré le retrait conventionnel du rôle qui avait déjà été mis en œuvre au sein de la Cour d'appel de Paris, sous l'inspiration de son Premier Président, Pierre Drai<sup>3</sup>. L'article 382 du CPC dispose que « le retrait du rôle est ordonné lorsque toutes les parties en font la demande écrite et motivée ». Comme le laisse entendre la formulation de l'article, dès lors que les conditions relatives à la demande de retrait du rôle par les parties sont remplies, le juge est obligé d'accéder à cette demande, qui s'impose à lui<sup>4</sup>. Si la condition d'une formalisation par écrit de la demande se comprend pour pouvoir vérifier la volonté concordante des parties, l'obligation de motivation de la demande apparaît toute formelle, puisque la Cour de cassation a décidé de censurer une décision des juges d'appel ayant refusé le retrait conventionnel du rôle en raison de leur désapprobation du motif fondant la demande : le mouvement de grève des avoués<sup>5</sup>.

S'agissant de la liberté des parties de ne pas poursuivre l'instance, le juge est soumis à leur volonté commune, et son rôle se limite en la matière à constater que la demande conjointe lui a été présentée en vue du retrait conventionnel du rôle. « Les parties reçoivent en quelque sorte du côté de la suspension conventionnelle de l'instance ce qui leur a été refusé du côté de la demande conjointe de renvoi à une audience ultérieure »<sup>6</sup>. Pour autant, la suspension de l'instance réalisée par le retrait conventionnel du rôle n'entraîne cependant pas, par défaut, la suspension du délai de péremption de l'instance<sup>7</sup>. Une telle solution est critiquée car elle tend à limiter le temps imparti aux parties pour s'accorder ou pour décider de l'opportunité de la reprise de l'instance<sup>8</sup>. Il serait préférable, pour préserver le bénéfice de l'instance précédemment engagée, que les parties puissent également convenir, lors du retrait du rôle, une suspension conventionnelle du délai de péremption, qui devrait en théorie être possible puisque la péremption d'instance n'est pas d'ordre public<sup>9</sup>.

La mission du juge est ainsi toute formelle concernant le prononcé du retrait du rôle sollicité conjointement par les parties. Pour certains auteurs, en matière de radiation « sanction » du rôle, son pouvoir serait bien plus grand. Il a ainsi été avancé qu'« il est difficile de soutenir que le conseiller de la mise en état qui statue sur une demande de radiation formulée par l'intimé pour défaut d'exécution du jugement attaqué, n'exerce pas un pouvoir juridictionnel destiné à

---

<sup>1</sup> J.-P. Ménabé : « Plaidoyer pour un bel outil », in J. Foyer et C. Puigelier : *Le Nouveau code de procédure civile [1975-2005]*, 2006, coll. Études juridiques, Economica, p. 47, *sp.* p. 55.

<sup>2</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 juill. 1987, n<sup>o</sup> 86-10394 ; *Bull. civ.* II, n<sup>o</sup> 149, p. 86 ; *RTD civ.* 1988, p. 183, obs. R. Perrot ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 janv. 1981, n<sup>o</sup> 79-14037 ; *Bull. civ.* II, n<sup>o</sup> 14 ; *RTD civ.* 1982, p. 469, obs. R. Perrot.

<sup>3</sup> Rapport de la Cour de cassation 1989, La documentation française, 1989, p. 179, rapport L. Averseng.

<sup>4</sup> Cass. Ass. Plén. 24 nov. 1989, n<sup>o</sup> 88-18188 ; *Bull. ass. Plé.* n<sup>o</sup> 3, p. 5 ; la décision de retrait du rôle est ainsi analysée par J. Héron et Th. Le Bars comme « un simple donné acte d'une décision qui, en réalité, est prise par les parties elles-mêmes » : (*Droit judiciaire privé*. Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 2012, note 39, p. 966).

<sup>5</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 févr. 2011, n<sup>o</sup> 10-14863 ; *Procédures* 2011, comm. 165, obs. R. Perrot ; il est vrai que le motif apparaît assez étranger à l'esprit de la mesure qui est selon toute vraisemblance permettre aux parties de gérer leur action en justice, y compris en laissant une place à la négociation.

<sup>6</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp.* n<sup>o</sup> 144, p. 530.

<sup>7</sup> La radiation n'interrompt pas non plus le délai de péremption, v. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 mars 2000, n<sup>o</sup> 97-21029 ; *Bull. civ.* II, n<sup>o</sup> 47, p. 33 ; *Procédures* 2000, n<sup>o</sup> 117, note R. Perrot ; *RTD civ.* 2000, p. 398, obs. R. Perrot.

<sup>8</sup> En ce sens not. v. S. Amrani-Mekki : *Le temps et le procès civil*. Préf. L. Cadiet, Dalloz, 2002, *sp.* n<sup>o</sup> 203, p. 185.

<sup>9</sup> S. Amrani-Mekki : *Le temps et le procès civil*. Préf. L. Cadiet, Dalloz, 2002, *sp.* n<sup>o</sup> 120, p. 106 ; Cass. soc., 3 févr. 1986, n<sup>o</sup> 83-43487 ; *Bull. civ.* V, n<sup>o</sup> 3, p. 3 ; *RTD civ.* 1986, p. 639, obs. R. Perrot ; Cass. soc. 19 juin 1990, n<sup>o</sup> 85-46344 ; *Bull. civ.* V, n<sup>o</sup> 297, p. 177 ; sur la problématique suspension conventionnelle du délai de péremption d'instance, v. *infra* n<sup>o</sup> 444.

départager les intérêts rivaux en conflit, puisque par hypothèse la radiation doit avoir été demandée par l'intimé »<sup>1</sup>. On peut cependant se demander si la constatation d'un fait ( le défaut d'exécution du jugement) est susceptible de constituer une manifestation de pouvoir juridictionnel. La question est en toute hypothèse réglée par le CPC puisque celui-ci énonce en son article 383 que la radiation et le retrait du rôle sont des mesures d'administration judiciaire<sup>2</sup>, insusceptibles de recours<sup>3</sup>.

En dehors de ces hypothèses manifestant les pouvoirs de disposition processuelle des parties sur l'action et par ricochet sur l'instance, l'influence de la volonté des parties sur l'instance elle-même semble bien plus limitée, en raison de la prédominance des pouvoirs du juge en la matière.

## 2° L'influence limitée de la volonté des parties sur le déroulement de l'instance

441. **L'organisation du service public de la justice.** L'article 3 du CPC dispose que le juge « veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires ». C'est la raison pour laquelle la « contractualisation de l'instance »<sup>4</sup> semble dans une certaine mesure hors de portée des parties dès lors que ce n'est plus l'action en justice des parties qui est en cause mais l'organisation du service public de la justice. « Parce que la gestion du temps de l'instance par les parties ou leurs représentants est naturellement égoïste, il est nécessaire d'impliquer le juge pour qu'il veille à ce que les procès ne prennent pas plus de temps qu'ils ne doivent »<sup>5</sup>. Ainsi pour les parties, « la “conduite” qui leur revient concerne donc la substance de l'instance, non son cheminement procédural »<sup>6</sup>. Pour autant, la volonté du juge dans la surveillance du bon déroulement de l'instance n'est pas seule prise en compte, une vision collaborative de l'instance entre les acteurs du procès<sup>7</sup> se profilant au travers des réformes de procédure civile les plus récentes. Un véritable principe de coopération du juge et des parties se dessine<sup>8</sup>, la volonté des parties gagnant du terrain mais restant cependant en la matière assujettie aux décisions du juge. Le principe de célérité de la procédure<sup>9</sup> implique que celle-ci soit conduite avec diligence et que justice soit rendue dans un délai raisonnable. Le respect de ce principe incombant à l'État et donc au juge, il apparaît

<sup>1</sup> R. Perrot, note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 juin 2009, *RTD civ.* 2009, p. 574.

<sup>2</sup> Cass. soc. 18 juin 1981, n° 80-60428 ; *Bull. civ.* V, n° 577 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 févr. 2002, n° 99-15474 ; *Bull. civ.* III, n° 42, p. 36 ; *Procédures* 2002, n° 85, note R. Perrot.

<sup>3</sup> Pas même de recours pour excès de pouvoir : Cass. 1<sup>e</sup> civ., 16 nov. 2004, n° 02-14528 ; *Bull. civ.* I, n° 266, p. 222 ; *D.* 2005, p. 336, obs. N. Fricero et P. Julien ; v. en faveur d'un tel recours, S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand : *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*. Dalloz, 32<sup>e</sup> éd., 2014, sp. n°1019 ; J. Théron : « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.* 2010, p. 2246.

<sup>4</sup> P.-Y. Verkindt : « La contractualisation collective de l'instance », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.) : *La contractualisation de la production normative*. Dalloz, 2008, p. 233.

<sup>5</sup> J. Théron : « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.* 2010, p. 2246.

<sup>6</sup> 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, sp. p. 43.

<sup>7</sup> P. Estoup : « Le contrat de procédure : illusions et réalités », *Gaz. Pal.* 1985, doct. p. 680 ; d'opinion contraire, v. M. Caratini : « Le contrat de procédure : une illusion ? », *Gaz. Pal.* 1985, doct. p. 639.

<sup>8</sup> L. Cadiet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*. 7<sup>e</sup> éd., Litec, 2011, sp. n°523, p. 387.

<sup>9</sup> V. sur le sujet D. Cholet : *La célérité de la procédure en droit processuel*. Préf. G. Guidicelli-Delage, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 466, 2006.

normal que celui-ci conserve un pouvoir certain sur le déroulement de l'instance et en particulier sur le temps de celle-ci.

442. **La relative indisponibilité du temps de l'instance.** C'est ainsi que les volontés, fussent elles conjointes, des parties à un litige sont impuissantes à imposer au juge la révocation de l'ordonnance de clôture<sup>1</sup> ou le renvoi de l'affaire à une audience ultérieure<sup>2</sup>, sauf à détourner les moyens mis à leur disposition par le code pour conduire l'instance<sup>3</sup>. Leur volonté conjointe est, dans la suite logique de telles positions, incapable de faire rentrer dans le débat des conclusions ou pièces postérieurement à l'ordonnance de clôture, puisque l'article 783 al. 1 du CPC attribue la faculté au juge de prononcer d'office l'irrecevabilité de telles pièces ou conclusions communiquées tardivement. Le partage des prérogatives entre le juge et les plaideurs est clairement résumé par le dispositif d'une des décisions en la matière : « si les parties ont la libre disposition de l'instance, l'office du juge est de veiller au bon déroulement de celle-ci dans un délai raisonnable »<sup>4</sup>. À vrai dire, on peut se demander si ce n'est pas, non de l'instance<sup>5</sup> mais plutôt de l'action dont les parties ont la libre disposition. Si ces dernières peuvent avoir un effet sur l'instance, ce n'est que par ricochet par l'exercice de leur droit d'action qu'elles peuvent en réalité avoir une totale mainmise sur l'instance. Dès lors que l'objet de l'accord n'est plus fondamentalement l'action mais le déroulement de l'instance qui en découle, dans ses modalités pratiques, force est de constater que les parties sont soumises au bon vouloir du juge.

443. **La restriction démesurée de la liberté des parties en matière d'instance.** De la même manière que l'objet du litige et sa modification tendent désormais à échapper aux plaideurs, on peut constater qu'il pourrait s'avérer préjudiciable de restreindre l'influence des parties sur le déroulement procédure, surtout lorsqu'elles en sont d'accord concernant l'étendue de ce qu'elles souhaitent soumettre au juge. C'est ce constat qui porte à envisager de manière relativement critique la modification du CPC concernant le prononcé, au besoin d'office, de l'irrecevabilité des demandes nouvelles en cause d'appel. Car « les parties peuvent avoir de bonnes raisons de ne pas vouloir cristalliser prématurément le débat : si d'un commun accord des parties estiment utile de soumettre immédiatement à leur juge de nouvelles prétentions, de nouveaux moyens ou de nouvelles pièces, peut-être fera-t-on l'économie d'un second procès »<sup>6</sup>. Il ne faudrait certes pas qu'une affaire monopolise à l'excès le service public de la justice ou perturbe son organisation. La bonne administration de la justice, dont le juge est

<sup>1</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 oct. 1985, n° 84-13397 ; *Bull. civ.* III, n° 134, p. 102 ; *D.* 1987, p. 534, note H. Fenaux ; *RTD civ.* 1986, p. 417, obs. R. Perrot ; *JCP* 1986, IV, p. 21.

<sup>2</sup> Cass. Ass. Plén. 24 nov. 1989, n° 88-18188 ; *Bull. Ass. Plé.*, n° 3, p. 5 ; *D.* 1990, p. 25, concl. J. Cabannes et p. 429, note P. Julien ; *JCP* 1990, II, 21407, note L. Cadet ; *Gaz. Pal.* 1989, 2, 970, note J-G. M ; *Gaz. Pal.* 1990, 2, somm. 358, obs. S. Guinchard et T. Moussa ; *RTD civ.* 1990, p. 145, obs. R. Perrot ; Rapport de la Cour de cassation 1989, La documentation française, 1989, p. 179, rapport L. Averseng ; v. ég. pour un historique intéressant, la décision rendue par la Cour d'appel d'Aix en Provence, 28 juin 1988 ; *Gaz. Pal.* 1988, 2, 703, note A. Damien ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 juin 1998, n° 96-14800 ; *Bull. civ.* II, n° 198, p. 116 ; *D.* 1998, IR, 196 : La demande de l'ensemble des parties à l'instance ne constitue pas une diligence de nature à faire obstacle à la péremption de l'instance.

<sup>3</sup> Dénonçant le possible « dévoiement de procédure qui risque de créer un climat malsain entre le juge et les avocats » si ces derniers usent du retrait conventionnel du rôle pour, dans les faits, contourner le refus du juge de renvoyer l'affaire à une audience ultérieure : S. Guinchard et T. Moussa, note sous Cass. Ass. Plén. 24 nov. 1989, *Gaz. Pal.* 1990, 2 somm. 358.

<sup>4</sup> Cass. Ass. Plén. 24 nov. 1989, n° 88-18188 *préc.*

<sup>5</sup> Le professeur Jacques Normand faisait référence au litige (« Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain », *RTD civ.* 1998, p. 461).

<sup>6</sup> R. Perrot, obs. sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 oct. 1985, *RTD civ.* 1986, p. 417, *sp.* p. 418.

garant, postule ainsi en faveur d'un large pouvoir discrétionnaire de celui-ci. Pour autant, comme l'a relevé un auteur, « il ne s'agit pas de priver un juge de la mise en état de son pouvoir d'appréciation, mais seulement de rappeler qu'une conception utile de la procédure civile amène parfois à accorder une prorogation, lorsqu'il y va de l'intérêt des parties, qui est la raison d'être du pouvoir des juges »<sup>1</sup>.

444. **Le cas de la péremption d'instance.** La même réflexion semble être transposable en matière de convention relative à la suspension du délai de péremption de l'instance. Même si la péremption d'instance se révèle, dans certaines hypothèses, constituer « une forme larvée de désistement »<sup>2</sup>, cette dernière ne devrait pas, lorsque les parties en sont d'accord, sanctionner des plaideurs qui ne se sont en réalité pas désintéressés du litige. La jurisprudence refuse cependant de valider la convention des parties suspendant le cours du délai de péremption de l'instance lorsqu'elle n'est pas formalisée par le juge sous la forme d'une décision de sursis à statuer<sup>3</sup>, ce qu'un auteur a tenté d'expliquer par « le caractère exceptionnel de la suspension du délai de péremption »<sup>4</sup>, non sans cependant critiquer une telle position.

Cependant, la péremption de l'instance ne pouvant être relevée d'office par le juge du fond<sup>5</sup>, la convention des parties devrait pouvoir réellement figer l'instance au moment où les parties auront convenu du retrait de l'affaire du rôle<sup>6</sup>. Il arrive pourtant qu'un plaideur opportuniste revienne sur son accord de suspension du délai et soulève la péremption de l'instance. On ne peut que regretter que la jurisprudence n'admette pas que la volonté conjointe des parties puisse valablement suspendre le délai de péremption de l'instance, ce qui avalise au passage une tactique procédurale confinant à la déloyauté. Ce refus semble avoir pour origine la nouvelle conception de la péremption d'instance, laquelle a été, selon les périodes, justifiée par des fondements différents<sup>7</sup>.

La péremption de l'instance semble désormais être appréhendée non comme une mesure prenant en considération le désintérêt des parties à l'égard de l'instance, qui justifie la présomption de renonciation à celle-ci une fois le délai écoulé, mais plus comme une mesure permettant la régulation des flux judiciaires et le désencombrement des rôles<sup>8</sup>. Le changement de perspective ne semble pourtant pas approprié. Il n'apparaît pas non plus efficacement poursuivre la finalité de désengorgement du service public de la justice. La péremption

<sup>1</sup> H. Fenaux, note sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 oct. 1985 ; *D.* 1987, p. 534, *sp.* p. 536.

<sup>2</sup> Ch. Atias : « La péremption d'instance entre deux eaux : sanction des parties et gestion du rôle », *D.* 2004, chron. p. 2874.

<sup>3</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 févr. 1994, n° 92-17382 ; *Bull. civ.* II, n° 72, p. 40 ; *RTD civ.* 1994, p. 677, obs. R. Perrot ; *D.* 1994, IR 74 ; *JCP* 1994, IV, 1112, p. 144 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 mai 1991, n° 90-10738 ; *Bull. civ.* II, n° 166, p. 89 ; *D.* 1991, IR, 189 ; *JCP* 1991, IV, 291 ; *RTD civ.* 1991, p. 800, obs. R. Perrot ; en sens contraire Cass. soc. 19 juin 1990, n° 85-46344 ; *Bull. civ.* V, n° 297, p. 177 ; *JCP* 1990, IV, 317 ; Cass. soc. 3 févr. 1986, n° 83-43487 ; *Bull. civ.* V, n° 3, p. 3 ; *RTD civ.* 1986, p. 639, obs. R. Perrot ; la jurisprudence antérieure, plus axée sur la volonté des parties, admettait que ces dernières puissent, par leur accord, suspendre le délai de péremption : il en va ainsi notamment dans le cadre d'un projet de transaction, quelle que soit d'ailleurs la validité de cette dernière, v. CA Lyon, 17 janv. 1844 ; *DP* 1845, 2, 43 ; Cass. civ., 23 juill. 1860 ; *DP* 1860, 1, 311 ; Cass. Req. 1<sup>e</sup> févr. 1882 ; *DP* 1883, 1, 197 ; sur une convention de désistement v. CA Paris, 5 mars 1892 ; *DP* 1893, 2, 323 ; CA Pau, 7 juill. 1902 ; *DP* 1903, 2, 10.

<sup>4</sup> S. Amrani-Mekki : *Le temps et le procès civil*. Préf. L. Cadiet, Dalloz, 2002, *sp.* n°120, p. 106.

<sup>5</sup> Article 388 du CPC.

<sup>6</sup> S. Amrani-Mekki : *Le temps et le procès civil*. Préf. L. Cadiet, Dalloz, 2002, *sp.* n°120, p. 106.

<sup>7</sup> Sur le sujet, v. G. Tapie : « Une redéfinition des diligences interruptives de la péremption d'instance : la péremption en sursis ? », *D.* 2003, p. 2797.

<sup>8</sup> J. Viatte : « Péremption d'instance, caducité et radiation », *Gaz. Pal.* 1974, 1, doct. p. 372.

d'instance n'a en effet pas d'incidence sur le droit d'action des parties qui reste intact. Une instance considérée comme « périmée » par l'institution judiciaire pourra ainsi donner lieu à une nouvelle action en justice en ayant perdu le bénéfice de celle précédemment engagée. Une telle solution refusant la suspension conventionnelle du délai de péremption de l'instance apparaît ineffective tant du point de vue du justiciable que de celui du service public de la justice susceptible d'être à nouveau sollicité.

445. **La rigueur excessive du pouvoir du juge sur la procédure ?** Le contrôle du juge sur la procédure, à l'encontre de la volonté commune des parties, peut dès lors apparaître sévère et dans certaines hypothèses sembler « créer de l'incomplétude, de l'incertitude, qui ne sont pas des motifs commandés par un souci de bonne administration de la justice »<sup>1</sup>. L'avènement d'un critère purement intentionnel de la péremption d'instance qu'avait cru déceler un auteur dans un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 11 septembre 2003<sup>2</sup> serait de nature à appuyer un revirement de jurisprudence<sup>3</sup>. Si en effet le fondement de la péremption d'instance redevient celui du désintérêt des parties pour l'instance, manifesté par leur inaction pendant un certain temps, alors la suspension conventionnelle du délai de péremption devrait être assez logiquement admise. Une telle mesure ne serait pas de nature à réaliser les craintes des auteurs dénonçant l'insuffisance du seul critère intentionnel pour caractériser les diligences interruptives du délai. La jurisprudence postérieure plus récente semble, cependant, démentir la mise de côté de tout critère matériel.

446. **Le cas des demandes conjointes de renvoi.** Le juge dispose en matière de renvoi d'un véritable pouvoir discrétionnaire<sup>4</sup>. En toute logique le refus de renvoi, mesure d'administration judiciaire, n'est pas susceptible de recours<sup>5</sup>. Une telle solution se comprend dans la mesure où le juge exerce, par les mesures d'administration judiciaire, la fonction de gardien du bon fonctionnement du service public de la justice<sup>6</sup>. Or, « le renvoi ayant nécessairement pour effet de désorganiser l'audience des affaires, donc la gestion du rôle, on comprend que le juge ait le pouvoir discrétionnaire d'en refuser la demande. Il s'agit d'éviter tout retard injustifié dans le dénouement de la procédure concernée et, par suite, plus généralement, dans le fonctionnement du service public de la justice »<sup>7</sup>. Le juge est ainsi « un véritable gestionnaire de l'instruction civile »<sup>8</sup>, gestionnaire qui peut-être empiète trop sur la liberté des parties dans les procédures contentieuses étatiques s'agissant de litiges privés.

---

<sup>1</sup> H. Fenaux, note sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 oct. 1985; *D.* 1987, p. 534, *sp.* p. 536 au sujet de l'irrecevabilité en appel des demandes nouvelles.

<sup>2</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 sept. 2003, n° 01-12331; *Bull. civ.* n° 256 p. 211.

<sup>3</sup> G. Tapie : « Une redéfinition des diligences interruptives de la péremption d'instance : la péremption en sursis ? *D.* 2003, p. 2797.

<sup>4</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 9 oct. 1985, n° 84-13730 ; *Bull. civ.* II, n° 148, p. 98 ; *Gaz. Pal.* 1986, 1, somm. 183, obs. S. Guinchard, T. Moussa.

<sup>5</sup> sur la radiation du rôle en appel pour absence d'exécution provisoire : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 juin 2009, n° 08-15424 ; *Bull. civ.* II, n° 167 ; *D.* 2009. Jur. 2532, note V. Norguin et Pan. 169, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 2009. 574, obs. R. Perrot ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 mai 1987, n° 86-10581 ; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. 139.

<sup>6</sup> Sur ces mesures, v. J. Théron : « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.* 2010, p. 2246, qui définit les mesures d'administration judiciaires comme « la marque d'actes accomplis par le juge en qualité d'administrateur dans le but d'assurer le bon fonctionnement du service public dont il a la charge ou encore le bon fonctionnement de l'instance ».

<sup>7</sup> L. Cadiet, note sous Cass. Ass. Plén. 24 nov. 1989, *JCP* 1990, II, 21407, n° 8.

<sup>8</sup> R. Perrot : « Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Procédures* 2006, ét. 3.

« Si la justice doit avancer comme une chaîne de montage que les intéressés eux-mêmes ne peuvent pas ralentir d'un commun accord au mieux de leurs intérêts, de beaux jours sont promis à l'arbitrage »<sup>1</sup>. La prédiction éclairée formulée par le professeur Roger Perrot en 1986 semble s'être depuis réalisée. L'organisation du service public de la justice justifie-t-elle la déconsidération des besoins exprimés conjointement par ses usagers ? Un tel refus d'accorder un renvoi sollicité conjointement par les parties ne va-t-il pas déboucher sur une demande de retrait conventionnel du rôle, qui aura un effet quasiment identique, si ce n'est qu'il impliquera des démarches supplémentaires des parties afin de réenrôler l'affaire ? Une telle position apparaît générer des complexités supplémentaires pour les parties alors que l'objectif qu'elles poursuivent peut être atteint par une voie détournée. Ainsi, s'il semble important que le juge conserve la mainmise sur le déroulement de l'instance, ne serait-il pas de l'intérêt des justiciables de considérer avec une plus grande bienveillance leurs demandes conjointes concernant celle-ci ?

447. **Un outil de prévision : le calendrier de procédure.** Le calendrier de procédure, auparavant appelé contrat de procédure, prévu par l'article 764, alinéas 3 à 5, du CPC pour la procédure devant le tribunal de grande instance, est un autre exemple de la faculté d'aménagement du temps de l'instance. Ce calendrier consacre une pratique de « cuisine judiciaire »<sup>2</sup> revêtant un caractère « sécurisant pour le justiciable »<sup>3</sup> qui est notamment largement employée en matière d'arbitrage. La possibilité devant les juridictions françaises en a été instaurée par le décret n° 2005-1678, du 28 décembre 2005 dans le but d'améliorer la qualité et la célérité de la justice, par ailleurs préconisé par le rapport *Magendie*, qui estimait que « cette détermination “par le bas” est d'autant plus souhaitable qu'elle permet une meilleure acceptation et perception du temps civil »<sup>4</sup>. La fixation des délais et des échéances procure en effet aux différents intervenants au procès une certaine prévisibilité des échanges devant avoir lieu et une idée du temps nécessaire pour obtenir une décision, entraînant ainsi une « sérénité psychologique »<sup>5</sup> pour le justiciable. Jusqu'alors, le juge de la mise en état, « chef d'orchestre »<sup>6</sup> de la mise en état, fixait « au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l'avis des avocats »<sup>7</sup>. Le juge dispose désormais de la simple faculté de proposer aux avocats des parties de s'accorder sur un calendrier de procédure, fixant les dates clefs de l'instance dès le début du procès. Ces échéances fixées d'un commun accord devront être respectées puisque « les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée »<sup>8</sup>. À défaut de respecter ces délais, les

---

<sup>1</sup> R. Perrot, obs. sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 oct. 1985, *RTD civ.* 1986, p. 417, *sp.* p. 419.

<sup>2</sup> M. Le Pogam et C. Dudit : « La mise en état des affaires civiles deux ans après le décret du 28 décembre 2005 », *Gaz. Pal.* 14 mars 2009, n° 73, p. 2.

<sup>3</sup> P. Estoup : « Le contrat de procédure en appel », *D.* 1985, p. 195.

<sup>4</sup> Le rapport proposait même que le juge puisse l'imposer aux parties en l'absence d'accord de celles-ci ; v. 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, *sp.* p. 88.

<sup>5</sup> M. Le Pogam et C. Dudit : « La mise en état des affaires civiles deux ans après le décret du 28 décembre 2005 », *Gaz. Pal.* 14 mars 2009, n° 73, p. 2.

<sup>6</sup> S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand : *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*. Dalloz, 32<sup>e</sup> éd., 2014, *sp.* n° 1857.

<sup>7</sup> Article 764, al. 1, CPC.

<sup>8</sup> Article 764, al. 5, CPC.

parties s'exposeraient au rappel de l'affaire à l'audience, en vue de la juger ou de la radier<sup>1</sup>, selon les cas.

448. **La prévisibilité du calendrier de procédure, un carcan pour le juge ?** La rigidité du calendrier ainsi défini a cependant été dénoncée, un calendrier de procédure établi dès l'orée de l'affaire ne permettant pas nécessairement de coller à la spécificité et à la complexité d'une affaire donnée. Il était par ailleurs craint que ce contrat de procédure entre les parties et le juge n'affecte l'office de ce dernier : « N'est il pas à craindre que le "contrat de procédure" ne ramène le magistrat de la mise en état à l'impuissance dans laquelle se trouvait naguère le juge chargé de suivre la procédure ? »<sup>2</sup>. La question mérite en effet d'être posée. Une fois le calendrier de procédure défini et accepté par les parties, le juge pourrait-il revenir sur le déroulement anticipé de l'instance ? « Sauf à vider le contrat de procédure d'une partie de sa substance, il n'est pas possible de laisser sans effet un manquement injustifié par le juge aux échéances du calendrier qui le concerne (*sic*) et, spécialement, le prononcé de la décision »<sup>3</sup>. Il apparaît cependant qu'une conception trop stricte d'un tel calendrier puisse aboutir à une justice bâclée, le juge étant contraint de rendre une décision fondée sur des éléments incomplets, même s'il s'estime insuffisamment informé. Une telle situation ne semble pas souhaitable et incite à penser que le calendrier de procédure, s'il forme une convention entre les parties et le juge, devrait pouvoir être écarté en raison de l'impératif pour le juge de l'objectif de rendre une justice de qualité. Il a ainsi été proposé de s'inspirer de la cause grave qui permet au juge de révoquer l'ordonnance de clôture<sup>4</sup>. On peut par ailleurs s'interroger sur la mesure qui pourrait venir sanctionner le non respect des délais fixés par le juge, et ce sans pénaliser les parties. En définitive, le calendrier semble devoir contraindre les parties mais pas le juge qui devrait lui pouvoir, dans une certaine mesure fondée sur le motif légitime de rendre une justice de qualité, exceptionnellement s'abstraire des délais fixés pour s'assurer de la bonne mise en état de l'affaire<sup>5</sup>.

449. **La prévisibilité du calendrier de procédure, un risque pour les avocats ?** L'acceptabilité d'une telle rigidité du point de vue des avocats semble douteuse pour certains auteurs. « S'engager à l'origine de la procédure à limiter le nombre de ses écritures n'est pas admissible au regard de la qualité de la défense et de la responsabilité encourue »<sup>6</sup>. Pour ces raisons, « les avocats, qui pourraient voir leur responsabilité engagée envers la partie qu'ils représentent, préféreront s'abstenir de se corseter dans un contrat de procédure qui les enserrera par trop »<sup>7</sup>. Ce calendrier permet cependant, pour les affaires les plus simples, de gagner la prévisibilité du déroulement de l'affaire dans le temps. Son élaboration en première instance

---

<sup>1</sup> La radiation était préconisée par la circulaire du 8 février 2006 relative à l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2006 du décret du 28 décembre 2005 n° 2005-1678 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, disponible [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/101-DACS-e.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/101-DACS-e.pdf); pour les procédures orales, article 446-2 du Code de procédure civile.

<sup>2</sup> M. Caratini : « Le contrat de procédure : une illusion ? », *Gaz. Pal.* 1985, doct. p. 639, *sp.* p. 640.

<sup>3</sup> S. Amrani-Mekki, E. Jeuland, Y.-M. Serinet et L. Cadiet : « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? à propos du décret "procédure" », *JCP* 2006, I, 146, *sp.* n° 8.

<sup>4</sup> S. Amrani-Mekki, E. Jeuland, Y.-M. Serinet et L. Cadiet : « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? à propos du décret "procédure" », *JCP* 2006, I, 146, *sp.* n° 8.

<sup>5</sup> L'article 444 du CPC dispose ainsi que le président peut, voire doit, ordonner la réouverture des débats lorsqu'un débat contradictoire sur les éléments du litige n'a pu avoir lieu.

<sup>6</sup> R. Tudéla : « Décret du 28 décembre 2005 : vers une contractualisation de la procédure civile », *Gaz. Pal.* 28 mars 2006, n° 87, p. 13.

<sup>7</sup> M. Le Pogam et C. Dudit : « La mise en état des affaires civiles deux ans après le décret du 28 décembre 2005 », *Gaz. Pal.* 14 mars 2009, n° 73, p. 2.



implique une collaboration entre le juge et les parties pour définir les étapes nécessaires à la mise en état de l'affaire, puisque les parties doivent obligatoirement l'accepter pour qu'il s'applique. Il semble que les juridictions soient conquises par cette idée de calendrier, qu'elles tentent même parfois d'institutionnaliser de manière trop autoritaire, entraînant selon certains auteurs une « dérive des protocoles de la mise en état »<sup>1</sup>.

450. **Le calendrier de procédure en appel.** La mise en place d'un calendrier autoritairement défini par le juge est désormais la règle dans les procédures en appel. Suite au rapport Magendie, le décret du 9 décembre 2009, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 a inséré l'article 912 du CPC, qui dispose en son alinéa 2 que le conseiller de la mise en état « fixe la date de la clôture et celle des plaidoiries. Toutefois, si l'affaire nécessite de nouveaux échanges de conclusions, il en fixe le calendrier, après avoir recueilli l'avis des avocats ». En son absence cependant, les parties restent libres d'invoquer de nouveaux moyens et de conclure à nouveau jusqu'à la clôture de l'instruction<sup>2</sup>. La volonté des parties semble ainsi, en appel, au mieux constituer une aide à la réflexion pour le conseiller qui conserve seul le pouvoir d'imposer les délais.

Il ressort de l'étude de ces règles de procédure civile relatives à l'instance que si les parties peuvent, dans une certaine mesure, influencer sur le déroulement et sur le temps de celle-ci, le pouvoir de contrôle du juge reste très, voire trop, prégnant. Le temps de l'instance échappe ainsi aux parties, notamment en raison de l'impératif de célérité qu'impose le droit au procès équitable. Il apparaît cependant que la dépossession des parties de la gestion du temps de l'instance par le juge puisse être appréciée de manière critique, particulièrement lorsque l'accord des plaideurs sur le temps a pour objectif de leur permettre de traiter l'ensemble de la bulle contentieuse. Il apparaît en ce sens regrettable que les conventions des parties relativement au déroulement de l'instance ne soient pas plus largement admises. Il semble en effet que l'objectif de délai raisonnable ne puisse reposer essentiellement sur une rigidité mal venue des règles de procédure<sup>3</sup>. Une telle démarche perdrait de vue l'objectif même de la justice, l'apaisement social au travers de la résolution des conflits par le droit. Il semble légitime de douter de l'atteinte d'un tel objectif lorsqu'une rapidité excessive imposée aux plaideurs engendre l'incomplétude de la résolution du conflit en dépit de leur volonté contraire.

#### B. L'impulsion des parties dans la modification de certaines règles de procédure

451. **Une cohérence d'ensemble à sauvegarder.** L'importance de la place de la procédure dans la réalisation de l'œuvre de Justice ne semble plus devoir être démontrée<sup>4</sup>. Plusieurs aspects de la procédure applicable au litige semblent à la portée de la volonté des parties qui, par leur renonciation conventionnelle à l'exercice d'un droit, peuvent s'écarter des règles normalement applicables à l'instance. Les règles du procès civil, établies dans l'intérêt des plaideurs, semblent ainsi dans une certaine mesure susceptibles d'être modifiées par l'accord

---

<sup>1</sup> C. Bléry : « De la contractualisation à la réglementation unilatérale : dérive des protocoles de la mise en état », *Procédures* 2012, alerte 5.

<sup>2</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 juin 2015, n° 14-10548 ; *D.* 2015, p. 1279.

<sup>3</sup> Sur les moyens de la prévention de la durée raisonnable des procès, v. D. Cholet : *La célérité de la procédure en droit processuel*. Préf. G. Guidicelli-Delage, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 466, 2006, *sp.* p. 374 et *s.*

<sup>4</sup> V. notamment M.-A. Frison-Roche : « 2+1 = la procédure », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (dir.) : *La justice – l'obligation impossible*. Autrement, Séries Morales, n°16, 1999, p. 214, *sp.* p. 227 et *s.*

des parties sans dévoyer leur finalité. Mais cet accord ne saurait réellement avoir d'ambition créatrice. Il s'agira en effet le plus souvent de renoncer à une caractéristique de la procédure établie en quelque sorte « par défaut ». La volonté des parties ne pourrait dès lors que retrancher aux règles procédurales, étant impuissante à en imposer de nouvelles, à moins de changer radicalement de paradigme. Il apparaît à ce sujet que le système procédural français recèle une cohérence qu'il ne conviendrait pas de détruire. L'efficacité de la volonté des parties dans l'aménagement d'une des règles du procès civil est par ailleurs fonction de l'intérêt dans lequel la règle en cause a été édictée. Il convient ainsi dans un premier temps de dégager les intérêts protégés et leurs conséquences sur la faculté pour les parties d'aménager les règles qui en découlent (1°). À la lumière de ces distinctions, seront envisagées la possibilité et l'opportunité d'élargissement des pouvoirs des parties en matière d'aménagement de la procédure (2°).

#### 1° Le pouvoir des parties, fonction de l'intérêt protégé

452. **Protection des parties ou qualité de la justice.** La distinction à opérer pour déterminer le degré d'influence des parties sur les règles de procédure découle de la finalité de ces dernières. En premier lieu, seront isolées les règles ou principes de procédure civile animés d'un objectif de protection et élaborés dans le souci de garantir le respect des droits et des libertés fondamentales des parties ou d'assurer la procédure la plus adéquate au litige. En second lieu, devront être envisagées les règles de procédure édictées dans le souci d'assurer une justice de qualité. Dans le premier cas, s'agissant des règles de procédure servant des intérêts privés, les parties pourraient se voir attribuer une plus grande latitude dans la mise à l'écart de règles qui pourraient aller à l'encontre de leurs intérêts. À l'inverse, s'agissant de la qualité de la justice, celle-ci-pourrait être considérée comme hors de portée de la volonté des parties.

Le départ entre ces deux objectifs est parfois difficile à réaliser. Il convient alors de déterminer la prévalence d'un intérêt sur l'autre pour définir la perméabilité de la règle en question à son aménagement par les parties. Si le pouvoir d'initiative des parties en matière de modification des éléments de procédure se développe au gré des réformes, le juge reste garant de la qualité du procès et à ce titre peut refuser d'accommoder les parties lorsque la qualité du service public serait remise en cause ou en doute par leurs demandes d'aménagement de la procédure. L'expansion des pouvoirs des parties dans la modulation de certaines composantes de la procédure destinées à les servir répond à l'expansion du contrôle par le juge de la qualité de la justice rendue. La technique du relevé d'office par le juge est en ce sens de plus en plus fréquemment exploitée par le législateur pour encadrer le procès civil.

453. **La faculté pour le juge de relever d'office son incompétence.** En matière de compétence une fois le litige né, l'influence de la volonté des parties sur la procédure mise en œuvre pour le traitement juridictionnel du litige semble être la règle, et le contrôle par le juge l'exception. L'article 92 du CPC énumère en effet limitativement les cas dans lesquels le juge peut d'office se déclarer incompétent. D'une part, la lecture du texte engage à considérer que la déclaration d'incompétence d'office par le juge n'est pour lui qu'une faculté et non une obligation. D'autre part, ce pouvoir qui lui est confié ne concerne que les cas dans lesquels la compétence d'attribution contredite est d'ordre public ou si le défendeur ne comparait pas. En matière de compétence territoriale, deux cas particuliers se rajoutent à ceux énoncés en matière de compétence d'attribution, celui où le juge intervient en matière gracieuse ou lorsque le litige a trait à l'état des personnes.

Les cas concernés par le relevé d'office apparaissent ainsi assez limités. L'alinéa premier de l'article 41 du CPC permet ainsi aux parties de déroger aux règles de compétence d'attribution fondées sur le montant de la demande une fois le litige né. Les parties pourraient par un tel accord *quantitate ad quantitatem* soumettre un litige relevant normalement du TGI au tribunal d'instance, dont la procédure est orale et sans représentation obligatoire. Une fois le litige né, l'incidence de la volonté des parties sur la procédure applicable à leur litige se manifeste plus visiblement que lorsque le litige n'est encore qu'une simple hypothèse, lors de la rédaction d'un contrat. Pour autant, la compétence d'attribution reste en grande partie indisponible, ce qui se comprend en considération de l'objectif de qualité de la justice. Dès lors que des juridictions sont spécialisées dans un domaine particulier, il apparaît suspect de ne pas vouloir y recourir et de prendre le risque d'une application plus hésitante du droit en cause. Les parties ne peuvent pas non plus se ménager la possibilité de faire appel d'une décision lorsque la loi dispose que la décision est rendue en premier et dernier ressort<sup>1</sup>. En matière de compétence territoriale aussi la volonté des parties s'épanouit une fois le litige né. La protection de la partie faible n'étant plus aussi essentielle que préalablement à la naissance du litige, les commerçants et non commerçants pourront valablement s'entendre pour confier leur litige à une juridiction autre que celle désignée par les règles de compétence territoriale normale.

454. **Confidentialité et publicité des débats.** Concernant les garanties procédurales ayant vocation à protéger le justiciable, l'exemple de la publicité des débats<sup>2</sup> est particulièrement intéressant notamment à la lumière du principe de confidentialité, non seulement dans les modes de résolution amiable des conflits, mais surtout dans les procédures arbitrales. Ce principe de la publicité des débats qui « constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1 de la Convention »<sup>3</sup>, semble en effet avoir pour objectif premier la protection des justiciables d'un juge partial, une sorte de garantie de la qualité de la justice, de son acceptation sociale et du contrôle pouvant ainsi être opéré par l'opinion publique, puisque « ce qui est juste ne se dissimule pas »<sup>4</sup>. Or il est admis par la CEDH qu'un tel droit à un débat public puisse faire l'objet d'une renonciation non équivoque par le justiciable<sup>5</sup>, même tacite<sup>6</sup>. L'absence de publicité des débats en matière arbitrale incite par ailleurs à repenser la disponibilité du droit à la publicité des débats en matière juridictionnelle. La publicité des débats ne semble ainsi pas

---

<sup>1</sup> Cette indisponibilité du droit d'appel est par ailleurs dans une certaine mesure critiquable. Probablement inspirée de l'adage « *de minimis non curat praetor* », une telle règle méconnaît cependant l'intérêt subjectif qu'une procédure peut revêtir pour un justiciable. Ce n'est en effet pas parce que les montants du litige sont faibles que les enjeux de la décision rendue n'apparaissent pas importants pour les plaideurs, qui pourraient se voir octroyer la faculté de solliciter un « rejugement » de la cause. Une telle hypothèse se confronte évidemment à l'orientation en faveur de la valorisation du premier degré de juridiction, ainsi qu'à la politique nécessaire de réduction des coûts et de la résorption de l'encombrement des juridictions. Il est cependant permis de penser qu'aucun principe fondamental ne s'opposerait à ce que les parties puissent prévoir la faculté d'interjeter appel d'une décision normalement rendue en premier et dernier ressort selon la loi.

<sup>2</sup> Prévu par les articles 22 et 433, alinéa 1, du CPC.

<sup>3</sup> CEDH, 20 janv. 2011, *Vernes c/ France*, req. n° 30183/06.

<sup>4</sup> R. Perrot : « Le principe de la publicité dans la procédure civile », in *Le principe de la publicité de la justice*, Travaux du VI<sup>e</sup> colloque des IEJ, Toulouse, mai 1968, Librairies Techniques, 1969, p. 23, *sp.* p. 25.

<sup>5</sup> CEDH, 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, req. n° 7299/75 ; 7496/76, § 35 : « Telle que la consacre l'article 6 par. 1 (art. 6-1), la règle de la publicité des audiences peut aussi céder parfois devant la volonté de l'intéressé. Sans doute la nature de certains des droits garantis par la Convention exclut-elle un abandon de la faculté de les exercer (arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971, série A no 12, p. 36, par. 65), mais il n'en va pas de même de certains autres ».

<sup>6</sup> CEDH 21 févr. 1990, *Hakansson et Sturesson c/. Suède*, req. n° 11855/85, § 66-67 ; J.-F. Flauss : « De la renonciation à la publicité des débats judiciaires dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme », *PA* 1991, n° 130 p. 20.

constituer un pilier de la procédure juridictionnelle sans lequel cette dernière s'effondrerait<sup>1</sup>. Parfois la confidentialité présenterait au contraire certains avantages à ne pas négliger : « La justice ne se laisserait-elle pas gagner par ce mouvement qui pousserait à fuir les lambris dorés de la salle d'audience pour trouver refuge autour d'un tapis vert, plus propice à la conciliation et au dialogue ? »<sup>2</sup>. On peut en effet se demander si la faveur pour les procédures amiables ne serait pas utilement appuyée par le déroulement des débats hors de la présence du public et si, notamment, l'absence de publicité dans certaines affaires non visées par les cas dérogatoires posés par la loi ne serait pas de nature à rapprocher le justiciable de la justice en le soustrayant au regard de tous qui s'apparente, aux yeux de certains justiciables, comme une certaine censure.

455. **La publicité de la justice, un moyen de contrôle.** La publicité procure cependant en matière judiciaire une garantie n'ayant pas pour seuls destinataires les parties au procès. Si tel était le cas, les parties pourraient librement renoncer à ce principe. Or le caractère non public des débats reste soumis à la volonté du juge. Selon l'article 435 du CPC, le juge « peut » décider de revenir sur la publicité des débats sur demande de toutes les parties. Les parties pourraient ainsi demander au juge d'ordonner le déroulement des débats en chambre du conseil pour préserver la confidentialité relative<sup>3</sup> de leur litige, mais le magistrat ne serait pas tenu d'accéder à cette demande dès lors que la publicité des débats présenterait un intérêt, qu'il soit privé ou d'ordre général<sup>4</sup>. La publicité n'est pas édictée dans le seul intérêt du justiciable, et ce même si la nature de la nullité prononcée à titre de sanction de la violation du principe de la publicité pourrait faire débat<sup>5</sup>.

La justice, pour renforcer la confiance que doivent en avoir les justiciables, peut être maintenue publique même en contradiction avec le désir et les intérêts des parties privées qui y ont recours. La publicité est « un moyen de contrôle des juges opéré par les justiciables, par une juridiction supérieure, par la société "*coram populo, in facie societatis*" »<sup>6</sup>. Or ce besoin de contrôle semble s'étioler, et il apparaît désormais que l'intérêt de la justice ne postule pas en faveur du maintien strict d'un tel principe<sup>7</sup> qui constitue un frein à la soumission de certains litiges à la justice étatique. Il apparaît préférable à certains plaideurs de s'orienter vers une justice plus confidentielle afin de ne pas subir le contrecoup négatif que peut porter la mise au jour de certaines affaires. La pertinence du pouvoir discrétionnaire du juge d'accéder à la demande des parties de déroger au principe de la publicité des débats peut être mise en doute,

<sup>1</sup> V. sur la question G. Canivet : « Économie de la justice et procès équitable », *JCP* 2001, I, 361.

<sup>2</sup> R. Perrot : « Le principe de la publicité dans la procédure civile », in *Le principe de la publicité de la justice*, Travaux du VI<sup>e</sup> colloque des IEJ, Toulouse, mai 1968, Librairies Techniques, 1969, p. 23, *sp.* p. 31.

<sup>3</sup> La publicité des décisions de justice est en effet un élément de la justice judiciaire auquel les parties ne semblent pas pouvoir déroger. La confidentialité des litiges soumis à la juridiction étatique est ainsi impossible, et ce même si les décisions sont, en majeure partie en droit privé, diffusées après avoir été anonymisées.

<sup>4</sup> P. Kayser : « Le principe de la publicité de la justice dans la procédure civile », in *Mél. P. Hébraud*, Préface M. Despax, PI Toulouse, 1981, p. 501, *sp.* p. 512.

<sup>5</sup> Pour certains auteurs en effet, seules les parties pourraient soulever la nullité résultant du non respect du principe de publicité des débats ; les termes de l'article 437 al. 2 du CPC ne semblent cependant pas pouvoir faire l'objet d'une interprétation univoque. Celui-ci dispose : « Si l'audience est poursuivie sous sa forme régulière, aucune nullité fondée sur son déroulement antérieur ne pourra être ultérieurement prononcée, même d'office » ; Il semble ainsi que si l'audience n'est pas poursuivie sous sa forme régulière, rien ne s'opposerait à ce que la nullité puisse être relevée d'office par le juge. Aucune jurisprudence n'a pu être trouvée relativement à cette question.

<sup>6</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp.* n° 189, p. 663.

<sup>7</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp.* n° 192, p. 668.

même s'il est probable que le juge accède à une telle demande dans une grande majorité des cas.

456. ***L'opportunité de l'admission du pouvoir des parties de renoncer à la publicité sans aval du juge.*** Il pourrait être envisagé de donner plus de force à la volonté des parties en ce domaine et de prévoir le renversement du principe : le juge pourrait s'opposer à la demande des parties lorsque celle-ci lui apparaît contraire à l'intérêt du service public de la justice. Une telle influence des parties sur la procédure semble pouvoir se justifier en raison de la prépondérance de l'intérêt des parties sur celui de la justice. L'abandon sur demande des parties de la règle de la publicité a notamment été envisagé au sujet de l'amicable composition judiciaire, qui selon une partie de la doctrine pourrait se détacher avec plus de facilité des règles de procédure<sup>1</sup> élaborées pour les procédures « en droit ».

457. ***L'information du juge, une limite à l'aménagement de la procédure par la volonté des parties.*** À l'inverse, dès lors que la règle procédurale « par défaut » est édictée dans le but d'assurer la qualité de la justice par le biais de l'information du juge plus que pour satisfaire des intérêts des parties, il apparaît que le magistrat doit être seul juge de l'opportunité de l'acceptation de la demande des parties. Le cas de la dispense de plaidoiries fournit un excellent exemple d'une telle hypothèse. L'alinéa 3 de l'article 779 du CPC<sup>2</sup> permet aux parties de solliciter du juge la dispense de plaidoiries et le simple dépôt des dossiers au greffe devant le tribunal de grande instance<sup>3</sup>, sous réserve que le ministère public ne s'y oppose pas. La même faculté est accordée aux parties dans les procédures orales<sup>4</sup>. Le juge reste cependant le seul décisionnaire en la matière. La dispense de plaidoirie, qui ne peut être prononcée qu'à la demande des parties<sup>5</sup> n'est en effet qu'une faculté pour le juge, qui pourra décider de maintenir cette phase en déclin dans le procès civil s'il considère que les conclusions des parties sont insuffisantes à sa parfaite information. La qualité de la justice impose alors une limite nécessaire à la faculté des parties d'aménager la procédure applicable à leur litige, et ce même si la dispense de plaidoirie est de nature à utilement accélérer le déroulement du procès civil dès lors que le juge se considère suffisamment informé.

On comprend avec cet exemple que lorsque les aménagements de la procédure souhaités par les parties effleurent par trop près le rôle du juge dans le procès civil et les prérequis qui lui sont nécessaires, ces derniers ne seront possibles que si le juge y consent. Il est cependant des hypothèses dans lesquelles les parties peuvent, en ne soulevant pas certains « moyens de défense processuels », forcer certaines caractéristiques de la procédure.

---

<sup>1</sup> En ce sens, v. G. Cornu : « Le juge-arbitre » *Rev. arb.* 1980, p. 373, *sp.* n° 48, p. 388 : « Si la loi a ouvert la voie à l'amicable composition, il est cohérent de supposer qu'elle a voulu les moyens de la fin qu'elle propose. Et tout le monde sait que la non-publicité est de la nature de l'amicable composition » ; v. *ég.*, en faveur d'un assouplissement des règles de procédure en la matière, v. P. Bellet : « Le juge-arbitre », *Rev. arb.*, 1980, p. 394, *sp.* p. 405.

<sup>2</sup> « Le président ou le juge de la mise en état, s'il a reçu délégation à cet effet, peut également, à la demande des avocats, et après accord, le cas échéant, du ministère public, autoriser le dépôt des dossiers au greffe de la chambre à une date qu'il fixe, quand il lui apparaît que l'affaire ne requiert pas de plaidoiries ».

<sup>3</sup> B. Lissarrague : « Décret de procédure du 28 décembre 2005 : quel cadeau ? », *Gaz. Pal.* 29-31 janv. 2006, p. 2 ; R. Perrot : « Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Procédures* 2006, ét. 3.

<sup>4</sup> Article 446-1 al. 2 du CPC.

<sup>5</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 févr. 2011, n° 09-70577 ; *Bull. civ.* II, n° 37 ; *Procédures* 2011, comm. 131, obs. R. Perrot.

2° Vers un possible élargissement des pouvoirs des parties en matière d'aménagement de la procédure

458. **Accroître la liberté des parties.** Ne serait-il pas envisageable de laisser une plus grande liberté aux parties dans la détermination des règles et principes de procédure applicables à leur litige ? La renonciation par les parties à certaines règles de procédure n'impacte pas directement l'office du juge, d'autant que celui-ci, on l'a vu, conserve la possibilité de refuser les modifications des parties lorsqu'elles attendent trop à sa mission. Or les parties peuvent, par leur renonciation et leur abstention, indirectement contraindre l'office du juge. Par le monopole de certaines exceptions à la seule disposition des parties, le Code de procédure civile entraîne la possibilité pour elles d'imposer au juge d'examiner des litiges préalablement éteints par voie transactionnelle ou encore de statuer sur un litige pour lequel il serait, selon les règles du Code de procédure civile, incompétent. La qualité et la célérité de la justice postulerait en faveur du refus de l'office juridictionnel d'intervenir alors que cela n'est plus réellement nécessaire. Pourtant le juge apparaît dans ces circonstances, en quelque sorte, à la disposition des parties. Leur volonté s'exprime en ce cas négativement : c'est par leur absence de mise en œuvre des exceptions processuelles à leur disposition que les parties modifient l'office du juge. De telles hypothèses seront probablement plutôt rares en pratique. Il n'est cependant pas à exclure que les parties se révèlent finalement toutes deux insatisfaites de la transaction conclue et préfèrent, par exemple, voir leur litige tranché par le juge plutôt que d'exécuter un contrat désavantageux à leurs yeux. La tendance est cependant à la disparition de ces renoncements impactant le juge, ce qui se manifeste par l'extension du domaine du relevé d'office. Le relevé d'office par le juge des nouvelles prétentions en est un exemple récent.

459. **La question du relevé d'office de l'irrecevabilité des prétentions nouvelles en cause d'appel.** Avant la réforme opérée par le décret du 9 décembre 2009<sup>1</sup>, l'irrecevabilité des prétentions nouvelles des parties en cause d'appel était subordonnée à son invocation par une partie<sup>2</sup>. L'article 564 du CPC<sup>3</sup> dispose désormais que l'irrecevabilité des prétentions nouvelles peut<sup>4</sup> être relevée d'office par le juge dès lors qu'elle ne résulte pas des hypothèses limitativement énumérées, telles que l'intervention d'un tiers ou la révélation d'un fait nouveau. L'évolution tend à ainsi à la canalisation imposée de l'office du juge ainsi qu'à la valorisation du premier degré de juridiction, puisque auparavant la faculté de ne pas relever l'irrecevabilité des prétentions nouvelles permettait aux parties de considérer la première instance comme un galop d'essai mais également de priver lesdites prétentions du double degré de juridiction dès lors que les parties ne s'y opposaient pas.

Les parties ne peuvent désormais plus disposer du juge aussi librement qu'auparavant par le biais de leur abstention, ce qui apparaissait souhaitable à certains auteurs au nom de la clarté

<sup>1</sup> Décret n° 2009-1524.

<sup>2</sup> Cass. civ., 11 mai 1921 ; *DP* 1924, 1, 213 : « L'irrecevabilité en appel des demandes nouvelles n'est pas d'ordre public et peut être couverte par des défenses au fond » ; Cass. req. 18 avr. 1947 ; *D.* 1947, p. 283.

<sup>3</sup> « À peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait » ; il convient cependant de noter que, selon l'article 565 du CPC, la notion de demande nouvelle n'est pas démesurément restrictive au regard de ses implications en matière d'autorité de la chose jugée, bien que cela pose d'autres problématiques propres lorsque les demandes sur un nouveau fondement juridique est soulevé uniquement au stade de l'appel.

<sup>4</sup> En dépit de ce que semble indiquer le texte, le relevé d'office visé par l'article 564 du CPC a été qualifié d'une simple faculté pour le juge par la Cour de cassation : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 janv. 2013, n° 12-11667 ; *Bull. civ.* II, n° 1 ; *D.* 2013, p. 182 et p. 2058, obs. L. Leroy-Gissinger et F. Renault-Malignac.

du litige et de la rapidité et de la sécurité de la solution<sup>1</sup>. Cette disposition revient cependant en quelque sorte à refuser aux parties le droit de renoncer au double degré de juridiction concernant les prétentions nouvelles et les contraint à intenter une nouvelle procédure pour faire trancher ces prétentions nouvelles par un juge. La célérité de la première procédure en sera indubitablement assurée, mais il n'est pas certain que cette rapidité forcée réponde aux attentes de justiciables. Si ceux-ci sont ainsi contraints de saisir à nouveau la justice, il semble légitime de douter que cette nouvelle faculté du juge de relever d'office l'irrecevabilité des prétentions nouvelles en appel soit, en définitive, un facteur d'efficacité procédurale, que ce soit du point de vue des plaideurs ou de celui de l'institution judiciaire.

460. **Le choix de la loi de procédure applicable par les parties.** Les parties pourraient-elles, par leur convention, influencer sur la procédure de manière plus « positive »? En toute logique, il apparaît que dès lors que la renonciation des parties à invoquer un élément de procédure peut conduire à efficacement modifier celle-ci, la voie de la convention devrait leur être ouverte. Il est difficilement concevable que ce qui est possible par absence de manifestation de volonté ne le soit pas alors que les parties se seraient accordées en ce sens.

Pour déterminer quelles peuvent être les attentes des parties en matière de modification de la procédure civile française, il est utile de se référer aux manifestations de volonté dans les procédures arbitrales, dont nous verrons qu'elles apparaissent bien plus malléables que les procédures judiciaires. La faculté pour les parties de choisir la loi de procédure applicable au différend semble désormais largement admise en la matière. Une telle souplesse de la procédure arbitrale se comprend en effet puisque l'arbitrage international est détaché de toute allégeance étatique et ne nécessite, en principe, aucune autorité supérieure à laquelle se référer en la matière. Or l'office juridictionnel étatique est à l'inverse étroitement lié à l'état qui l'organise. « On considère comme un axiome de droit international privé l'idée que si les tribunaux d'un pays peuvent faire application des règles *de fond* d'une législation étrangère, ils ne peuvent *fonctionner* qu'en conformité avec leur propre statut »<sup>2</sup>. Cela justifie la réticence initiale avec laquelle est classiquement abordée la question de la modification des règles de procédure et l'application d'une loi de procédure différente de celle du for. Deux raisons sont classiquement avancées pour écarter la faculté pour les parties de choisir la loi de procédure applicable devant les juridictions étatiques. « Du point de vue publiciste, il s'agit d'une question de souveraineté qui évoque l'existence des lois de police échappant nécessairement au jeu des règles de conflit ; du point de vue privatiste, la solution semble se justifier par la prévisibilité et par l'efficacité de la procédure »<sup>3</sup>.

Demander au juge d'appliquer des règles de procédure étrangères réveille la crainte de l'inconnu. La méconnaissance initiale par le juge de ces règles semble en effet dans ce cas pouvoir être présumée et leur incompatibilité avec les principes régissant généralement le déroulement du procès devant lui peut également être crainte. C'est la raison pour laquelle ces pactes d'« *electio juris iudicii* » semblent proscrits devant les juridictions françaises, lesquelles retiennent l'application de la loi du for concernant les règles de procédure<sup>4</sup>. Cependant, selon

<sup>1</sup> G. Canivet : - « Economie de la justice et procès équitable », *JCP* 2001, I, 361.

<sup>2</sup> H. Motulsky : « Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé » *Trav. comité fr. DIP* 1948-1952, p. 13.

<sup>3</sup> C. A. Arrue Montenegro : *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*. Préf. B. Ancel, LGDJ, 2011, *sp.* n° 469, p. 258.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 22 févr. 1978, n°77-10109 ; *Bull. civ.* I, n° 73, p. 62 ; *Rev. crit. DIP* 1979, p. 593, note

un auteur<sup>1</sup>, l'application de la loi de procédure étrangère ne devrait pas nécessairement devoir être exclue. La réflexion menée en matière de conflits de lois de procédure incite à s'interroger sur la liberté potentielle qui pourrait être accordée aux plaideurs en la matière : s'il est en effet admis que des règles de procédure étrangères puissent être appliquées par le juge au sujet d'un conflit donné, quel obstacle pourrait faire échec aux stipulations des parties en la matière ? Si la consécration jurisprudentielle du raisonnement avancé reste très incertaine, la volonté des parties en matière de procédure trouve au contraire un terrain d'élection au sein de la justice arbitrale.

## §2 La liberté des parties dans les procédures arbitrales

461. *Une justice sur mesure.* « La liberté des parties dans l'arbitrage est quasi absolue, elle est partout, elle innerve l'ensemble des dispositions, elle colore toute la conception française de l'arbitrage »<sup>2</sup>. Les parties jouissent en effet en la matière d'une incroyable liberté pour gérer le conflit qu'elles souhaitent soumettre à cette forme de justice privée, complémentaire et non antagoniste à la justice étatique<sup>3</sup>. L'arbitrage international présente par ailleurs l'atout indéniable d'être une « justice internationale autonome »<sup>4</sup>, détachée en elle-même de toute emprise étatique et des modèles qu'elle véhicule<sup>5</sup>, dans laquelle le principe d'autonomie de la volonté « est porté à son paroxysme »<sup>6</sup>. La seule validation étatique qui pourrait contrecarrer son efficacité tient à l'exequatur de la solution demandée par les parties au juge du pays dans lequel l'exécution forcée de la sentence est sollicitée<sup>7</sup>, puisque son annulation dans un autre

---

G. Couchez : « la procédure d'une instance engagée en France ne peut être régie que par la loi française (...) » ; Cass. 1<sup>o</sup> civ., 4 déc. 1990, n<sup>o</sup> 89-14285 ; *Bull. civ. I*, n<sup>o</sup> 272, p. 193 : « l'exigence d'un intérêt né et actuel est commandée, en raison de son caractère procédural, par la loi du for, la loi applicable au fond n'étant à prendre en considération que si elle n'accorde pas de droits à celui qui agit en justice » ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 558, note M.-L. Niboyet-Hoegy.

<sup>1</sup> M.-L. Niboyet : « Contre le dogme de l'application de la *lex fori* en matière de procédure », in *Mél. H. Gaudemet-Tallon*, 2008, p. 363.

<sup>2</sup> Th. Clay : « "Liberté, Égalité, Efficacité" : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage » première partie, *JDI* n<sup>o</sup> 2, avr. 2012, doct. 4.

<sup>3</sup> B. Oppetit : « Justice étatique et justice arbitrale », in *Mél. P. Bellet*, Litec, 1991, p. 415.

<sup>4</sup> L. Degos : « La consécration de l'arbitrage en tant que justice internationale autonome (à propos des arrêts *Putrabali* du 29 juin 2007) », *D.* 2008, p. 1429.

<sup>5</sup> Le référentiel propre à l'arbitrage permet notamment d'avoir recours à des notions que le droit français se refuse à consacrer, tels notamment les dommages et intérêts punitifs, dont on a entraperçu l'utilité en matière de lutte contre les fautes lucratives ; la jurisprudence française considère en effet désormais que ces derniers ne sont pas nécessairement contraires à l'ordre public international français dès lors qu'ils ne sont pas disproportionnés : Cass. 1<sup>o</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 2010, n<sup>o</sup> 09-13303 ; *Bull. civ. I*, n<sup>o</sup> 248 ; *LEDC* 01 janv. 2011, n<sup>o</sup> 1 p. 6, obs. G. Guerlin ; sur la question, v. J. Ortscheidt : « Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international », *PA*, 20 nov. 2002 n<sup>o</sup> 232, p. 17.

<sup>6</sup> Ch. Seraglini : *Lois de police et justice arbitrale internationale*. Préf. P. Mayer, coll. Nouvelle Bibli. Thèses, Dalloz, 2001, sp. n<sup>o</sup> 156, p. 76.

<sup>7</sup> La solution se dégage des arrêts *Putrabali* (Cass. 1<sup>o</sup> civ., 29 juin 2007, n<sup>o</sup> 05-18053 et 06-13293 ; *Bull. civ. I*, n<sup>o</sup> 250 et 251 ; *D.* 2007 p. 1969, obs. X. Delpéch ; *D.* 2008, p. 180, obs. Th. Clay ; *RTD com.* 2007, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2007, p. 507, rapp. J.-P. Ancel et p. 517, note E. Gaillard ; *JDI* 2007, n<sup>o</sup> 4, comm. 23. Th. Clay ; *PA* 2007, n<sup>o</sup> 192, chron. p. 7, M. de Boissésou ; *Gaz. Pal., cah. arb.*, 21-22 nov. 2007, n<sup>o</sup> 326, p. 3, obs. S. Lazareff et p. 14, note Ph. Pinsolle ; *JCP* 2007, I, 216, § 7, obs. Ch. Seraglini ; *RJDA* 2007, chron. p. 883, obs. J.-P. Ancel ; *Arbitration internationale* 2008, note Ph. Pinsolle, p. 277 ; *Bull. ASA* 2007, note P.-Y. Gunter ; L. Degos : « La consécration de l'arbitrage en tant que justice internationale autonome (à propos des arrêts *Putrabali* du 29 juin 2007) », *D.* 2008, p. 1429) et *Hilmarton* (Cass. 1<sup>o</sup> civ., 23 mars 1994, n<sup>o</sup> 92-15137 ; *Bull. civ. I*, n<sup>o</sup> 104, p. 79 ; *RTD com.* 1994, p. 702, obs. J.-C. Dubarry, E. Loquin ; *Rev. crit. DIP* 1995, p. 359, note B. Oppetit ; *Rev. arb.* 1994, p. 326, note Ch. Jarrosson) ; sur la question, v. *not.* Th. Clay : « Le siège de l'arbitrage international entre "ordem" et "progresso" », *Gaz. Pal.*, 2008, n<sup>o</sup> 184, p. 20.



pays n'est pas de nature à faire obstacle à l'exequatur de la décision dans un autre état. En décidant de recourir à l'arbitrage international, les parties font donc le choix d'une justice sur mesure dotée d'une grande force grâce au principe d'efficacité de l'arbitrage. Mais l'efficacité de l'arbitrage peut également se révéler un redoutable obstacle à la réalisation de la volonté des parties. L'équilibre de ce principe avec la source volontariste de l'arbitrage mérite d'être éprouvé.

Trois composantes importantes du litige peuvent être utilement aménagées par les parties en matière d'arbitrage. La grande liberté de cerner précisément le litige et d'organiser l'arbitrage dont disposent les parties dans le compromis (A) n'est plus réellement une spécificité de l'arbitrage, puisque la requête conjointe permet aux parties de réaliser une opération similaire dans la procédure judiciaire. Restent cependant deux spécificités essentielles de l'arbitrage par rapport à la juridiction étatique, et non des moindres : la faculté pour les parties de choisir leur(s) juge(s) (B) et celle de déterminer avec une plus grande latitude la procédure selon laquelle se déroulera le procès (C).

#### A. Le compromis ou la délimitation du litige

462. ***Un accord intervenant une fois le litige né.*** Par le compromis, les parties définissent l'objet du litige qui les oppose de manière précise. Cette convention ne peut intervenir qu'une fois le litige né, mais la voie de dérivation vers l'arbitrage qu'elle représente demeure accessible aux plaideurs d'ores et déjà engagés dans une instance judiciaire<sup>1</sup>. La dérivation de la justice étatique vers l'arbitrage sur accord de volonté des parties est ainsi largement ouverte aux plaideurs qui peuvent, après avoir sollicité de la justice un travail en amont qui touchait à sa fin, décider d'abandonner l'action étatique pour soumettre leur différend à l'arbitrage. Son domaine de validité est par ailleurs bien plus étendu que ne l'est celui de la clause compromissoire, puisque le compromis intervient une fois le litige né, ses enjeux étant *a fortiori* plus déterminables pour les parties et certains droits en cause étant devenus disponibles. Les limitations établies afin de protéger les parties faibles peuvent ainsi être écartées, les litiges civils ou mixtes pouvant faire l'objet d'un compromis en droit interne français.

La réforme du droit de l'arbitrage a durci les conditions formelles de validité du compromis en droit interne. Antérieurement à la réforme, il était en effet admis par la jurisprudence que le compromis n'était pas, à peine de nullité, écrit. Le texte de l'article 1449 du CPC était ainsi réputé imposer une exigence probatoire, le compromis étant un contrat consensuel<sup>2</sup>. Le nouvel article 1443 du CPC pose désormais l'exigence, à peine de validité, d'un écrit pour toute convention d'arbitrage en droit interne, tout en assouplissant les conditions d'appréciation d'un tel écrit.

Convention d'arbitrage<sup>3</sup> conclue une fois le litige né, le compromis colle au plus près aux attentes des parties qui sont, de ce fait, plus précisément définies puisque l'objet du litige y est

---

<sup>1</sup> Article 1445 du CPC : « Les parties peuvent compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une juridiction ».

<sup>2</sup> Cass. com. 13 nov. 1972, n° 71-10942 ; *Bull. civ.* IV, n° 284, p. 267 ; *Rev. arb.* 1973, p. 150, note Ph. Fouchard.

<sup>3</sup> Et non clause, ne pouvant dès lors être considérée comme abusive : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 25 févr. 2010, n°09-12126 ; *Bull. civ.* I, n° 49 ; *D.* 2010, p. 651 et p. 2933, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2010, p. 323, obs. B. Fages ; *RTD com.* 2011, p. 774, obs. B. Bouloc ; *RTD com.* 2012, p. 520, note E. Loquin ; *JCP* 2010, 659, p. 1232,

déterminé sous peine de nullité de la convention<sup>1</sup>. L'objet du litige revêt une importance toute particulière en matière d'arbitrage. Comme devant les juridictions étatiques, il permet de déterminer le périmètre sur lequel le juge est tenu de se prononcer, ni *ultra* ni *infra petita*. Mais la détermination de l'objet du litige par le compromis donne également toute la mesure de la compétence de l'arbitre, et enserme précisément son office dans les limites de l'exception posée à la compétence des juridictions étatiques. La détermination de l'objet du litige par le compromis dote également le différend soumis aux arbitres d'une « immutabilité renforcée »<sup>2</sup>. Les parties peuvent décider de modifier l'objet du litige soit en en convenant expressément d'une nouvelle convention d'arbitrage, soit tacitement en discutant sans réserves d'un point nouveau<sup>3</sup>. En revanche, en l'absence d'un tel accord, la détermination de l'objet du litige par le compromis semble gravée dans le marbre. Ainsi « lorsque son investiture procède d'un compromis, l'arbitre ne peut, sans nouvel accord des parties, être saisi par une partie d'une demande incidente n'entrant pas, par son objet, dans les prévisions du compromis, ni d'une demande nouvelle »<sup>4</sup>. « Dès lors, le compromis exige un renouvellement constant de l'accord de volonté à l'occasion de toute modification du litige »<sup>5</sup>. Son caractère restrictif peut, de ce fait, sembler préjudiciable à un traitement adapté des contestations, les parties pouvant « débiter » leurs conflits et ne permettre à l'arbitre qu'une appréhension parcellaire de ceux-ci dès lors qu'une des parties, se rendant compte que la procédure arbitrale initiale tourne à son désavantage, se montrera réticente à étendre la compétence de l'arbitre. Un tel découpage est également possible avec la clause compromissoire, les parties pouvant dès l'origine déterminer qu'un certain type de litige sera exclu de la sphère de compétence arbitrale. Cependant, stipulée dans l'ignorance des différends pouvant survenir, la clause compromissoire semble laisser bien moins de prise à la volonté des parties une fois le litige advenu et présenter en ce sens moins d'intérêt que le compromis en termes de tactique procédurale.

Le compromis apparaît dès lors constituer un moyen bien plus rigide de recourir à l'arbitrage que la clause compromissoire<sup>6</sup>. Cette rigidité est probablement également une des raisons postulant en faveur de son domaine de validité plus étendu. Le compromis d'arbitrage se révèle généralement le support d'accords concernant la procédure, les arbitres choisis ou encore la mission confiée au tribunal arbitral. À ce titre d'ailleurs, cette convention particulière devrait pouvoir être examinée à l'aune des clauses abusives à l'instar des autres contrats pouvant receler un déséquilibre significatif entre les droits et obligations de deux parties de forces inégales. Un tel appel au contrôle de cette convention de procédure d'une force particulière a ainsi été lancé par M. de Fontmichel au motif que le déséquilibre des forces à l'orée du

---

note A. Péliissier ; *PA* 2011, n° 202, obs. M. de Fontmichel ; *D.* 2011, p. 974, obs. N. Saupahnor-Brouillaud ; *RTD com.* 2012, p. 520, note E. Loquin.

<sup>1</sup> Article 1445 du CPC.

<sup>2</sup> L. Weiller : *La liberté procédurale du contractant*. Préf. J. Mestre, PUAM, 2004, *sp.* n°313, p. 294.

<sup>3</sup> CA Paris, 30 mars 1962 ; *JCP* 1962, II, 12843, note P. Level : les parties ayant discuté du point litigieux, elles avaient ainsi tacitement prorogé la compétence des arbitres.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 mars 2007, n° 06-16423 ; *Bull. civ.* I, n° 92 ; *D.* 2007, AJ 1024 ; *D.* 2008, pan. 180, obs. Th. Clay ; *JCP* 2007, I, 168, n° 8, obs. J. Ortscheidt ; *PA* 2007, n° 192, p. 7, obs. J.-G. Betto, confirmant CA Paris, 6 avr. 2006 ; *RTD com.* 2006, p. 771, obs. E. Loquin.

<sup>5</sup> L. Bernheim-Van de Castele : *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*. Préf. Th. Clay, Bruylant, 2012, *sp.* p. 380 ; *v. ég.* J. Robert et B. Moreau : *L'arbitrage. Droit interne et droit international privé.*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 1993, *sp.* n°110, p. 91.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 25 mars 2009, n° 08-10815 ; *Bull. civ.* I, n° 63 ; *D. act.* 30 mars 2009, obs. X. Delpéch : « lorsque son investiture procède d'une clause compromissoire, l'arbitre peut être saisi par une partie d'une demande incidente, dès lors qu'entrant par son objet dans les prévisions de cette clause, cette demande se rattache par un lien suffisant aux prétentions originaires que la partie lui avait soumises et que l'arbitre statue dans le délai qui lui a été imparti ».

déclenchement du contentieux n'est pas dissipé par le seul fait que les droits en cause sont désormais disponibles. Ainsi, « l'inapplicabilité automatique de la législation sur les clauses abusives au compromis n'est ni justifiée ni opportune » puisqu'« après la naissance du différend, les faiblesses intellectuelles et financières de la partie faible ne disparaissent pas comme par enchantement »<sup>1</sup>. Le déséquilibre en défaveur de la partie faible ne semble pas pouvoir être exclu en la matière, pas plus qu'il ne l'est lorsqu'il s'agit pour les parties de choisir leur juge.

## B. Le choix de l'arbitre

463. « *Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage* ». Justice sur mesure, l'arbitrage l'est en raison de la malléabilité des règles de procédure par les parties, mais également en raison de la liberté qui leur est offerte de choisir leur propre juge et de lui confier le pouvoir de les départager dans leurs prétentions. Une fois l'investiture de l'arbitre accordée par les parties, celui-ci aura en effet la tâche de dire le droit ou, dans certains hypothèses, de dire le Juste. Or choisir son juge est une prérogative essentielle dans l'arbitrage, qui mérite que l'on s'y arrête et qui justifie des principes propres à la matière. « Rien n'est probablement plus important que le choix de l'arbitre dans le règlement des différends internationaux, commerciaux ou non commerciaux, ni plus difficile pour les parties, leurs conseils et pour les institutions d'arbitrage »<sup>2</sup>. Cette prérogative des parties est par ailleurs tout à fait exceptionnelle en matière juridictionnelle, puisqu'un tel choix est exclu devant les juridictions étatique, même si certains auteurs relèvent qu'en pratique les parties peuvent décider de leur formation de jugement en choisissant leur date d'audience devant les tribunaux de commerce<sup>3</sup>.

Cette liberté des parties dans le choix des arbitres semble cependant perdre un peu de sa vigueur. Le Pr. E. Loquin fait en effet remarquer qu'il est désormais loisible aux centres d'arbitrages de déterminer, sans l'appui des parties, le tribunal arbitral<sup>4</sup>. Cependant, s'il semble que la liberté des parties en la matière puisse être affectée pour assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage, ce n'est que parce que cette désignation du tribunal a été confiée à un tiers. Lorsque la constitution du tribunal est réalisée par les parties elles-mêmes, le principe d'égalité doit s'imposer afin de garantir l'équidistance des parties de leur juge. En effet, la relation unissant les parties et l'arbitre est différente de celle existant entre le juge étatique et les justiciables. « L'arbitre célèbre en lui-même les noces du juridictionnel et du contractuel puisqu'il est à la fois juge et contractant »<sup>5</sup>. Cette double casquette de l'arbitre, à la fois contractant et juge, pourrait laisser penser que sa position à l'égard des parties est par nature ambiguë et inconfortable. Les parties choisissant, d'un commun accord, un ou plusieurs arbitres dont elles pensent qu'ils seront en mesure d'apprécier justement leur conflit, l'arbitrage permet en effet une sélection, par les parties elles-mêmes, d'une personne physique dont les compétences permettent d'espérer qu'il sera le meilleur juge pour un différend donné.

1° Les paramètres généralement considérés pour effectuer le choix d'un arbitre

<sup>1</sup> M. de Fontmichel, obs. sous Cass. 1<sup>o</sup> civ., 25 févr. 2010, *PA* 2011, n<sup>o</sup> 202.

<sup>2</sup> P. Lalive : « Le choix de l'arbitre », in *Mél. J. Robert*. Préf. G. Vedel, Montchrestien, 1998, p. 353.

<sup>3</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp.* n<sup>o</sup> 141, p. 526.

<sup>4</sup> E. Loquin : « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage », *RTD com.* 2011, p. 255.

<sup>5</sup> T. Clay : *L'arbitre*. Préf. Ph. Fouchard, Dalloz, coll. Nouvelle Bibli. Thèses, 2001, *sp.* n<sup>o</sup>56, p. 37.

464. **Le nombre d'arbitres.** « N'est ce pas l'intérêt même de l'arbitrage que de faire trancher les litiges par les hommes les plus qualifiés ? »<sup>1</sup>. La grande liberté dont disposent les parties en matière d'arbitrage engendre un nombre important d'hypothèses pour la composition du tribunal arbitral, dont il ne pourra être fait état dans les développements à venir. Seules les deux modalités classiques de composition du tribunal arbitral seront en conséquence envisagées. Celui-ci étant, nécessairement en matière d'arbitrage interne<sup>2</sup>, et le plus souvent en arbitrage international, composé d'arbitres en nombre impair afin éviter tout blocage en cas de désaccord des arbitres sur la solution à apporter au litige, les parties s'entendent pour désigner soit un arbitre unique<sup>3</sup>, chargé de trancher seul le litige, soit 3 arbitres composant le tribunal arbitral, hypothèse la plus fréquente.

465. **La désignation d'un arbitre unique.** La désignation d'un arbitre unique doit être privilégiée pour le traitement juridictionnel des petits litiges, permettant économies, rapidité et fluidité de la procédure<sup>4</sup>. Les parties devant s'accorder sur l'identité de cet arbitre unique, un consensus relativement à cette nomination pourra être difficilement atteignable lorsque les enjeux sont particulièrement importants. La complexité du litige pourrait inciter les parties à désigner des arbitres spécialisés permettant, par leurs échanges éclairés, d'atteindre une compréhension plus globale et précise des problématiques en cause. Il arrive d'ailleurs que les arbitres eux-mêmes refusent d'assumer seuls la prise de décision dans des arbitrages importants. La collégialité apparaît alors un gage de qualité de la décision tant pour les arbitres que pour les parties. À l'inverse, dans les « petits » litiges, d'un enjeu et d'une complexité plus modestes, l'accord des parties sur un arbitre unique pourra réduire les coûts de la procédure arbitrale et se révéler approprié, à condition cependant qu'elles arrivent à s'accorder sur le choix de l'arbitre. L'importance du litige n'étant pas connue lors de la conclusion de la clause compromissoire, les parties s'y ménageront parfois la faculté de choisir le nombre d'arbitres une fois le litige né, ou stipuleront qu'à défaut de pouvoir s'accorder sur l'identité de l'arbitre unique, celui-ci sera soit nommé par un tiers, soit qu'il sera recouru à un tribunal arbitral composé de trois arbitres.

466. **La composition d'un tribunal arbitral collégial.** Lorsque le tribunal arbitral est composé de trois arbitres, leur mode de désignation laisse une large place à la volonté des parties. En ce cas en effet, il est d'usage que chacune des parties propose « son » arbitre à l'autre partie. Chacune des parties désigne ainsi un arbitre, les deux arbitres déjà nommés s'accordant, pour conclure la constitution du tribunal arbitral, sur l'identité du président. Une telle liberté de choix de « leur » arbitre par les parties leur permet d'opérer une certaine sélection sur le tribunal arbitral et donc sur le juge. S'ajoute alors une liberté supplémentaire par rapport à la justice étatique, liberté qui donne dès lors lieu à une appropriation stratégique par les parties. Le procès arbitral débute en quelque sorte dès la constitution du tribunal qui peut par ailleurs se révéler problématique.

De nombreux critères sont pris en compte par les parties ou leurs conseils pour désigner « leur » arbitre car leur latitude est très grande dans le choix de la personne physique qui sera investie du pouvoir de juger. Ce choix effectué prend en compte de nombreux paramètres<sup>5</sup>. En

<sup>1</sup> E. Robine : « Le choix des arbitres », *Rev. arb.* 1990, p. 325, *sp.* p. 329.

<sup>2</sup> L'article 1451, alinéa 1, du CPC dispose en effet que « le tribunal arbitral est composé de un ou de plusieurs arbitres en nombre impair ». Cette disposition ne s'applique pas en matière internationale.

<sup>3</sup> M. Armand-Prévoist : « L'arbitre unique, mythe ou réalité? », *Gaz. Pal.* 10-13 nov. 2004, n° 318, p. 26.

<sup>4</sup> M. Armand-Prévoist : « L'arbitre unique, mythe ou réalité? », *Gaz. Pal.* 10-13 nov. 2004, n° 318, p. 26.

<sup>5</sup> v. Th. Clay : *L'arbitre*. Préf. Ph. Fouchard, Dalloz, coll. Nouvelle Bibli. Thèses, 2001, *sp.* p. 374 et s. ;

fonction de la position qui devra être tenue par une partie, cette dernière sera tentée de choisir comme arbitre plutôt un juriste, si le pivot de l'argumentation est juridique, ou plutôt un technicien si le fait est au centre du litige<sup>1</sup>. Une fois ce choix effectué, il appartiendra aux parties de désigner avec soin la personne la plus à même d'influencer le tribunal arbitral dans le sens qui sera le sien. Cette détermination se fera souvent en fonction de ses compétences mais également en fonction de ses opinions. C'est la raison pour laquelle il est recommandé de bien considérer les positions prises sur un sujet donné par l'arbitre pressenti par une partie pour s'assurer, *a minima*, de son absence de parti pris défavorable à l'égard de la thèse qui sera soutenue par cette partie.

À cet égard, la tradition juridique de l'arbitre devra notamment être prise en considération. Sa disponibilité devra également être vérifiée car il arrive parfois que les durées des procédures arbitrales soient grandement allongées faute pour un arbitre de pouvoir lui consacrer du temps. Enfin, un autre paramètre d'une grande importance devra être pris en compte lors du choix d'un arbitre par une partie, celui de sa neutralité à l'égard de l'une ou l'autre des parties et de leurs conseils, car en dépit du choix de « son » arbitre par chacune des parties, il est généralement admis dans la doctrine française qu'en aucun cas celui-ci ne saurait faire preuve de partialité dans l'exercice de sa mission. Il semble en effet que, de plus en plus fréquemment, l'efficacité de l'arbitrage soit remise en cause sur le fondement des qualités attendues de l'arbitre ou sur les droits des parties dans l'opération de sélection de ceux-ci et non sur l'exercice de sa mission juridictionnelle en elle-même. Des problématiques particulières sont ainsi soulevées par cette faculté de choix des arbitres par les parties, incitant notamment à s'interroger sur l'intangibilité des critères en cause.

## 2° Les problématiques découlant du libre choix de l'arbitre par les parties

467. ***Qualités des arbitres et égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral.*** Deux problématiques spécifiques semblent découler du libre choix par les parties de leurs arbitres. Les éléments de réponse semblent devoir dépendre directement de la mission particulière confiée à l'arbitre, la nature juridictionnelle de celle-ci conservant un ascendant sur l'origine contractuelle de leur pouvoir. L'une relève de la limitation nécessaire au libre choix des arbitres et tient à la fonction qui lui est confiée, celle de juger. C'est ainsi le respect des qualités d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre<sup>2</sup> qui s'impose aux parties, en raison de la

---

P. Lalive : « Le choix de l'arbitre », in *Mél. J. Robert*. Préf. G. Vedel, Montchrestien, 1998, p. 353 ; v. ég. « Sur des dimensions culturelles de l'arbitrage international », in *Theory of international law at the threshold of the 21st century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*. Kluwer, 1996, p. 771.

<sup>1</sup> Sur ce véritable dilemme dans certains contentieux, v. E. Robine : « Le choix des arbitres », *Rev. arb.* 1990, p. 325, *sp.* p. 329. .

<sup>2</sup> Les termes d'impartialité et d'indépendance seront conservés, l'indépendance correspondant à l'absence de liens objectifs (matériels, affectifs ou autres) pouvant affecter la relation entre un arbitre et une partie et l'impartialité désignant l'honnêteté intellectuelle par rapport à une situation donnée incitant à repousser tout parti pris. La notion constituant le prérequis absolu pour la réalisation de la mission juridictionnelle de tout juge semble ainsi devoir cependant être recentrée dans l'impartialité, qui peut s'épanouir en dépit d'une situation de dépendance, même si cette dernière y constituera sans aucun doute un handicap. « Sauf à définir l'impartialité comme une sorte d'indépendance par rapport à soi-même, celle-ci implique simplement l'absence de subordination, ce qui est un état, lié au statut, et non pas une attitude à tenir dans un processus. Ainsi l'indépendance peut être la meilleure condition de l'impartialité, elle n'en est pas le gage » (M.-A. Frison-Roche : « L'impartialité du juge », *D.* 1999, *chron.* p. 53, *sp.* p. 54). L'impartialité semble être une qualité ne pouvant s'apprécier qu'au cours d'une procédure en raison de son caractère subjectif. Son absence lors d'une procédure ne pourra jamais aboutir à une solution juste.

fonction juridictionnelle dont celui-ci est investi. La seconde problématique spécifique et complémentaire de la neutralité de l'arbitre a trait à l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral.

a) L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre

468. **Relations entre parties et arbitres.** Le choix des arbitres a parfois pu motiver certaines critiques de l'arbitrage. Une certaine propension au clientélisme a pu être redoutée, puisque les arbitres choisis par les parties pourraient, de ce seul fait, ne pas apparaître complètement indépendants d'esprit à l'égard de leur « client ». Or l'indépendance et l'impartialité de tout juge constituent les piliers mêmes de la justice, sur lesquels repose tout l'édifice du Juste. « L'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle »<sup>1</sup>, même si l'indépendance absolue d'un juge, quel qu'il soit, se révèle être un mythe<sup>2</sup>. Elle est également une de ses obligations contractuelles découlant du contrat d'arbitre<sup>3</sup>. Or, le défaut d'indépendance de l'arbitre, sorte de prérequis objectif à l'impression d'impartialité du point de vue des parties, met en danger le processus d'arbitrage et la décision qui en est issue.

L'hypothèse dans laquelle un arbitre souhaiterait être agréable à la partie qui l'a désigné ou qui a pris l'habitude de le désigner, ou encore avec les avocats eux-mêmes<sup>4</sup> semble impossible à exclure. La pratique des « arbitres-parties » ou « arbitres non-neutres », qui avalise le défaut d'indépendance et d'impartialité des arbitres choisis par les parties est d'ailleurs possible en matière d'arbitrage interne aux États-Unis dans le règlement d'arbitrage de l'AAA, mais désormais à titre d'exception<sup>5</sup>. De telles relations peuvent en effet légitimement instiller le doute sur l'indépendance et, partant, sur l'impartialité de l'arbitre en cause. Ce phénomène que l'on peut à juste titre redouter est cependant contrebalancé par plusieurs considérations qui permettent d'affirmer que cette pratique devrait, dans les faits, rester exceptionnelle. D'une part, la partialité d'un arbitre seul au sein d'un tribunal collégial peut paraître, en tant qu'élément isolé, incapable d'entraîner le caractère injuste et partial de la solution rendue. L'éventuelle faveur qui pourrait être manifestée par un arbitre à l'égard de la partie qui l'a nommée devrait n'avoir que de peu de poids relativement à l'impartialité des deux autres membres du tribunal arbitral, et notamment du président, personnalité proposée par les arbitres désignés par les parties, sauf lorsque cet arbitre exerce, en raison de ses compétences ou d'autres facteurs d'ascendants, un pouvoir sur ses co-arbitres susceptible de donner lieu à une décision biaisée. L'exemple récent de l'arbitrage du Crédit Lyonnais démontre que l'hypothèse, pour être rare, n'en est pas moins plausible.

---

<sup>1</sup> CA Paris, 2 juin 1989 ; *Rev. arb.* 1991, p. 87 ; L'indépendance désigne en l'occurrence plutôt ce que, par convention, nous avons choisi d'appeler l'impartialité ; sur le caractère inhérent, consubstantiel à tout pouvoir juridictionnel de cette impartialité, v. R. Badinter : « L'impartialité de l'arbitre », intervention au colloque de l'AFA, 30 sept. 1991, *PA* 1991, n° 143, p. 4.

<sup>2</sup> Th. Clay : *L'arbitre*. Préf. Ph. Fouchard, Dalloz, coll. Nouvelle Bibli. Thèses, 2001, *sp.* n° 337, p. 286.

<sup>3</sup> Th. Clay : *L'arbitre*. Préf. Ph. Fouchard, Dalloz, coll. Nouvelle Bibli. Thèses, 2001, *sp.* n° 276, p. 232.

<sup>4</sup> CA Paris, Pole 1, 1<sup>e</sup> ch. 9 sept. 2012 ; *Rev. arb.* 2011, p. 686.

<sup>5</sup> La règle 18 de la version amendée des *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures* du 1<sup>er</sup> octobre 2013 précise en effet que ce n'est désormais que sur accord des parties que de tels arbitres peuvent être nommés, le principe étant désormais l'impartialité et l'indépendance des arbitres ; v. sur le sujet Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman : *Traité de l'arbitrage commercial international*. Litec, 1996, *sp.* n° 1043, p. 590 ; P. Bellet : « Des arbitres neutres et non-neutres », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*. Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 398.

La jurisprudence considère par ailleurs avec suspicion les relations d'habitudes entre une partie et un arbitre. Il est ainsi particulièrement périlleux pour une partie ou même pour un avocat de choisir systématiquement le même arbitre pour les arbitrages auxquels ils participent. Dès lors, il est moins à craindre que l'arbitre cherche à ne point déplaire à la partie qui a proposé sa nomination, puisque le « courant d'affaires »<sup>1</sup> qui pourrait être entretenu entre les parties sera nécessairement limité par la suspicion qu'une telle pratique ne manquera pas d'engendrer sur les relations unissant les parties ou conseils avec l'arbitre<sup>2</sup>.

469. **La déclaration d'indépendance.** La pratique de la déclaration d'indépendance, au sein de laquelle l'arbitre énumère les relations et situations le liant ou l'ayant lié aux parties ou à leurs conseils permet cependant une certaine rationalisation de l'exigence d'indépendance. L'indépendance d'un arbitre, conçue comme l'absence de liens d'intérêt objectifs, est en effet une qualité à laquelle les parties à un arbitrage semblent pouvoir renoncer sous certaines conditions. La renonciation à l'indépendance d'un arbitre est ainsi possible, « en connaissance de cause, sans que soit alors en jeu la violation des règles qui gouvernent le caractère équitable du procès protégé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>3</sup>. C'est ainsi qu'un arbitre, manifestement dépendant à l'égard de son adversaire ou ayant déjà participé à un arbitrage connexe<sup>4</sup> et dont l'impartialité pourrait donc, de prime abord, être questionnée, peut être maintenu par une partie pour trancher le litige dès lors que c'est en pleine connaissance de cause que ladite partie s'abstient de demander sa récusation dans un délai raisonnable après sa connaissance des faits de nature à faire douter de la neutralité du juge qu'elle s'est donné. Dès lors que l'élément qui pourrait susciter un soupçon de dépendance est connu de la partie à laquelle il pourrait faire grief et que celle-ci ne s'en prévaut pas dans un délai raisonnable, celui-ci est considéré comme indifférent et l'impartialité de l'arbitre, du moins dans sa manifestation extérieure, semble assurée par la révélation.

En dépit de ces considérations, il advient parfois que l'arbitre proposé par une partie ne se révèle pas indépendant ou impartial, et tente d'influencer la solution en faveur de ce que l'on peut, dès lors, considérer comme son « client ». La pratique des opinions dissidentes permet ainsi parfois à un arbitre de démontrer sa « loyauté » à la partie qui l'a désigné. En ce cas, seules l'indépendance et l'impartialité des autres arbitres et particulièrement du président pourront contrebalancer ce vice affectant le tribunal arbitral pour faire éclore une décision juste. Force est de constater dans ces hypothèses que la volonté d'une des parties peut alors dans les faits influencer de manière médiate mais néanmoins déterminants l'issue juridictionnelle du litige.

470. **Les limites de la contractualisation du pouvoir juridictionnel.** Déterminer si ce qui doit prévaloir est la liberté des parties de renoncer à des arbitres indépendants ou bien l'idéal de justice monolithique qui refuserait qu'un quelconque pouvoir juridictionnel soit attribué à un

---

<sup>1</sup> V. récemment CA Reims, 31 janv. 2012, n° 10/03288, Juris-data 2012-012610 ; *RTD com.* 2012, p. 518, obs. E. Loquin ; *Gaz. Pal.* 6-8 mai 2012, p. 21, obs. D. Bensaude ; *D.* 2012, p. 2991, pan. Th. Clay ; sur renvoi de Cass. 2<sup>e</sup> civ. 20 oct. 2010, n° 09-68131 ; *Rev. arb.* 2011, p. 611, note D. Cohen.

<sup>2</sup> Une telle suspicion est accentuée dès lors que les arbitres refusent d'établir une déclaration d'indépendance ou omettent des éléments importants dans cette déclaration ; sur le refus, v. *not.* ; CA Paris, Pole 1, 1<sup>e</sup> ch., 10 mars 2011 ; *Rev. arb.* 2011, p. 737.

<sup>3</sup> CA Paris, 1<sup>e</sup> ch. C, 18 nov. 2004 ; *Rev. arb.* 2004, p. 192 et p. 196, note L. Perreau-Saussine ; CA Paris, 10 mai 1994 ; *Rev. arb.* 1996, p. 66, obs. Ch. Jarrosson ; CA Paris, 1<sup>e</sup> ch. C, 12 déc. 1996 ; *Rev. arb.* 1998, p. 699 et p. 700, note D. Bureau.

<sup>4</sup> CA Paris, 1<sup>e</sup> ch. C, 28 nov. 2002 ; *Rev. arb.* 2003, p. 445 et p. 452, note Ch. Belloc.

tiers non indépendant revient en définitive à s'interroger sur les limites de la contractualisation de la *jurisdictio*. Est-il possible de s'accorder contractuellement sur l'absence des qualités considérées comme essentielles à tout juge ? On sait qu'aux États-Unis est admise la pratique des tribunaux arbitraux composés de deux arbitres-partie et d'un président, seul réellement indépendant<sup>1</sup>. On peut se demander dans quelle mesure la sélection opérée par les parties dans le droit français de l'arbitrage ne constitue pas, d'une manière certes très édulcorée, un moyen de biaiser l'impartialité « personnelle »<sup>2</sup> ou subjective requise du juge en le choisissant précisément en fonction de ses sensibilités et inclinaisons naturelles.

Sans conclure à sa partialité, force est de constater que l'arbitre est le plus souvent choisi par une partie en raison des « démons de sa propre subjectivité »<sup>3</sup>. Par ailleurs, couplé avec l'absolution que semble accorder la renonciation à se prévaloir de l'absence d'indépendance des arbitres, il n'est pas exclu que dans les faits, y compris en droit français de l'arbitrage, se déroulent des arbitrages dans lesquels les deux arbitres choisis par les parties sont respectivement acquis à la cause de celle qui l'a nommé. Quelle serait dès lors la sanction qui pourrait être invoquée ? Le respect de l'ordre public doit-il inférer dans le choix délibéré des parties de renoncer à l'impartialité de deux des trois arbitres ? On peut véritablement se poser la question, et s'interroger en quoi dès lors l'arbitrage est différent de celui qui se déroulerait sous l'autorité d'un arbitre unique réellement indépendant. Peut-être la confusion des genres, inspirée des modes alternatifs de règlement des litiges, ne devrait-elle pas être rejetée aussi radicalement. Certains assouplissements pourraient dès lors être envisagés, dans la mesure où certaines garanties permettent d'assurer, d'une autre manière, une égalité de traitement des parties.

La pratique arbitrale pourrait par ailleurs amener à relativiser le champ d'application de l'exigence d'impartialité en fonction du sujet sur lequel porte le pré-jugement. Les spécialistes de l'arbitrage, conscients des avantages que recèle le choix d'un ou du juge dans cette procédure, n'hésitent pas en effet à s'intéresser de très près aux convictions des arbitres ou à leur position doctrinale sur tel point au centre du litige. L'arbitre ainsi choisi par une partie, dès lors que celle-ci y aura porté un peu d'attention, l'aura ainsi été non seulement pour toutes les qualités attendues d'un juge mais parfois également pour sa position sur une problématique juridique donnée. Qu'en est-il alors de l'impartialité parfaite du tiers amené à trancher ? Celle-ci apparaît illusoire sur le plan intellectuel et n'est du reste requise que dans la composante objective de sa manifestation. L'arbitre reste un homme et à ce titre il ne constituera jamais, aussi fort qu'il s'y applique, une page blanche sur laquelle les plaideurs pourront écrire leur histoire.

On peut alors se demander si ce qui est en définitive répréhensible de la part d'un juge choisi ne serait pas plus précisément le manque d'impartialité à l'égard des parties elles-mêmes ou des éléments de faits du litige. C'est pourquoi la constitution du tribunal arbitral par les parties, dont le caractère sensible et stratégique a été souligné<sup>4</sup> motive, à défaut de volonté contraire exprimée, le respect du principe de l'indépendance de l'arbitre. Seule la balance peut alors

---

<sup>1</sup> Sur ces pratiques, tout à fait marginalisées et décriées à l'échelle internationale v. A. S. Rau et C. Pédamon : « La contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain », *Rev. arb.* 2001, p. 451, *sp.* p. 463.

<sup>2</sup> R. Koering-Joulin : « Le juge impartial », *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 10, p. 1, *sp.* p. 2.

<sup>3</sup> R. Koering-Joulin : « Le juge impartial », *Justices. Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 10, p. 1, *sp.* p. 2.

<sup>4</sup> E. Robine : « Le choix des arbitres », *Rev. arb.* 1990, p. 325.



jouer le rôle correcteur de cette impartialité imparfaite, si recherchée soit-elle par l'arbitre lui-même. Le principe de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres, sorte de contrepoids à l'éventuelle faiblesse de jugement d'un arbitre ou à un relatif préjugé intellectuel et non personnel à l'égard de la situation juridique des parties, revêt ainsi dans les procédures arbitrales une importance particulière.

b) Le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres

471. **L'importance du principe.** L'importance que revêt le choix du juge en matière d'arbitrage engendre des problématiques inconnues du droit judiciaire. Particulièrement le principe d'égalité des parties dont on sait l'importance capitale qu'il revêt dans tout procès et relevant de l'ordre public international<sup>1</sup>, se révèle source de difficultés lorsqu'il s'applique à la désignation des arbitres et semble complexifier l'idée même d'un arbitrage multipartite. On peut s'interroger sur l'opposition de ce principe à la définition conventionnelle de modalités particulières de désignation des arbitres. Le possible infléchissement du principe, ou plutôt sa souplesse raisonnée, devra être envisagé au regard de la volonté des parties.

L'arrêt *Dutco* a très clairement posé la force qu'il convient d'accorder au principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres, appuyant plus fortement encore sur l'importance que revêt le choix d'un arbitre dans une procédure arbitrale. « Le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public ; (...) on ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige »<sup>2</sup>. L'importance de ce principe et les relations sensibles qu'il entretient avec celui de l'impartialité de l'arbitre<sup>3</sup> imposent notamment qu'en matière d'arbitrage interne<sup>4</sup> l'imparité soit une obligation.

472. **L'arbitrage multipartite.** Le cas de l'arbitrage multipartite, particulièrement problématique, fait désormais l'objet d'un article particulier du CPC<sup>5</sup>. Cette disposition confie à un tiers, centre d'arbitrage ou, à défaut, au juge d'appui, le soin de pallier l'incapacité des parties de s'accorder pour la constitution du tribunal arbitral. La rigueur du principe semble cependant pouvoir souffrir quelques aménagements de manière à laisser à la volonté des parties

---

<sup>1</sup> CA Paris, 25 mai 1990 ; *Rev. arb.* 1990, p. 896, note M. de Boisséson : pour la Cour d'appel, le principe d'égalité des parties est un « principe général de procédure relevant de l'ordre public international ».

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ. 7 janv. 1992, n<sup>os</sup> 89-18708 et 89-18726 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 2 ; *Rev. arb.* 1992, p. 473, note P. Bellet ; *JDI* 1992, p. 707, concl. F. Flipo et note Ch. Jarrosson ; *RTD com.* 1992, p. 796, obs. J. Cl. Dubarry et E. Loquin ; la décision de la Cour de cassation prend le contrepied de celle qu'avait rendue la Cour d'appel de Paris : CA Paris, 5 mai 1989 ; *Rev. arb.* 1989, p. 723, note P. Bellet ; *JDI* 1992, p. 707, *sp.* p. 726, note Ch. Jarrosson ; *PA* 1995, n<sup>o</sup> 150, p. 10, obs. M. Favero ; dans le sens d'absence de rupture d'égalité des parties dans le cas où cela a été prévu par la convention et que les intérêts desdites parties sont convergents, v. CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C, 18 oct. 2003 ; *Rev. arb.* 2003, note A. Lacabarats ; *RTD com.* 2004, p. 249, note crit. E. Loquin ; v. *ég.* validant la renonciation au principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres dans un compromis CA Paris, 14 déc. 1999 ; *Rev. arb.* 2000, p. 471, note J.-B. Racine. Le choix des parties doit par ailleurs être respecté par le juge d'appui Cass. 1<sup>er</sup> civ. 8 juin 1999, n<sup>o</sup> 96-21837 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 190, p. 125 ; *Rev. arb.* 2000, p. 116, note E. Loquin ; *Gaz. Pal.* 9-11 févr. 2000, n<sup>o</sup> 11, p. 70.

<sup>3</sup> Pour une illustration de cette complémentarité, v. CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C, 18 oct. 2003 ; *Rev. arb.* 2003, note A. Lacabarats ; *RTD com.* 2004, p. 249, note crit. E. Loquin.

<sup>4</sup> L'imparité ne semble en effet pas exigée en matière d'arbitrage international. Il est cependant généralement souligné que constituer un tribunal arbitral composé d'arbitres en nombre pair est potentiellement inefficace et donc dangereux pour l'arbitrage en raison des risques de blocages qu'il peut engendrer.

<sup>5</sup> Article 1453 du CPC : « Lorsque le litige oppose plus de deux parties et que celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui, désigne le ou les arbitres ».

la priorité, dès lors que certains garde-fous sont respectés. Dans une certaine mesure, il semble que la volonté des parties, dont l'importance toujours renouvelée s'impose à nouveau à ce sujet, permette une certaine souplesse dans l'appréciation de l'égalité des parties dans la désignation des arbitres. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris penche en ce sens<sup>1</sup>. Des parties à un arbitrage multipartite avaient prévu, dans leur contrat initial, une procédure spécifique mais pathologique de désignation d'un arbitre commun par deux parties aux intérêts convergents ou en cas de désaccord entre elles, d'un arbitre chacune. Le litige survenu, les défenderesses refusèrent de nommer leur arbitre, puis contestèrent l'ordonnance rendue désignant un arbitre commun. La Cour d'appel de Paris saisie de ce recours a validé la démarche du juge d'appui, au motif que « la désignation d'un seul arbitre pour deux parties dont le sort est lié, ayant signé la convention indivisément et solidairement et n'ayant pas d'intérêts divergents ne constitue pas une rupture d'égalité entre les parties »<sup>2</sup>.

Le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres serait ainsi susceptible d'être atténué par la convergence d'intérêts des parties privées de la faculté de nommer un arbitre « plein ». Selon le Pr. E. Loquin, le principe devait cependant supplanter ces considérations de fond : « l'argument tiré des intérêts divergents ou convergents des parties aurait de l'intérêt si les arbitres étaient des représentants des parties qui les ont désigné dans la procédure. Or tel n'est pas le cas. L'arbitre, même désigné par l'une des parties, reste le juge de cette partie. Sa désignation est un acte de confiance. L'égalité impose que chaque partie à l'arbitrage puisse se trouver dans la même relation de confiance à l'égard de l'arbitre qu'elle doit désigner »<sup>3</sup>.

473. **Convergence d'intérêts et neutralité intellectuelle de l'arbitre.** S'il est certain que la confiance en l'arbitre est une composante essentielle du succès de l'arbitrage, il semble qu'une autre justification à l'importance que revêt le choix, pour chacune des parties, de « leur » arbitre puisse être avancée, laquelle dépend de la nature convergente ou divergente des intérêts des parties. En dépit de l'impartialité qui doit habiter l'arbitre à l'égard des parties en toute circonstance, il n'est cependant pas exclu que la personne de l'arbitre soit choisie en considération de ses convictions ou de ses positions personnelles exprimées à propos d'un sujet ou d'une situation juridique déterminée, donnant lieu à ce qui a été appelé « l'*arbitrator shopping* »<sup>4</sup>. Il ne saurait être reproché à l'arbitre de concevoir une opinion sur une telle situation abstraite dès lors que la « partialité » conceptuelle relative qui pourrait lui être reprochée est totalement abstraite et détachée de la personne des parties ou des faits du litige. Or des parties attirées à un arbitrage multipartite dans une position processuelle identique mais nourrissant des intérêts divergents ne seraient, suivant ce raisonnement, pas à même de choisir un arbitre dont les considérations intellectuelles seraient susceptibles de jouer en leur faveur individuellement. Ces parties se trouveraient en conséquence dans l'obligation de désigner un arbitre aux conceptions intellectuelles neutres entre elles. La contrainte exercée sur le choix de leur juge les priveraient du moyen officieux que constitue un arbitre possédant une opinion préexistante au litige en question sur la problématique juridique que celui-ci soulève. En cela, le principe d'égalité des parties ne serait, *de facto*, pas respecté entre ces parties contraintes à la neutralité intellectuelle de leur arbitre unique, la partie adverse isolée bénéficiant, elle, de la faculté de choisir un arbitre non-neutre intellectuellement.

<sup>1</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C, 18 oct. 2003 ; *Rev. arb.* 2003, note A. Lacabarats ; *RTD com.* 2004, p. 249, note crit. E. Loquin.

<sup>2</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C, 18 oct. 2003 ; *Rev. arb.* 2003, note A. Lacabarats ; *RTD com.* 2004, p. 249, note crit. E. Loquin.

<sup>3</sup> E. Loquin, note sous CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C, 18 oct. 2003, *RTD com.* 2004, p. 249.

<sup>4</sup> Th. Clay : *L'arbitre*. Préf. Ph. Fouchard, Dalloz, coll. Nouvelle Bibli. Thèses, 2001, *sp.* n° 856, p. 653.

En ce sens la problématique liée à l'égalité des parties dans la procédure de désignation des arbitres ne pourrait réellement se poser que lorsque les parties ont choisi un tribunal arbitral constitué de plusieurs arbitres devant être choisis par les parties. Si en effet la désignation de l'ensemble des arbitres formant le tribunal est confiée à un tiers, tels l'institution d'arbitrage ou le juge d'appui ou si les parties s'entendent sur la désignation d'un arbitre unique, le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres devrait alors être considéré comme respecté.

474. **Une appréciation souple du principe d'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral.** Le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres a pu être, dans certaines circonstances, apprécié soupagement par les juridictions. Il a en ce sens été décidé que n'était pas contraire au principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres une clause compromissoire permettant à la partie demanderesse de choisir, seule, l'arbitre unique dès lors que celui-ci figurait sur une liste contenue dans la clause que les parties avaient eu la faculté de négocier<sup>1</sup>. Il semble légitime de s'interroger sur la libre négociation des clauses en question, le déséquilibre des puissances lors des discussions contractuelles pouvant entraîner, dans les faits, une renonciation au principe d'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral. Cet écueil potentiel a pu être critiqué<sup>2</sup>, puisqu'il permet d'imposer au contractant le plus faible, par un moyen détourné, une renonciation anticipée à un principe qualifié d'ordre public de protection. Ce n'est pas tant l'approche théorique qui apparaît critiquable que l'appréciation *in concreto* qu'en fait la jurisprudence.

« Ce mécanisme dit de la “roulette russe” ne peut occulter le fait que, quelque soit la partie demanderesse, celle-ci peut seule constituer le tribunal arbitral. Il y a donc toujours au moment de cette constitution une rupture d'égalité »<sup>3</sup>, mais celle-ci ayant été préalablement acceptée par les parties, ce mécanisme peu conforme au principe envisagé strictement apparaît pouvoir être validé dès lors qu'aucune critique ne peut entacher l'élaboration de la liste. Une décision récente est cependant venue mettre en doute cette validité qui semblait pourtant acquise<sup>4</sup>.

475. **Le fondement du principe.** On peut s'interroger sur les raisons de l'importance de ce principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres constituant le tribunal arbitral. Dès lors que les arbitres sont indépendants et impartiaux, n'est-il pas étrange d'attribuer une

---

<sup>1</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ. 31 janv. 2002, n° 00-18509, non-publiée ; *JCP* 2003, I, 105, note Ch. Seraglini ; CA Lyon, *Ouzille c/ Bouygues*, 13 févr. 2003, RG n° 2001/05347 ; CA Paris, 1<sup>e</sup> ch., 16 nov. 1999 ; *Rev. arb.* 2000, p. 313 ; dans cette hypothèse cependant, la Cour d'appel avait ajouté à l'appui de sa décision que l'acte de mission avait par ailleurs été validé par la partie se plaignant de la rupture d'égalité dans la constitution du tribunal arbitral. Il semble en effet que cette seule circonstance puisse être considérée comme de nature à exclure toute réclamation relativement à la constitution du tribunal en question. Dans ses observations (*Rev. arb.* 2000, p. 116), le professeur Eric Loquin doute qu'en l'absence d'une telle validation de l'acte de mission la désignation de l'arbitre eut été avalisée par la cour d'appel. Il est permis d'en douter, d'autant qu'une ordonnance du Président du Tribunal de grande instance de Paris du 7 décembre 1994, citée dans le même article du professeur Eric Loquin, avait validé l'hypothèse d'une désignation de l'arbitre unique par une seule partie dès lors que le nom de celui-ci figurait dans une liste établie par les parties.

<sup>2</sup> F. Niggemann et F. Jonglez de Ligne : « La liberté contractuelle et l'égalité des parties : une relation difficile », *Gaz. Pal.*, 27 oct. 2009, n° 300, p. 21.

<sup>3</sup> E. Loquin : « À la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Gaz. Pal.* 29 juin – 1<sup>er</sup> juill. 2008, p. 5.

<sup>4</sup> CA Paris, pôle 1, 1<sup>e</sup> ch., 3 juill. 2012, n° 11/01974 ; *Gaz. Pal.* 30 sept. 2 oct. 2012, p. 21, obs. D. Bensauade ; *D.* 2012, p. 2991, pan. Th. Clay ; *Rev. Arb.* 2013, p. 162, note J. Barbet.

telle importance à leur désignation ? Car en effet « l'arbitre est un juge par nature indépendant. Peu importe la manière dont il est désigné. Dans tous les cas, il est neutre, impartial et indépendant et la rupture de l'égalité des parties dans sa désignation ne remet pas en cause les qualités qui sont attendues de lui. Même désigné par l'adversaire de la partie qui a été privée du droit de le faire, l'arbitre garde son indépendance et son impartialité »<sup>1</sup>. Au-delà de l'importance que revêt la confiance des parties en leurs juges, de nature à écarter le spectre de la partialité, peut-être est ce précisément parce que le choix de l'arbitre par les parties, droit fondamental de l'arbitrage<sup>2</sup>, peut engendrer une distorsion de « partialité intellectuelle » que le principe d'égalité des parties doit intervenir avec autant de force. Cela expliquerait que la violation du principe puisse être sanctionnée en tant que telle, indépendamment de l'impartialité personnelle de l'arbitre dont le défaut est susceptible d'être sanctionné.

En outre, cet angle d'approche semble pouvoir expliquer l'approche plus souple adoptée lorsque les arbitres sont présélectionnés dans une liste d'arbitres au sein de laquelle les parties devront choisir leur arbitre ou l'arbitre unique une fois le litige survenu. Le risque de partialité pourrait être considéré comme écarté dès lors que la liste a été établie avant même la survenance du litige et avant que les données de celui-ci ne soient connues. Dès lors qu'elle a pu être discutée et négociée, les parties pourraient être considérées comme ayant été à même de s'assurer de la relative impartialité personnelle des membres de la liste. Mais qu'en serait-il si ces composantes d'indépendance ou d'impartialité, lors de la survenance du litige, se révélaient avoir évoluées de telle manière qu'un doute puisse poindre lors de la constitution du tribunal arbitral ? C'est alors la notion propre d'impartialité qui s'opposerait à ce que l'arbitre pressenti puisse valablement être choisi comme juge du différend des parties.

Le principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres composant la juridiction qu'elles entendent se donner semble ainsi venir au soutien de l'impartialité nécessairement imparfaite de tout homme auquel est confiée la complexe mission de dire le Juste. Il participerait ainsi de l'idée de procédure équitable, même si un tel rattachement a pu être récemment critiqué<sup>3</sup>. Ce principe semble en effet de nature à renforcer la confiance qu'ont les litigants en la justice particulière à laquelle ils ont volontairement choisi d'avoir recours. Cette confiance est essentielle au processus arbitral : « La justice arbitrale ne peut prospérer sans la confiance des opérateurs économiques. Or cette confiance est, entre autres, intimement liée à la liberté de désignation des arbitres »<sup>4</sup>. Une telle confiance en le juge ainsi établi par les parties est totalement hors de propos dans les procédures étatiques. Non seulement les parties n'ont aucune influence sur le choix de la personne du juge, qui est en quelque sorte désincarné de sa nature d'homme pour se fondre dans sa fonction qui le définit aux yeux des parties, mais son pouvoir sur la procédure et sur le choix des règles à appliquer est bien plus restreint que celui dont peut bénéficier le tribunal arbitral en l'absence de convention particulière des parties.

---

<sup>1</sup> E. Loquin : « À la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Gaz. Pal.* 29 juin – 1er juill. 2008, p. 5.

<sup>2</sup> M. de Boissésou : « La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel », *Rev. arb.* 1990, p. 337.

<sup>3</sup> L. Bernheim-Van de Castele : *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*. Préf. Th. Clay, Bruylant, 2012, *sp.* n° 620, p. 498, qui rejette l'idée que le principe d'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral soit issue du concept de procès équitable en le rattachant à la sphère contractuelle : le principe d'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral découlerait, selon l'auteur, de la nécessaire égalité contractuelle des parties dans le contrat d'arbitre.

<sup>4</sup> C. Legros, note sous CA Paris, 1<sup>er</sup> Ch. C, 27 juin 2002, *Rev. arb.* 2003, p. 434, *sp.* p. 442.

## C. Le choix de la procédure

476. **Une procédure modelable.** Le recours à la juridiction « sur mesure » que constitue l'arbitrage permet aux parties, par leur volonté, de s'abstraire des règles organisant le traitement étatique des différends, que d'aucuns considèrent comme trop rigides. Le choix du juge et des compétences de lui requises en sont un exemple, puisque un tel choix permet de reconnaître et de considérer la spécificité du litige, en fonction du domaine considéré ou de la problématique juridique particulière le sous-tendant. La liberté reconnue aux parties dans les procédures arbitrales tient aussi en grande partie à la possibilité, pour ces dernières, d'aménager en profondeur la procédure applicable au traitement contentieux de leur désaccord<sup>1</sup>. Cette liberté constitue un « avantage majeur de l'arbitrage international »<sup>2</sup>. « La flexibilité procédurale (...) permet de conduire l'instance de façon hybride en recourant à des techniques empruntées à diverses traditions juridiques »<sup>3</sup>. Ainsi, contrairement à la solution adoptée pour les juridictions étatiques, il est admis que les parties puissent efficacement déterminer la loi de procédure applicable à leur litige. L'article 1460 du Code de procédure civile<sup>4</sup>, en vigueur antérieurement à la réforme, consacrait très clairement cette faculté. La réforme a modifié la rédaction de la formule, désormais contenue dans l'article 1464 du CPC<sup>5</sup>, pour semble-t-il appuyer la faculté à la disposition des parties de choisir la procédure. Ce n'est en effet qu'en absence de choix de la procédure par les parties qu'il revient à l'arbitre de déterminer celle qui lui semble appropriée. La même règle est posée en matière d'arbitrage international, la référence à la convention d'arbitrage pour déterminer la procédure soulignant en la matière la prédominance du consensuel sur la détermination par le tribunal arbitral, qui n'intervient qu'à défaut<sup>6</sup>.

Le choix qui s'offre aux parties semble ainsi très largement ouvert, ce qui s'explique par le fait que le tribunal arbitral est, conceptuellement, libre de toute attache institutionnelle. Cela ne signifie pas pour autant que la procédure ne sera pas rattachée à des bases existantes ou ne fera pas l'objet d'un contrôle le cas échéant. La liberté dont jouissent les parties pour déterminer la procédure applicable à leur justice consentie (1°) ne saurait ainsi être absolue, et souffre des limites imposées par la finalité et les caractéristiques reconnues à l'arbitrage (2°).

### 1° La liberté dans l'aménagement de la procédure

477. **Place de la volonté des parties dans le nouveau droit de l'arbitrage.** La réforme du droit français de l'arbitrage a mis l'accent sur la liberté des parties de déterminer, par leur volonté commune, la procédure arbitrale. En droit interne cependant, certains aspects du droit

---

<sup>1</sup> Sur les principes essentiels à l'arbitrage, v. not. G. Bolard : « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. arb.* 2004, p. 511.

<sup>2</sup> Ph. Pinsolle et R. H. Kreindler : « Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale », *Rev. arb.* 2003, p. 41, *sp.* p. 49.

<sup>3</sup> Ph. Pinsolle et R. H. Kreindler : « Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale », *Rev. arb.* 2003, p. 41, *sp.* p. 49.

<sup>4</sup> Ancien article 1460, alinéa 1, du CPC : « Les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d'arbitrage ».

<sup>5</sup> Article 1464, alinéa 1, du CPC : « À moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques ».

<sup>6</sup> Article 1509 du CPC : « La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale. Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure ».

de l'arbitrage, plus particulièrement au sujet du tribunal arbitral sont clairement déterminés par le Code de procédure civile comme ne pouvant souffrir de dérogation. L'article 1461 du CPC dispose en ce sens que toute stipulation contraire aux articles relatifs au tribunal arbitral est réputée non écrite, à une exception près<sup>1</sup>. Nombre de dispositions relatives à l'arbitrage international et, dans une moindre mesure, à l'arbitrage interne, sont cependant ostensiblement supplétives de volonté<sup>2</sup>.

Une grande liberté est laissée aux parties pour déterminer certains points de la procédure, tels la durée de la mission, les modes de notification entre les parties ou encore les modalités des échanges et des audiences. L'adaptation de la justice arbitrale aux nouvelles technologies est une illustration exemplaire de la malléabilité de la procédure par la volonté des parties<sup>3</sup>. Le choix de la confidentialité, laquelle est pourtant généralement considérée comme un atout important de l'arbitrage, a été de manière surprenante totalement abandonné aux parties. La réforme du droit français de l'arbitrage n'a en effet rien prévu à ce sujet en matière d'arbitrage international, de sorte qu'en l'absence de précision des parties, aucune certitude n'est établie concernant la règle par défaut. La doctrine est d'ailleurs à ce sujet partagée. Certains se prononcent en faveur de l'application, par défaut, de la confidentialité, qui serait un principe de l'arbitrage international<sup>4</sup>, d'autres estiment qu'en l'absence de reprise du principe de la confidentialité du droit interne, celle-ci doit être prévue pour les parties pour s'appliquer<sup>5</sup>.

478. ***Une possible dérogation conventionnelle au principe compétence-compétence.*** Un autre exemple de la grande liberté accordée aux parties relativement aux règles de procédure applicables au règlement juridictionnel de leur litige s'agissant d'arbitrage international est la faculté d'aménager, dans une certaine mesure, la réception par les juridictions françaises de leur convention d'arbitrage. Il semble en effet que la récente réforme du droit français de l'arbitrage permette aux parties de déroger au principe compétence-compétence, en l'étendant ou en le restreignant<sup>6</sup>. Ainsi, non seulement les parties peuvent se doter de règles particulières de procédure pour organiser le traitement de leur différend, mais elles peuvent également

---

<sup>1</sup> La disposition réserve en effet le cas de l'alinéa premier de l'article 1456 du CPC concernant la date à laquelle le tribunal arbitral est constitué et saisi du litige. Les parties pourront ainsi déterminer conventionnellement le point de départ de la saisine du tribunal et permettre ainsi d'éviter que le temps pendant lequel le tribunal arbitral n'est pas réellement « effectif » ne soit intégré dans le délai qui lui est imparti pour remplir sa mission. L'imprécision de la rédaction, qui ne vise pas spécifiquement la seconde phrase du texte et qui pourrait laisser penser que la détermination de la date de constitution du tribunal arbitral serait également abandonnée à la volonté des parties a été dénoncée (Ch. Jarrosson et J. Pellerin : « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 5, *sp.* p. 31).

<sup>2</sup> V. par exemple l'article 1464 du CPC, qui débute par « À moins que les parties n'en soient convenues autrement » ou encore l'article 1506 en matière internationale qui emploie la même formule pour souligner la faculté des parties de s'abstraire des règles établies pour l'arbitrage interne qui sont proposées par le texte.

<sup>3</sup> P.-Y. Gautier : « Arbitrage et internet », *Dr. et patr.* Juin 2002, p. 88 ; G. Chabot : « La cyberjustice : réalité ou fiction ? », *D.* 2003, chron. 2322.

<sup>4</sup> vV. not. Ch. Jarrosson et J. Pellerin : « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 5, *sp.* p. 61, pour qui le principe de confidentialité est un « principe général, inhérent à l'arbitrage » ; 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, *sp.* n°8.

<sup>5</sup> E. Gaillard et P. de Lapasse : « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.* 2011, chron. p. 175, *sp.* p. 184 ; E. Loquin : « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage (commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *RTD com.* 2011, p. 255 ; E. Kleiman et J. Spinelli : « La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité », *Gaz. Pal.* 2011, ét. 14528, *sp.* p. 6.

<sup>6</sup> 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, *sp.* n° 13.

utilement modifier l'appréciation de la compétence du tribunal arbitral. Cela peut se faire dans le sens d'une plus grande efficacité de l'arbitrage, en restreignant totalement la possibilité des parties de contester la compétence arbitrale *a priori*. Cela peut également impliquer qu'il serait loisible aux parties de renoncer à cet effet généralement admis des conventions d'arbitrages pour admettre que les juridictions étatiques puissent jeter un regard approfondi sur la validité ou l'applicabilité de la clause avant que l'arbitrage n'ait lieu. Dans la même logique, il serait envisageable que les parties puissent renoncer à l'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport à leur contrat<sup>1</sup>, renonçant par là même à l'application du principe compétence compétence.

Une telle liberté pourrait présenter l'intérêt de réaliser l'économie d'une procédure inutile lorsque la validité de la convention d'arbitrage est en doute au delà de son apparence superficielle et pourrait, *a posteriori*, constituer un motif d'annulation de la sentence. Une telle règle pourrait notamment se révéler utile dans les cas où des contractants protégés sont partie à la clause compromissoire : permettre l'examen par le juge étatique dont la compétence est pressentie pourrait ainsi permettre de faire l'économie d'une procédure arbitrale, que le tribunal se déclare de lui-même incompétent ou que la décision soit ensuite déterminée comme étant insusceptible d'exécution par les juridictions étatiques sollicitées à cet effet.

479. ***Liberté des parties et offre procédurale.*** S'il est évidemment loisible aux parties de calquer la procédure applicable à l'arbitrage international sur celle d'un état particulier, « l'offre procédurale » est augmentée, en sus des procédures étatiques, de celles élaborées plus spécifiquement par les institutions d'arbitrages qui possédant leur propre règlement (a). Plus grande encore apparaît la liberté des parties dans les arbitrages *ad hoc* (b), dans lesquels elles ne sont liées que par leurs propres stipulations ou, à défaut de celles-ci, par la procédure déterminée par les arbitres. En tout état de cause, certains principes fondamentaux de bonne justice ont vocation à s'appliquer, et ce quelle que soit l'origine des règles de procédure. Il a en effet été constaté que « les règles de procédure arbitrale sont souvent des *leges imperfectae*, la sentence n'encourant l'annulation que si un principe fondamental a été méconnu, ou du moins s'il peut être démontré que la violation de la règle a eu une influence sur la solution du litige »<sup>2</sup>. L'idéal de justice innervant tout procès, y compris arbitral, impose que certains principes fondamentaux, considérés par ailleurs par P. Mayer comme des composantes psychologiques inhérentes à l'arbitre en fonction de son système juridique d'origine<sup>3</sup>, soient respectés dans la procédure arbitrale pour la recherche du Juste.

a) Le choix de la procédure dans l'arbitrage institutionnel

480. ***Volonté des parties et règlements des centres d'arbitrage.*** Le recours à un centre d'arbitrage pour organiser la procédure arbitrale semble en pratique assez répandu. C'est du moins ce qui ressort de la partie visible de l'arbitrage. Les parties font ainsi usage de la liberté qui leur est laissée pour confier l'organisation de la procédure arbitrale à un tiers, selon des règles de procédure édictées par lui. Ainsi, « les parties acceptent d'aliéner librement une partie de cette liberté en ayant recours, dans la convention d'arbitrage, au règlement d'un centre

<sup>1</sup> En ce sens, v. Th. Clay, *D.* 2014, pan. 2541.

<sup>2</sup> P. Mayer : « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure. Une analyse comparative des systèmes de *civil law* et de *common law* », *Rev. arb.* 1995, p. 163, *sp.* p. 171.

<sup>3</sup> P. Mayer : « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure. Une analyse comparative des systèmes de *civil law* et de *common law* », *Rev. arb.* 1995, p. 163, *sp.* p. 171.

d'arbitrage dont les dispositions, désormais, s'imposent à elles. Cette aliénation partielle est souvent sage, elle procède d'un souci de sécurité que l'organisme est susceptible de satisfaire, grâce à son expérience, à l'opportunité de son règlement, et au devoir qui lui incombe (...) de respecter les garanties fondamentales de la procédure »<sup>1</sup>.

Le recours à ces centres se fait nécessairement par l'adjonction d'un contrat supplémentaire conclu entre les parties et le centre, qui est réputé être en état d'« offre permanente »<sup>2</sup>. Ces règlements, qui ne peuvent être adoptés qu'« en bloc » par les parties lors de la rédaction de leur convention d'arbitrage<sup>3</sup>, sorte de contrats d'adhésion, régissent la procédure mais ménagent une certaine place à la volonté des parties, par exemple dans le choix de la langue utilisée - qui revêt dans certaines circonstances une importance non négligeable<sup>4</sup>- du recours à des sachants ou des délais impartis pour conduire la procédure arbitrale. Un tel choix peut dès lors être opéré par les parties dans leur convention d'arbitrage, et des modifications plus substantielles de la procédure prévue par le règlement peuvent, le cas échéant, être convenues avec le centre lors de la conclusion du contrat d'organisation de l'arbitrage. En raison de la concomitance de la saisine du centre avec la survenance du litige, l'organisation de la procédure applicable semble alors plus fluide. Lorsque le contrat d'organisation de l'arbitrage est accepté par les parties lors de la conclusion d'une clause compromissoire, diverses problématiques peuvent se poser. La liberté dont disposent les parties peut alors sembler plus réduite, en raison du caractère préétabli du contenu du contrat, mais également fragilisée par l'écoulement du temps entre la conclusion du contrat et la réalisation de la condition suspensive que constitue l'éclosion d'un litige<sup>5</sup>.

481. ***L'applicabilité dans le temps des règlements d'arbitrage.*** Les centres d'arbitrages modifiant périodiquement leurs règlements d'arbitrage, se pose la question de la version du règlement applicable. Par quel règlement d'arbitrage devra être réglée la procédure intervenant postérieurement au changement de règlement par le centre, alors même que la convention d'arbitrage faisant référence au règlement du centre était intervenue sous l'empire des précédentes stipulations du règlement ? La réponse à une telle question dépend du choix à opérer entre la théorie de l'émission et de la réception. Ch. Jarrosson, se basant sur la théorie de la réception et de la « connaissance réciproque des volontés », se prononce ainsi en faveur de l'application du nouveau règlement, entré en vigueur entre la signature de la convention d'arbitrage par les parties et la date de la saisine du centre d'arbitrage<sup>6</sup>. Une telle solution

---

<sup>1</sup> M. de Boissésou : « La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel », *Rev. arb.* 1990, p. 337, *sp.* p. 338.

<sup>2</sup> CA Paris, 22 janv. 2009, n° 07/19492 ; *JDI* 2009, comm. 12, Th. Clay.

<sup>3</sup> Sur le sujet, *v. not.* Ch. Jarrosson : « L'instance arbitrale : le rôle respectif de l'institution de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », *Rev. arb.* 1990, p. 381 et *s.*, *sp.* n° 8, p. 383, qui analyse toute modification que souhaiteraient apporter les parties au règlement d'arbitrage comme une contre-offre, qui ne pourrait ainsi engager valablement le centre sans acceptation par celui-ci des modifications proposées.

<sup>4</sup> Sur la question de la détermination de la langue, *v.* D. Lamèthe : « Les langues de l'arbitrage international : liberté raisonnée de choix ou contraintes réglementées ? », *JDI* n° 4, oct. 2007, var. 9 : « la langue de l'arbitrage peut être envisagée comme un outil éventuel de pouvoir ».

<sup>5</sup> Sur ces points, *v.* Th. Clay : *L'arbitre*. Préf. Ph. Fouchard, Dalloz, coll. Nouvelle Bibli. Thèses, 2001, *sp.* n° 722 et *s.*, p. 564.

<sup>6</sup> Ch. Jarrosson : « L'instance arbitrale : le rôle respectif de l'institution de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », *Rev. arb.* 1990, p. 381 et *s.*, *sp.* n° 21, p. 387 ; A. Plantey : « Quelques observations sur l'arbitrage administré », *JDI* 1999, p. 731, *sp.* p. 735 ; pour la position contraire, *v.* Th. Clay : *L'arbitre*. Préf. Ph. Fouchard, Dalloz, coll. Nouvelle Bibli. Thèses, 2001, *sp.* n° 739, p. 575.



présente, entre autres<sup>1</sup>, l'intérêt indéniable de ne pas contraindre un centre d'arbitrage à organiser une procédure selon des règles qui ne sont plus en vigueur, en raison de l'élaboration d'une version réputée meilleure du règlement. Elle semble cependant critiquable et potentiellement dangereuse pour les parties et pour l'arbitrage lui-même, dont la source contractuelle imprime à l'accord des volontés une force accrue. Il semble dès lors qu'il faille discuter des différentes hypothèses n'appelant pas une réponse unitaire, selon que la volonté des parties a porté plus particulièrement sur les règles contractuelles de procédure élaborées par le centre ou sur l'autorité d'organisation d'arbitrage que représente le centre.

482. ***Volonté des parties et modification du règlement.*** Le règlement d'arbitrage du centre choisi, s'il est clairement cité dans la convention des parties, devrait être appliqué au litige résultant du contrat, et ce quand bien même il aurait été modifié et même amélioré par une version intervenue postérieurement. En ce cas, le règlement est entré dans le champ contractuel et doit être respecté sous peine de déjouer les prévisions des parties qui n'auraient peut être pas souhaité s'engager dans un contrat d'organisation de l'arbitrage différent de celui envisagé lors de la conclusion de leur convention initiale. La tentation peut être parfois grande de considérer que des modifications mineures du règlement ne seraient pas de nature à déjouer la prévision des parties, ce qui permettrait de leur imposer, *in fine*, un règlement modifié auquel elles n'auraient pas consenti. Cependant, on sait quelle importance peut revêtir, dans l'esprit des plaideurs ou aux yeux de leurs avocats, une règle de procédure. Il serait en ce sens tout à fait envisageable que les règles de procédure ainsi choisies par référence au règlement du centre aient déterminé le consentement d'une des parties à l'arbitrage. Une des parties pourrait tenter d'instrumentaliser cette modification du règlement du centre pour se soustraire à l'arbitrage. Le recours à l'arbitrage lui-même est menacé dans ces hypothèses et l'insécurité juridique rode alors autour d'un contrat qui avait pourtant précisément prévu les modalités de résolution contentieuse des litiges.

Il apparaît certes difficile de reprocher à un centre de ne pas souhaiter se plier en permanence à des règles de procédure passées qui ont été améliorées. Il semble cependant que l'application d'un règlement, même obsolète, soit préférable à la remise en cause de la volonté des parties. Ainsi, « même si le règlement en vigueur au jour du litige a une vocation naturelle à s'appliquer, les litigants peuvent imposer au centre d'arbitrage que la version correspondant au jour de l'offre soit retenue. Et un litigant peut même l'imposer à l'autre. En somme, sauf volonté contraire des litigants manifestée lors de l'acceptation de l'offre, c'est le règlement du jour de la saisine du centre d'arbitrage qui s'applique »<sup>2</sup>. Une telle solution semble en effet seule de nature à assurer la sécurité juridique dont ont besoin les parties et qu'elles recherchent par la concordance de leur volonté commune.

483. ***Volonté des parties et efficacité de la procédure.*** On peut cependant s'interroger sur l'application sans discernement de la règle du primat de la volonté. L'efficacité de l'arbitrage ne postule-t-elle pas en faveur d'une application nuancée d'une telle solution ? Il pourrait ainsi être soutenu qu'en fonction de la nature des règles concernées, certaines clauses du règlement pourraient être modifiées et imposées aux parties dans le but d'assurer une meilleure protection de leurs droits fondamentaux, tels que les principes de la contradiction et de l'égalité des parties. Ces règles étant en toute hypothèse liées à la validité de la sentence à intervenir, les

---

<sup>1</sup> Sur les autres avantages présentés par l'adoption de la théorie de la réception, v. Th. Clay : *L'arbitre*. Préf. Ph. Fouchard, Dalloz, coll. Nouvelle Bibli. Thèses, 2001, *sp.* n° 730 et s., p. 568.

<sup>2</sup> Th. Clay : *L'arbitre*. Préf. Ph. Fouchard, Dalloz, coll. Nouvelle Bibli. Thèses, 2001, *sp.* n° 739, p. 575.

parties n'auraient que peu d'intérêt à s'opposer à leur mise en œuvre, et ce même si elles n'avaient pas été prévues dans la convention initiale. Cependant, là encore il semble que la volonté initiale des parties doive être respectée, car en dépit de la valeur de la modification apportée au regard des règles du procès équitable considéré comme un idéal, ces règles n'ont pas été approuvées par les parties et leur sont ainsi inopposables. L'efficacité de l'arbitrage semble ainsi à ce sujet devoir s'incliner face à la volonté des parties.

La solution au problème de l'entrée en vigueur d'un nouveau règlement peut par ailleurs différer en fonction du libellé de la clause. La volonté étant le socle de la procédure arbitrale, celle-ci doit être considérée comme opératoire et les nuances de rédaction prises en compte. Il devrait en être ainsi lorsque seul le centre a été désigné comme autorité d'organisation de l'arbitrage par la clause, sans qu'aucune référence expresse soit faite à son règlement en particulier. Il peut être considéré en cette hypothèse que les règles de procédure applicables sont, aux yeux des parties, d'une importance moindre par rapport à celle attachée à l'autorité du centre chargé d'organiser l'arbitrage. En ce cas, la confiance manifestée au seul centre permettrait de présumer de l'acceptation tacite par les parties des modifications apportées au règlement par celui-ci. Le règlement n'étant jamais explicitement entré dans le champ contractuel, la position consistant à refuser sa modification pour se soustraire à l'arbitrage dans une intention dilatoire peut être écartée.

Il semble en pratique que les jours d'un tel questionnement soient comptés dans la mesure où la plupart des règlements d'arbitrage stipulent désormais que les parties acceptent les modifications du règlement qui pourraient intervenir postérieurement à la convention d'arbitrage. Le problème de versions semble dès lors voué à disparaître<sup>1</sup>. Le choix de la procédure dans les arbitrages *ad hoc* ne soulève pas ces problématiques. En effet, soit le choix de la procédure y est réalisé par les parties, auquel cas elle s'impose aux arbitres. Soit les parties n'ont pas exercé ce pouvoir de détermination des règles de procédure applicable à l'arbitrage et alors la volonté des arbitres se substituera à la leur.

b) Le choix de la procédure dans les arbitrages *ad hoc*

484. ***Une procédure sur mesure.*** La plus grande souplesse en matière de choix des règles de procédure semble offerte par l'arbitrage *ad hoc*. Les parties peuvent alors en effet modeler la procédure à leur convenance par leur accord de volonté, en quelque sorte l'« inventer »<sup>2</sup>. Elles sont ainsi en mesure d'imposer aux arbitres certains points de procédure, puisque « lorsqu'il existe, l'accord des parties sur la procédure applicable lie les arbitres »<sup>3</sup>. Il leur est par exemple loisible d'imposer, dans l'acte de mission ou dans leur convention d'arbitrage, des « obligations particulières quant à la procédure à suivre », à la condition cependant que lesdites obligations « résultent de clauses expresses et précises »<sup>4</sup>. L'espèce en question concernait l'imposition aux arbitres de statuer par des sentences distinctes sur la question de la compétence puis sur le fond

---

<sup>1</sup> Pourrait cependant être réservée l'hypothèse dans laquelle une partie au contrat d'organisation de l'arbitrage serait un consommateur ; il est en effet dès lors possible de s'interroger sur la sanction, comme clause abusive, d'une telle disposition qui pourrait être interprétée comme une modification unilatérale des droits et obligations du centre d'arbitrage tombant sous le coup de l'article R. 123-1 du Code de la consommation.

<sup>2</sup> B. Goldman : « La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1981, p. 469, *sp.* p. 474.

<sup>3</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C, 19 mai 1998, *Torno* ; *Rev. arb.* 1999, p. 601, note Ch. Jarrosson.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 mars 1988, *Sofidif*, n° 87-11520 ; *Bull. civ.* I, n° 64, p. 42 ; *Rev. arb.* 1989, p. 481, note Ch. Jarrosson.

du litige. La clause des parties ayant été considérée comme insuffisamment précise, elles ne pouvaient se prévaloir d'un tel non respect d'obligations mal définies pour solliciter l'annulation de la sentence qui avait englobé tant les questions de compétence que de fond.

485. **La détermination de la procédure par les arbitres en l'absence de prévision des parties.** Dans l'hypothèse où les parties n'ont pas déterminé de règle particulière de procédure ou de référence à un système de règles préétablies, étatique ou autre, les arbitres détermineront seuls les règles procédurales à adopter, généralement en fonction du regard qui pourrait être porté par les juges du siège ou par ceux du pays dans lequel l'exécution de la décision serait vraisemblablement demandée. La rédaction de l'acte de mission pourra être éclairante relativement à la latitude laissée aux arbitres pour décider de la procédure<sup>1</sup>. L'acte de mission se révèle un document d'importance lorsqu'il s'agit d'envisager la conformité de la mission des arbitres avec celle définie par les parties. En l'absence de prévision spécifique des règles de procédure ou de formulation de la mission des juges en ce sens, les arbitres apparaissent jouir d'une grande liberté. Ils pourront décider des mesures à prendre sans devoir respecter les avis des parties, sauf à devoir se plier aux dispositions supplétives fournies par le Code de procédure civile, telles que celle relative à la sentence arbitrale en matière d'arbitrage international. L'article 1513 du CPC dispose en effet que ce n'est que dans le silence de la convention d'arbitrage que la sentence est rendue à la majorité des arbitres, ce qui implique que les parties pourraient leur imposer le prononcé d'une sentence faisant l'unanimité.

Si elles souhaitent contester le choix des règles de procédure ou le prononcé de certaines mesures par les arbitres, les parties devront le faire sur le terrain de l'annulation de la sentence finalement rendue, dont on sait que les cas sont restrictivement énoncés par l'article 1492 du CPC. Or, dans cet article, seules semblent réellement de nature à jouer en la matière les hypothèses du non respect de leur mission par les arbitres, la violation de l'ordre public ou le respect de la contradiction. Ainsi, « les arbitres disposent, en matière de mesures d'instruction, d'une discrétion qui leur permet de ne pas nécessairement tenir compte de l'avis contraire des parties sans pour autant risquer l'annulation de la sentence ». D'autant plus que l'aménagement des voies de recours, et notamment la voie de l'annulation de la sentence, a été rendu accessible aux parties qui peuvent désormais, sous certaines conditions, y renoncer.

486. **L'aménagement des voies de recours.** La réforme a ouvert la faculté aux parties de renoncer, à tout moment, au recours en annulation d'une sentence arbitrale internationale. Cette solution particulièrement innovante en droit français<sup>2</sup> avait déjà été adoptée par certaines législations étrangères<sup>3</sup>. Elle est prévue par l'article 1522, alinéa 1, du CPC qui dispose que les parties peuvent « par convention spéciale »<sup>4</sup> et « à tout moment » renoncer de manière expresse à

<sup>1</sup> Ph. Pinsolle et R. H. Kreindler : « Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale », *Rev. arb.* 2003, p. 41, *sp.* p. 55.

<sup>2</sup> La jurisprudence était en effet fixée en sens contraire : Cass. 1<sup>o</sup> civ. 4 juill. 2007, n<sup>o</sup> 05-16586 et 05-16605 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 252 ; *PA* 2007, n<sup>o</sup> 192, p. 27, note E. Gillet ; *D.* 2008, p. 451, note Th. Clay ; *D.* 2007, AJ 2025, note X. Delpech ; *JDI* 2008, n<sup>o</sup> 1, janv. 2008, comm. 4, S. Sana-Chaillé de Néré ; *Dr. et procédure* 2007, p. 345, note G. Cuniberti ; *JCP* 2007, I, 216, § 5 et 6, obs. J. Ortscheidt ; *Rev. arb.* 2008, p. 441, note P. Callé ; plus spécifiquement sur l'inconciliabilité des décisions arbitrales et étatiques, v. *Rev. crit. DIP* 2007, p. 822, note L. Usunier ; *Rev. arb.*, 2007, p. 808, note S. Bollée.

<sup>3</sup> Notamment les droits suisses, panaméens ou encore suédois : v. J. Burda : « La renonciation au recours en annulation dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *RTD com.* 2013, p. 653.

<sup>4</sup> La doctrine est divisée sur les manifestations pratiques de l'exigence d'une telle « convention spéciale » (v. Th. Clay : « “Liberté, Égalité, Efficacité” : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage », deuxième partie, *JDI*, n<sup>o</sup> 3, juill. 2012, doctr. 8, comm. sous l'article 1522 et les notes). La solennité requise d'une telle

former un recours en annulation des sentences rendues en France. Cela signifie qu'avant même que leur litige soit né, les parties pourraient renoncer à contester la sentence rendue en France, alors pourtant que les cas d'ouverture du recours en annulation sont stricts et ne concernent que les hypothèses particulièrement critiques relativement à une décision de justice. En permettant d'écarter en matière internationale la « vigie bienveillante de l'arbitrage », qui « le laisse s'épanouir, mais tempère ses excès », le nouveau droit français de l'arbitrage renforce la carapace des sentences et « rend la France plus attractive comme place d'arbitrage pour les parties étrangères »<sup>1</sup>. En effet, la bataille judiciaire ne pourra en ce cas plus avoir lieu qu'au sujet de l'exécution de la sentence, puisque le recours contre l'ordonnance accordant l'exequatur de la décision restera exceptionnellement ouvert et les chefs d'annulation de la sentence seront dès lors appréciés au stade de l'exequatur.

Cette renonciation au recours en annulation emporte la conséquence de ne pas permettre, même dans les cas les plus graves, la contestation de la sentence et le jugement à nouveau de l'affaire avant que son exécution ne soit demandée<sup>2</sup>. La sentence pourra être critiquée au cas par cas lors de la contestation de l'exequatur, mais ne pourra jamais être remplacée par une décision autre, qu'elle soit rendue par une juridiction étatique ou, sur convention des parties, par un autre tribunal arbitral. Ainsi la renonciation au recours en annulation de la sentence « a pour conséquence de priver la partie qui souhaiterait contester la sentence d'un droit d'initiative procédurale qui lui permettrait de déclencher le contrôle dans attendre que l'autre partie ait sollicité et obtenu l'exequatur »<sup>3</sup>. En l'absence de demande d'exequatur de la sentence, la solution ne saurait ainsi être contestée, ce qui pourrait engendrer comme résultat fâcheux qu'une sentence ne respectant pas les principes fondamentaux d'une bonne justice soit opposée avec succès au plaideur débouté.

**487. Les risques présentés par la renonciation au recours en annulation.** Une telle faculté offerte aux parties de renoncer à solliciter l'annulation de la sentence leur permet dès lors d'en faire, avant même son prononcé, une véritable décision intangible, insusceptible d'être critiquée au fond. L'efficacité d'une telle procédure est redoutable, et elle avait déjà été

---

convention des parties se justifie par l'importance des conséquences qu'elle emporte. Ainsi l'utilisation du terme convention spéciale semble exclure qu'une telle faculté soit valablement stipulée dans un règlement d'arbitrage, dans une convention d'arbitrage ou dans l'acte de mission si la stipulation est noyée dans le reste des stipulations contenues dans ces documents. Il semble dès lors que sans pour autant nécessiter un *instrumentum* séparé desdits documents, elle doit être précisément libellée et isolée des autres stipulations. Son caractère exprès et spécial doit se dégager de la stipulation, de sorte que le consentement des parties à une telle convention ne puisse être mis en doute ; sur la question, v. J. Burda : « La renonciation au recours en annulation dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *RTD com.* 2013, p. 653 ; E. Gaillard et P. de Lapasse : « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.* 2011, chron. p. 175.

<sup>1</sup> Th. Clay : « “Liberté, Égalité, Efficacité” : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage » deuxième partie, *JDI*, n° 3, juill. 2012, doct. 8.

<sup>2</sup> J. Pellerin : « L'instance au fond devant la cour d'appel après annulation de la sentence (article 1485 du nouveau Code de procédure civile) », *Rev. arb.* 1993, p. 199.

<sup>3</sup> 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, *sp.* n°26 ; sauf à ce que l'inopposabilité de la sentence soit étendue en matière d'arbitrage : des décisions anciennes admettent une telle action déclaratoire en inopposabilité en matière de jugements étrangers, reconnue en matière d'état et de capacité des personnes : v. Cass. civ., 21 janvier 1951, *Weiller, JCP* 1951 II 6151, note Sarrault et T. ; Cass. 1<sup>o</sup> civ., 10 février 1971 ; *JDI* 1971, p. 582, obs. Ph. Kahn ; Cass. 1<sup>o</sup> civ., 3 févr. 1982, n° 80-16600 ; *Bull. civ.*, I, n° 59 ; TGI Paris, 7 février 1986 ; *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 547, note Gaudemet-Tallon ; la décision du TGI fut annulée en raison de sa contradiction avec une convention par CA Paris, 1<sup>o</sup> ch. 9 juill. 1986 ; *JDI* 1986, p. 976, note P. Mayer, puis dans la même affaire, Cass. 1<sup>o</sup> civ., 18 octobre 1988, n° 86-17593 et 86-18039 ; *Bull. civ* n° 291, p. 197 ; *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 527, note P. Lagarde.

envisagée par le professeur Philippe Fouchard<sup>1</sup> dans sa réflexion sur l'accroissement de l'efficacité des sentences arbitrales internationales. La logique développée se comprend à l'aune de l'efficacité de la sentence et de sa vocation, être exécutée : « pourquoi annuler une sentence si elle n'a pas à être exécutée dans ce pays ? Et pourquoi l'annuler si cette annulation n'a pas d'effet à l'étranger ? N'est-il pas déraisonnable, en l'état actuel du droit international privé, qu'un juge étatique veuille ou puisse dicter aux autres pays leur attitude à l'égard d'une sentence, qui n'est après tout qu'un acte juridique privé ? »<sup>2</sup>. En pratique, une telle faculté sera peut-être précisément considérée par les parties comme démesurément redoutable, car « s'interdire par avance tout recours contre la sentence relève de l'acte de foi en l'arbitrage, plus que de prudence, car une fois le processus arbitral lancé tout peut arriver »<sup>3</sup>. Les conditions de forme imposées, une fois n'est pas coutume, en matière d'arbitrage international ont pour but d'éviter la transformation de l'arbitrage « en sanctuaire de mauvaises pratiques »<sup>4</sup>, ce qui pourrait être le cas si l'absence totale de contrôle sur les sentences se généralisait.

488. **Une possibilité de renonciation sélective aux chefs d'annulation ?** Fort de cette faculté de renonciation des parties à tout recours en annulation, ne pourrait-il pas leur être loisible, dans des conditions formelles similaires, de renoncer à seulement quelques motifs d'annulation de la sentence arbitrale et choisir quels pourront être les griefs qui seront considérés comme inopérants à l'encontre de la sentence ? Il semblerait ainsi envisageable que les parties puissent renoncer à exercer tout recours en annulation fondé sur la compétence ou la constitution du tribunal arbitral. Une orientation plus fine des voies de recours pourrait dès lors être envisagée par les parties, qui, sans nécessairement renoncer à toute forme de recours, notamment en cas de non respect du principe de la contradiction qui apparaît essentiel, pourront écarter certains motifs sur lesquels elles se sont entendues d'avance ou au cours du procès. Un auteur s'est clairement prononcé contre une telle faculté de renonciation sélective, au motif qu'il serait « incohérent de permettre aux parties d'exclure tel ou tel motif de recours, mais de permettre un recours contre l'ordonnance d'*exequatur* sur le fondement de l'un de ces motifs »<sup>5</sup>.

Il semble cependant que cette faculté des parties d'exclure un tel recours ne soit pas inutile puisque conserver un recours en annulation permet, en l'absence de procédure d'*exequatur*, de réduire à néant la décision ainsi rendue par les arbitres. Or, dans l'hypothèse où le demandeur a été débouté de son action par une procédure qu'il estime devoir être annulée pour défaut de contradiction par exemple, le défendeur n'aura aucun intérêt à solliciter l'*exequatur* de la décision puisque par hypothèse il n'a rien à faire exécuter, les demandes du demandeur ayant été écartées. Le demandeur a pour sa part tout intérêt à solliciter l'anéantissement de la décision afin de pouvoir entamer une autre action en vue d'obtenir satisfaction.

---

<sup>1</sup> Ph. Fouchard : « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », *Rev. arb.* 1997, p. 329, *sp.* p. 352 ; Le professeur Philippe Fouchard (« Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », *Rev. arb.* 1998, p. 653, *sp.* p. 671) à propos de la décision *Chromalloy*, CA Paris, 14 janvier 1997, qualifie cette option de « révolutionnaire ».

<sup>2</sup> Ph. Fouchard : « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », *Rev. arb.* 1997, p. 329, *sp.* p. 352.

<sup>3</sup> Th. Clay : « “Liberté, Égalité, Efficacité” : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage » deuxième partie, *JDI*, n° 3, juill. 2012, doct. 8.

<sup>4</sup> Th. Clay : « “Liberté, Égalité, Efficacité” : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage » deuxième partie, *JDI*, n° 3, juill. 2012, doct. 8.

<sup>5</sup> J. Burda : « La renonciation au recours en annulation dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *RTD com.* 2013, p. 653.

Le rejet du contrôle de la validité des sentences arbitrales au stade de la seule exécution semble rester problématique, sauf à reconnaître à la partie insatisfaite de la procédure le pouvoir de solliciter l'exequatur de la décision pour s'y opposer et pouvoir la remettre en cause. La Cour d'appel de Paris avait par le passé décidé qu'un tel appel dirigé contre la décision d'exequatur de la sentence par celui qui l'avait sollicité était irrecevable faute d'intérêt à agir<sup>1</sup>. Une action en inopposabilité pourrait également permettre de pallier la potentielle absence de tout recours contre la sentence qui pourrait être annulée si l'exequatur de la sentence n'est jamais sollicité. Une telle option semble cependant inusitée en pratique et improbable<sup>2</sup>.

Les parties peuvent ainsi clairement aménager la procédure applicable à leur litige en matière arbitrale de manière assez étendue, voire potentiellement dangereuse. La latitude dont jouissent les parties n'est cependant pas absolue.

## 2° Les limites à la liberté de l'aménagement procédural

489. **Des limites imposées par l'œuvre de Justice.** La liberté dont disposent les parties de régler la procédure arbitrale est grande en droit français de l'arbitrage. Elle reste cependant encadrée par les quelques garde-fous irréductibles qu'inspire la conception, selon l'ordre juridique français, de l'œuvre de justice. La volonté des parties ne pourra ainsi s'exprimer en la matière que dans le respect de certaines limites inhérentes à toute œuvre juridictionnelle, sous peine pour la sentence d'encourir l'annulation en droit français de l'arbitrage ou de se voir refuser l'exequatur. Ces limites opposées à la volonté des parties sont inspirées par la recherche du Juste (a), qui ne peut être valablement entreprise que si certaines garanties essentielles sont assurées. D'autres limites, qui semblent s'imposer en raison d'un désir d'efficacité et de célérité de la justice arbitrale (b), peuvent parfois sembler rentrer en conflit avec la recherche du Juste (c).

### a) Les limites imposées par la recherche du Juste

490. **Des limites nécessaires à l'âme juridictionnelle de l'arbitrage.** La conception américaine de l'arbitrage, très nettement orientée vers la contractualisation, permet aux parties d'exercer une emprise bien plus grande sur l'organisation d'un arbitrage sur mesure, non seulement en matière d'indépendance des arbitres<sup>3</sup> mais également quant au choix de la procédure et jusqu'à la force obligatoire de la sentence. Entièrement mu par la volonté des parties, l'arbitrage semble dès lors en quelque sorte perdre certains de ses atouts. La possible absence d'indépendance des arbitres, leur transformation en de simples conseils partiels, la possible dégradation de l'effet obligatoire des sentences, la tendance des arbitres à statuer sans réellement tenir compte de manière prédominante de la solution résultant de l'application du droit, conjugué à l'absence de motivation des sentences arbitrales, dressent un portrait de l'arbitrage qui s'oppose assez radicalement à sa signalétique française<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> CA Paris, 10 nov. 1987, *F.L. Smidth & Co*, *Rev. arb.* 1989, p. 669, note A.-D. Bousquet.

<sup>2</sup> J. Burda : « La renonciation au recours en annulation dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *RTD com.* 2013, p. 653.

<sup>3</sup> Avec l'admission des « non-neutral arbitrators » ; v. *not.* A. S. Rau et C. Pédamon : « La contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain », *Rev. arb.* 2001, p. 451, *sp.* p. 463.

<sup>4</sup> A. S. Rau et C. Pédamon : « La contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain », *Rev. arb.* 2001, p. 451.

491. **Un « noyau dur » procédural.** En France, l'arbitrage reste un moyen de parvenir à la Justice, non pas conçu comme malléable à l'envi, mais encadré par certains principes essentiels à la réalisation du Juste. « Le principe non interventionniste trouve ses limites dans les exigences de justice et d'impartialité que les tribunaux entendent faire respecter »<sup>1</sup>. La définition du « noyau dur » procédural de tout procès s'avère nécessaire afin de déterminer les principes procéduraux qui devront, en toute circonstance, être respectés. La liberté de choix de la procédure, consacré tant en matière d'arbitrage interne qu'international, n'implique pas que la définition du contenu des règles soit entièrement à la merci des parties. Pour que l'œuvre juridictionnelle se réalise et soit reconnue comme telle, certains principes essentiels qui définissent la substance du procès équitable doivent être respectés, innervant désormais la conception française de la réalisation pratique de la Justice.

492. **En matière interne.** Les figures procédurales imposées diffèrent selon qu'il s'agit d'un arbitrage interne ou d'un arbitrage international, leur nombre étant bien plus important en matière d'arbitrage interne<sup>2</sup>. Le droit français de l'arbitrage interne dispose qu'un certain nombre de principes directeurs, énumérés dans l'article 1464, al. 2 du CPC sont applicables au procès arbitral. Ces principes imposent dès lors de respect de certaines règles procédurales les concrétisant au stade de l'instance. Le droit français de l'arbitrage interne responsabilise désormais ouvertement tant les parties que les arbitres relativement à la loyauté et à la célérité dans la conduite de la procédure arbitrale<sup>3</sup>.

493. **En matière internationale.** S'agissant de l'arbitrage international, le nombre des principes dont le respect est exigé est plus restreint : « Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction »<sup>4</sup>. L'égalité des parties, considéré comme « le principe le plus fécond parmi les droits naturels de procédure »<sup>5</sup> en arbitrage international, ainsi que la contradiction sont ainsi clairement élevées par le droit français de l'arbitrage international en qualité de principes essentiels formant la substance de l'ordre public international. La contradiction est probablement la composante la plus importante du procès : selon G. Cornu « elle est le procès même »<sup>6</sup>, et impose par ailleurs que l'égalité des armes entre les parties soit respectée. Le principe du contradictoire doit cependant, dans certaines circonstances, connaître des entorses temporelles, celui-ci pouvant trouver à s'appliquer uniquement *a posteriori*, une fois les mesures urgentes décidées afin de préserver leur intérêt. Ce principe pourrait dès lors faire l'objet d'un certain aménagement par les parties, lesquelles pourraient s'accorder pour que son application ne soit pas radicalement exclue mais différée<sup>7</sup>. L'égalité des parties englobe par ailleurs, nécessairement, l'impartialité

---

<sup>1</sup> S. Jarvin : « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », *Rev. arb.* 1998, p. 611, *sp.* p. 613.

<sup>2</sup> Sont en effet obligatoirement respectés les principes directeurs du procès énoncés dans l'article 1464 al. 2, et notamment le principe dispositif et ses limites constituées par les pouvoirs du juge de s'informer sur le litige ou de requalifier les faits et actes sous réserve de leur qualification conventionnelle par les parties ou le principe du contradictoire.

<sup>3</sup> Article 1464, alinéa 3, du CPC : « Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure ».

<sup>4</sup> Article 1510 du CPC.

<sup>5</sup> D. Hascher : « Principes et pratiques de procédure dans l'arbitrage commercial international », *RCADI* 1999, t. 279, p. 126.

<sup>6</sup> G. Cornu : « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, fragments d'un état des questions », *in Études offertes à P. Bellet*. Litec, 1991, p. 83, *sp.* p. 93.

<sup>7</sup> Il pourrait en aller ainsi par exemple si les parties s'accordaient sur le fait que certaines mesures provisoires pourraient être prises sans que ne soit instauré un débat contradictoire *a priori* ; sur la question,

de l'arbitre, sans laquelle l'œuvre de justice ne serait qu'un odieux simulacre. L'égalité des parties a récemment fait l'objet d'une décision remarquée<sup>1</sup> critiquant l'application par les arbitres<sup>2</sup> d'une clause du règlement de la CCI<sup>3</sup> qui stipulait qu'en cas de non paiement de la provision d'arbitrage, la demande reconventionnelle de la partie défaillante pourrait être écartée. La Cour de cassation a partiellement avalisé un tel raisonnement : « si le refus par le tribunal arbitral d'examiner les demandes reconventionnelles peut être de nature à porter atteinte au droit d'accès à la justice et au principe d'égalité entre les parties, c'est à la condition que celles-ci soient indissociables des demandes principales »<sup>4</sup>.

494. **La nécessaire information du juge.** Au delà de ces principes délimitant les contours du procès équitable, un autre principe qui n'est généralement pas présenté comme tel devrait cependant s'imposer avec la force de l'évidence : pour remplir son office juridictionnel, le juge a besoin d'être informé. Les parties ne sauraient dès lors attenter au pouvoir du juge de mener l'instruction de l'affaire comme il l'entend, quand bien même l'origine de son pouvoir juridictionnel serait contractuelle, et donc de prendre certaines décisions de procédure que les parties ne sauraient le plus souvent critiquer au cours de l'instance faute de moyens pour le faire<sup>5</sup>. La critique de telles décisions de procédure interviendra alors le cas échéant une fois la sentence rendue. La solution présente l'avantage d'éviter des contestations dilatoires des mesures procédurales décidées par le tribunal arbitral, mais également l'inconvénient de remettre l'ensemble de l'instance en cause si ladite mesure est finalement considérée comme pouvant permettre l'annulation de la décision. L'étude des règlements des principaux centres d'arbitrage démontre cette incise dans les pouvoirs des parties de régler la procédure et diverses composantes de l'instance arbitrale<sup>6</sup>.

En cela le procès, tant devant les juridictions civiles qu'arbitrales, est empreint d'une certaine composante inquisitoire impliquant que les parties soient impuissantes à imposer sa conduite au juge dans l'instruction du différend. Une telle manifestation d'un pouvoir propre du juge avait déjà été constatée au sein des juridictions étatiques, les parties ne pouvant s'opposer efficacement à ce que le juge requiert une information plus complète pour comprendre le

---

v. Th. Clay : « Les mesures provisoires demandées par l'arbitre », in J.-M. Jacquet et E. Jolivet (dir.) : *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*. Litec, 2007, p. 9, *sp.* p. 24.

<sup>1</sup> CA Paris, pôle 1, ch. 1, 17 nov. 2011 ; *JDI* 2012, doct. 2, X. Boucobza et Y.-M. Serinet ; *Cah. arb.* 2012, p. 159, note D. Cohen ; *JCP* 2012, p. 843, n° 6, obs. Ch. Seraglini ; *PA* 17 juill. 2012, n° 142, p. 3, note M. de Fontmichel.

<sup>2</sup> Il a en effet très justement été remarqué que « la solution des juges parisiens n'invalide pas *per se* l'article 30 du règlement CCI. Elle sanctionne le comportement des arbitres qui ne se sont pas affranchis de cette disposition alors qu'elle conduisait, au regard du manque de capacité financière de l'une des parties, à une violation du droit d'accès au juge et du principe d'égalité des armes » (M. de Fontmichel, à propos de CA Paris, pôle 1, ch. 1, 17 nov. 2011, *PA* 17 juill. 2012, n° 142, p. 3) ; en effet, abstraction faite des difficultés dans lesquelles se trouvait la société débitrice de la provision, la stipulation du règlement de la CCI ne semble pas en elle-même choquante ; la sanction de l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle en cas de refus de paiement de la provision d'arbitrage semble en effet proportionnée dès lors qu'il est question de volonté et non de possibilité comme c'était le cas en l'espèce.

<sup>3</sup> Article 30, 4° du règlement d'arbitrage de la CCI dans sa version de 1998, et article 36, 6) du nouveau règlement CCI datant de 2012.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 28 mars 2013, n° 11-27770.

<sup>5</sup> S. Jarvin : « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », *Rev. arb.* 1998, p. 611.

<sup>6</sup> Ph. Pinsolle et R. H. Kreindler : « Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale », *Rev. arb.* 2003, p.41, *sp.* p. 51.



conflit<sup>1</sup>. Il ne saurait en être autrement devant les juridictions arbitrales, puisque de telles prérogatives semblent indissociables de la fonction de juger. Un arbitre qui serait laissé dans le noir ne pourrait espérer rendre une sentence conforme à la Justice ou au Droit. La conséquence en est que les parties ne pourraient interdire au juge de poursuivre la mise en état de l'affaire.

La détermination des règles de procédure peut, sous certaines limites matérialisées par le respect des principes fondamentaux d'une bonne justice, être l'œuvre des parties qui peuvent librement s'accorder à leur sujet. L'influence de la volonté des parties sur l'instruction de l'affaire par le tribunal arbitral semble en contrepoint plus réduite<sup>2</sup>. La nature juridictionnelle de la mission de l'arbitre prend alors le pas sur son origine conventionnelle : parce qu'il est un juge, l'arbitre doit pouvoir tenter d'accéder à la vérité. En cela l'autonomie de l'arbitre dans l'exercice de sa mission ne saurait être inféodée au principe de l'autonomie de la volonté des parties dans l'arbitrage. La liberté dont jouit l'arbitre dans le cadre de sa mission juridictionnelle ne saurait en effet dépendre de la volonté des parties au risque de dénaturer sa mission<sup>3</sup>. « L'arbitre doit jouer pleinement le rôle que (les parties) lui ont assigné en sachant s'écarter des prescriptions trop rigoureuses qui limiteraient le champs naturel de son action. L'arbitre a le devoir de se libérer de toute ce qui pollue l'essence de sa mission juridictionnelle »<sup>4</sup>.

495. ***L'importance de l'intérêt préservé par les règles de procédure.*** Les règles de procédure applicables au litige sont ainsi susceptibles d'être déterminées conventionnellement par les parties, à condition qu'elles ne heurtent pas la mission naturelle du juge ou les principes supérieurs et universels d'une bonne Justice. Il semble en effet que bien que les parties aient convenu de certaines stipulations relatives à la procédure dans leur acte de mission, les arbitres puissent en faire fi dans certaines circonstances. Ainsi, « le pouvoir juridictionnel du tribunal arbitral lui permet, au nom de la direction de l'instance arbitrale, de s'affranchir de dispositions de procédure convenues sur une base contractuelle dans l'acte de mission »<sup>5</sup>. Une telle atteinte au pouvoir des litigants devrait cependant être limitée aux hypothèses mettant en jeu des intérêts fondamentaux. Le principe doit en effet être qu'il ne devrait pas être permis aux arbitres de contrevenir aux dispositions de l'acte de mission, mais qu'en cas d'impératifs de bonne justice ou de respect des principes fondamentaux de l'arbitrage, ils aient la faculté de passer outre.

---

<sup>1</sup> Certains auteurs ont par ailleurs dénoncé le mauvais usage qui peut être fait de ce pouvoir par le juge : « il arrive que certains juges eux-mêmes, dans un souci à première vue louable de tout comprendre et de tout maîtriser, ne se résignent plus à laisser les choses en l'état pour qu'un jugement soit rendu. Pourtant, la distance entre la vérité des faits et la vérité judiciaire n'est pas que le seul constat de l'impuissance du droit à reproduire fidèlement le monde mais plutôt la marque, parfois oubliée, de sa sagesse, consistant à se contenter, au bout d'un certain temps, d'une reproduction plus ou moins vraisemblable et, par principe, toujours partielle, de la vérité », J.-F. Burgelin, J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche : « L'office de la procédure », in *Mél. P. Draï*. Dalloz, 2000, p. 253, *sp.* p. 265.

<sup>2</sup> Ph. Pinsolle et R. H. Kreindler : « Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale », *Rev. arb.* 2003, p. 41.

<sup>3</sup> En sens contraire, v. L. Bernheim-Van de Castele : *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*. Préf. Th. Clay, Bruylant, 2012, *sp.* p. 548 : « Le principe d'autonomie de l'arbitre est donc supplétif de la volonté des parties puisque l'étendue de l'autonomie de l'arbitre ne dépend que de la volonté des parties ».

<sup>4</sup> Th. Clay : *L'arbitre*. Préf. Ph. Fouchard, Dalloz, coll. Nouvelle Bibli. Thèses, 2001, *sp.* n° 813.

<sup>5</sup> E. Loquin : « De la bonne gestion de l'instance arbitrale par les arbitres », *RTD com.* 2007, p. 689.

Il semble ainsi que la décision d'un tribunal arbitral d'accepter la communication de pièces dans une autre langue que celle choisie pour l'arbitrage<sup>1</sup>, sous prétexte que les parties avaient, dans leur relation contractuelle antérieure, admis de travailler dans les deux langues, puisse être critiquable. Aucun impératif de bonne justice n'était en jeu dans ces décisions. Le seul objectif identifiable en la cause était celui de l'économie de traduction de ladite pièce. Cet objectif, pour louable qu'il soit, semble insuffisant à justifier une atteinte aux stipulations de l'acte de mission, y compris en l'absence de grief. Il en va de même concernant le choix de la loi applicable au contrat lorsque celle-ci a été déterminée par les parties. « L'arbitre n'a pas le pouvoir de substituer son propre choix à celui des parties, dès qu'il existe un choix exprès, clair et sans ambiguïté (...) »<sup>2</sup>, dès lors que d'autres impératifs ne justifient pas cette contravention à la chose convenue. La jurisprudence n'hésite pourtant pas à fermer les yeux sur certaines entorses faites par les arbitres à la volonté exprimée des parties. En effet, la règle « pas de nullité sans grief », protectrice de l'arbitrage, interdit qu'en l'absence de grief la nullité de la sentence pour défaut de respect de sa mission par l'arbitre soit prononcée. Une telle position participe manifestement du principe de l'efficacité de l'arbitrage mais semble à nouveau de nature à le couper de ses racines.

La néanmoins grande liberté dont jouissent les parties en matière de procédure s'explique notamment par l'absence de contraintes engendrées classiquement par la composante étatique de la justice. Le juge privé semble dès lors plus apte à être contraint que le juge étatique. La sollicitation de l'appareil étatique constitue probablement une des raisons pour lesquelles des restrictions sont apportées au libre choix des parties relativement à l'ouverture des voies de recours contre les sentences arbitrales.

#### b) Les limites tenant à la recherche de l'efficacité

496. *L'attraction du principe d'efficacité de l'arbitrage.* L'aspiration à l'efficacité de la justice arbitrale, dont le principe exerce une influence manifeste notamment sur la validité des conventions d'arbitrage, tend à coloniser d'autres aspects de cette justice si particulière. « Plus encore qu'auparavant, le droit français est tout entier tourné vers l'efficacité de l'arbitrage que rien ou presque ne doit venir entraver »<sup>3</sup>, pas même la volonté des parties. Dans certaines hypothèses, celle-ci peut certes lutter contre l'attraction quasi-irrésistible de l'efficacité, en précisant par exemple en matière internationale le refus des parties que la sentence puisse être rendue par le seul président du tribunal arbitral comme le prévoit pourtant l'article 1513 al. 3 du CPC. Dans d'autres cas cependant, la volonté des parties semble radicalement incapable de contrer la recherche d'efficacité de l'arbitrage.

Le domaine des voies de recours en est une illustration. Il apparaît que cette recherche de célérité et d'efficacité à l'œuvre en matière d'arbitrage soit à l'origine, du moins en partie, de certaines restrictions posées à la volonté des parties d'aménager la procédure arbitrale comme elles le souhaitent. La tendance s'oriente en effet manifestement vers une circonscription des

---

<sup>1</sup> CA Paris, 23 juin 2005 ; *RTD com.* 2007, p. 689, note E. Loquin : « De la bonne gestion de l'instance arbitrale par les arbitres » *préc.* ; dans le même sens, v. CA Paris, 1<sup>o</sup> ch. C, 27 juin 2002 ; *Rev. Arb.* 2003, p. 427, note C. Legros.

<sup>2</sup> P. Lalive : « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, p. 329, *sp.* p. 353.

<sup>3</sup> Th. Clay : « « Liberté, Égalité, Efficacité » : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage » première partie, *JDI*, n<sup>o</sup> 2, avr. 2012, doct. 4.

voies de recours au minimum acceptable et à l'application d'une approche sévère de leur admission, à tel point que certaines dispositions ont été qualifiées comme couvrant « des hypothèses quasiment irréelles »<sup>1</sup>. Ces voies de recours semblent être considérées comme un mal dont les sentences et partant, l'arbitrage dans son ensemble, pourraient se passer, et qui en tout cas ne devrait pas entraver l'application de la sentence initiale<sup>2</sup>. L'absence de voies de recours ou leur circonscription permet ainsi de réduire le délai nécessaire à l'obtention d'une décision définitive, assurant une efficacité accrue à l'arbitrage en termes de résultat. La réforme du droit français de l'arbitrage semble avoir complété l'œuvre de la jurisprudence en ce sens.

497. **La déchéance de l'appel en matière d'arbitrage interne.** En arbitrage interne, la réforme a renversé le principe selon lequel l'appel était, par défaut, possible, s'alignant sur la réalité de la pratique selon laquelle « la renonciation à l'appel est en réalité la règle, et (que) l'exercice de l'appel devant la juridiction étatique l'exception »<sup>3</sup>. Désormais, l'article 1489 du CPC fait de l'appel une simple option sur lesquelles les parties devront conventionnellement s'accorder, et ce qu'il s'agisse d'une décision rendue en droit ou en amiable composition. À défaut, la sentence rendue en matière d'arbitrage interne ne sera pas susceptible de recours réformation, uniquement du recours en annulation, en quelque sorte promu voie de recours naturelle de l'arbitrage.

498. **Voies de recours en matière d'arbitrage international.** En matière d'arbitrage international, l'appel mais également la révision des sentences<sup>4</sup>, avaient déjà été condamnés depuis longtemps. La jurisprudence a affirmé il y a plus de 20 ans que les parties ne peuvent valablement faire usage de leur liberté dans les procédures arbitrales pour modifier le régime des voies de recours ouvertes contre les sentences arbitrales<sup>5</sup> qui est impératif. Ainsi, dans une espèce où aucune des parties ne contestait la mise en œuvre de l'appel d'une sentence en matière d'arbitrage international, la Cour d'appel a d'office réputé non écrite la stipulation prévoyant cette procédure de réformation : « les procédures de contrôle des sentences rendues

---

<sup>1</sup> Th. Clay : « Liberté, Égalité, Efficacité » : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage » première partie, *JDI*, n° 2, avr. 2012, doct. 4, au sujet du refus d'exequatur de la sentence, qui ne peut être prononcé que « si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public » et qui doit être, en ce cas, motivé.

<sup>2</sup> En matière interne, l'effet suspensif des recours s'efface devant la possibilité pour l'arbitre de l'exécution provisoire (article 1496 du CPC) ; dans l'arbitrage international, le recours en annulation et l'appel de l'ordonnance d'exequatur sont plus radicalement encore considérés comme non suspensifs (article 1526 CPC).

<sup>3</sup> E. Loquin : « Perspective pour une réforme des voies de recours », *Rev. arb.* 1992, p. 321, *sp.* p. 324.

<sup>4</sup> Même si la jurisprudence avait adopté une position contraire en permettant un recours en révision en cas de fraude procédurale : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 25 mai 1992, n°90-18210, *Bull. civ.* I, n° 149, p. 101, *Fougerolle* ; *RTD com* 1992, p. 593, note J.-Cl Dubarry et E. Loquin ; *Rev. arb.* 1993, p. 3, note M. de Boissésou ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 699, note B. Oppetit ; *RTD civ.* 1993, p. 201, obs. R. Perrot ; sur ce sujet, v. Y. Derains : « La révision des sentences dans l'arbitrage international », in *Law of international business and dispute settlement in the 21st century. Liber amicorum Karl-Heinz Böckstiegel* Carl Heymanns Verlag, 2001, p. 165 ; D. Hascher : « La révision en arbitrage international » in *Autour de l'arbitrage. Liber amicorum Cl. Reymond. Litec*, 2004, p. 111 ; Th. Clay : « Le fabuleux régime du recours en révision contre les sentences arbitrales » in *Justice et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*. Dalloz, 2010, p. 651.

<sup>5</sup> CA Paris 1<sup>er</sup> Ch. C, 12 déc. 1989 ; *Rev. arb.* 1990, p. 862, note P. Level ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 avr. 1994, n° 92-16240 ; CA Paris, 27 oct. 1994, sur lesquelles *Rev. arb.* 1995, p. 263, note P. Level ; CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C., 19 oct. 2000 ; *Rev. arb.* 2004, p. 854 ; CA Paris 1<sup>er</sup> ch. C, 2 oct. 2003 ; *Rev. arb.* 2004, p. 859 ; CA Paris 16 oct. 2004 ; *Rev. arb.* 2004, p. 859 ; CA Paris 19 févr. 2004 ; *Rev. arb.* 2004, p. 859 ; et sur ces 4 décisions, *Rev. arb.* 2004, p. 877, note L. Jaeger ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 13 mars 2007, n° 04-10970, *Chefaro* ; *Bull. civ.* I, n°102 ; *D.* 2007, p. 949, obs. X. Delpéch ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 455, note D. Bureau ; *Rev. arb.* 2007, p. 499, note L. Jaeger ; *JCP* 2007. Act. 135, obs. J. Ortscheidt ; *PA.* 2007, n° 192, note S. Ben Reguiga ; *D.* 2008, p. 180, pan. Th. Clay ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 28 mai 2008, n° 04-13999 ; *Rev. arb.* 2008, p. 691, note D. Bureau.

en France en matière d'arbitrage international organisées par le nouveau Code de procédure civile ont un caractère impératif auquel les parties ne peuvent déroger, tout accord de leur part à cet égard (...) étant réputé non écrit »<sup>1</sup>. La réforme du droit français de l'arbitrage entérine cette solution « un peu sévère »<sup>2</sup>, et l'article 1518 du CPC condamne de manière générale et péremptoire tous les recours contre les sentences arbitrales internationales, à l'exception du recours en annulation. La règle confirme ainsi que l'appel est impossible contre ces sentences, tout comme la tierce opposition en matière d'arbitrage international<sup>3</sup>.

Deux hypothèses illustrent l'ascendant que tend à prendre le principe d'efficacité de l'arbitrage sur son fondement volontariste : l'impossibilité absolue, en droit français de l'arbitrage international, de faire appel d'une sentence internationale (1°) et la relative inutilité pratique des voies de recours contre celle-ci (2°).

#### 1° L'exclusion absolue de l'appel en matière d'arbitrage international

499. **Des raisons discutables.** Les voies de recours sont désormais fermement corsetées par les dispositions impératives. Ainsi « la volonté des parties, toute puissante en ce qui concerne le fonctionnement de la juridiction arbitrale, s'arrête au seuil de l'organisation judiciaire. C'est la *lex fori* qui fixe impérativement le régime des voies de recours »<sup>4</sup>. Pourtant les raisons d'une telle sévérité se défilent. Pourquoi refuser aux parties la faculté de prévoir l'appel d'une décision rendue en vertu d'un arbitrage international ? Une première raison invoquée, par le passé, en faveur de l'interdiction d'un tel appel-réformation des sentences issue d'un arbitrage international est celle de l'impossibilité du contrôle par le juge français de l'application d'une loi autre que la loi française au fond<sup>5</sup>, voire de la loi des parties établie dans le contrat. Un tel argument doit d'emblée être écarté dès lors qu'il est loisible aux parties à un contrat international de choisir la loi applicable au fond à leurs relations tout en choisissant les juridictions françaises pour appliquer une telle loi éventuellement étrangère.

Deux autres arguments pourraient justifier la position de la jurisprudence française en matière d'appel d'une sentence internationale. Le premier est la recherche d'efficacité de la justice arbitrale. En ne permettant, en aucun cas, l'appel d'une sentence internationale, le droit français accorde ainsi la certitude aux parties que, quelle qu'elle soit, la solution rendue par le tribunal arbitral sera définitive, sous réserve de son annulation, à laquelle les parties peuvent également renoncer. Il apparaît cependant assez étrange de considérer que l'efficacité de l'arbitrage soit à ce point déterminante, alors que les principes les plus singuliers de l'arbitrage dégagés de cette nécessaire efficacité et célérité de cette justice au stade de la formation de la juridiction, les principes compétence-compétence et compétence-investiture, peuvent faire l'objet, en vertu de l'article 1506 du CPC, d'un aménagement par les parties en matière d'arbitrage international.

Le second semble découler du caractère *a priori* inadapté d'un tel recours en raison de l'impossible contrainte sur les juridictions étatiques. Il a été avancé que l'appel d'une sentence

<sup>1</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C., 19 oct. 2000 ; *Rev. arb.* 2004, p. 854.

<sup>2</sup> Th. Clay : « Liberté, Égalité, Efficacité » : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage » deuxième partie, *JDI*, n° 3, juill. 2012, doct. 8.

<sup>3</sup> La tierce opposition est recevable en matière interne, v. *infra* n° 672.

<sup>4</sup> L. Jaeger, note sous, CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C., 19 oct. 2000, CA Paris 1<sup>er</sup> ch. C., 2 oct. 2003, CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C., 2 oct. 2003, CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C., 16 oct. 2003 et CA Paris 1<sup>er</sup> ch. C., 19 févr. 2004, *Rev. arb.* 2004, p. 877.

<sup>5</sup> En ce sens J. Robert et B. Moreau : *L'arbitrage. Droit interne et droit international privé.*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 1993, *sp.* n° 331, p. 292.

en matière d'arbitrage international serait contre-nature. Permettre aux parties de se réfugier dans le giron d'un juge étatique dès lors que la solution ne convient pas à l'une d'elles, réduisant ainsi l'arbitrage et ses spécificités procédurales à néant, ne serait pas conforme à la vocation de l'arbitrage international. Une telle position semble en effet s'accorder avec la nouvelle possibilité offerte aux parties d'exclure radicalement toute contestation au fond de la sentence.

Les parties disposent cependant de la faculté d'attribuer la compétence pour connaître de leur recours en annulation à la juridiction de leur choix<sup>1</sup> ou de soustraire à la juridiction qui a décidé l'annulation de la sentence la faculté de se prononcer sur le fond<sup>2</sup>, ce qui postule en faveur d'une possible contrainte, *a minima*, des juridictions étatiques. Les parties ne semblent cependant pas pouvoir imposer les règles de procédure particulière qu'elles auraient pu stipuler pour la procédure arbitrale initiale<sup>3</sup>. Le juge devra certes statuer dans les limites de la mission confiée au tribunal arbitral par la convention d'arbitrage, mais lui demander de se conformer aux règles de procédure établies par les parties ne semble pas envisageable hors des limites établies par la liberté toute relative dont elles jouissent pour modifier la procédure applicable devant les juridictions étatiques. De plus, l'article 1527 du CPC semble exiger que tant le recours contre l'ordonnance d'exequatur que celui tendant à l'annulation de la sentence arbitrale soient « formés, instruits et jugés selon les règles relatives à la procédure contentieuse » devant la Cour d'appel, ce qui exclurait l'immixtion de règles particulières d'origine conventionnelles à la procédure « classique » pratiquée par les juridictions d'appel<sup>4</sup>. L'ensemble de ces facteurs contribuerait à faire de l'appel porté devant les juridictions étatiques une « institution hybride contraire à l'esprit de l'arbitrage »<sup>5</sup> entraînant en effet, à défaut de convention contraire des parties, un rejugement par les juridictions étatiques, selon leurs règles propres. Il apparaît cependant que plusieurs pistes puissent être envisagées afin de surmonter ces obstacles posés à la volonté des parties de faire appel d'une sentence en matière internationale.

**500. Une problématique similaire en cas de recours en annulation.** Les objections développées au sujet de l'appel d'une sentence en matière d'arbitrage international sont susceptibles d'être transposées au recours en annulation porté devant les juridictions d'un état. De manière à éviter d'écartier totalement le recours en annulation qui semble contribuer à la poursuite d'une bonne justice, le Professeur E. Loquin proposait déjà d'aller jusqu'au bout du raisonnement : si le recours en annulation dévoie la volonté des parties en raison de l'application des règles de procédure étatiques, autant accepter que l'office du juge de l'annulation puisse être encadré par la volonté initiale des parties. « Une réforme possible pourrait être de consacrer encore plus l'autonomie de l'arbitrage judiciaire ainsi créé, en dispensant la Cour d'appel du respect des règles établies par les tribunaux, et ce par application

<sup>1</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C, 17 juin 2004, *Miss France* : « La délocalisation de la sentence en droit français de l'arbitrage international ne s'oppose pas à la possibilité de porter le recours en annulation par la voie d'une clause attributive de juridiction devant un autre juge que celui du siège » ; *Rev. arb.* 2006, p. 167, note T. Azzi ; *JDI* 2005, p. 1165, note E. Loquin ; *JCP* 2004, II, 10156, note G. Chabot ; *D.* 2006, pan. p. 3026, obs. Th. Clay.

<sup>2</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C, 3 mars et 6 nov. 1987 ; *Rev. arb.* 1991, p. 115, obs. J. Pellerin.

<sup>3</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 mai 1988, n<sup>o</sup> 86-18033, non-publiée ; *Rev. arb.* 1988, p. 645, note M.-Cl. Rondeau-Rivier ; Ph. Fouchard : « L'arbitrage judiciaire », in *Études offertes en l'honneur de P. Bellet*. Litec, 1991, p. 168, *sp.* p. 172, n<sup>o</sup> 12 ; E. Loquin : « Perspective pour une réforme des voies de recours », *Rev. arb.* 1992, p. 321.

<sup>4</sup> *V.* cependant pour un exemple en matière d'appel : CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C, 15 nov. 1991 ; *Rev. arb.* 1992, p. 643, obs. J. Pellerin.

<sup>5</sup> Selon les termes de E. Mezger : « L'arbitrage commercial et l'ordre public », *RTD com.* 1948, p. 611, *sp.* p. 613.

de l'article 1460 CPC, et en soumettant l'action à l'ensemble des règles du Code de procédure civile applicables à l'instance arbitrale. Ainsi serait respectée la volonté primitive des parties de soumettre leur litige à une procédure arbitrale, et non à une procédure judiciaire, tout en évitant la lourdeur d'un retour devant un nouveau tribunal arbitral »<sup>1</sup>.

Les parties pourraient au surplus disposer de la faculté de prévoir que le litige devant être « rejugé » donnera lieu à un examen non par une juridiction étatique, mais par une nouvelle juridiction arbitrale par exemple. L'article 1493 du CPC permet en effet aux parties de soustraire le rejugement de l'affaire à la juridiction étatique saisie du recours en annulation<sup>2</sup>, ce qui pourrait signifier que le réexamen de l'affaire pourrait être confié à un autre tribunal arbitral, avec de règles de procédure plus malléables. Dans cette hypothèse, la spécificité de toutes les composantes de l'arbitrage conventionnellement défini par les parties pourrait être respectée, et non seulement celle relative à la mission confiée à l'arbitre.

501. **La légitimité de l'interdiction de l'appel en matière d'arbitrage international.** Il semble dès lors légitime de s'interroger sur la validité des arguments en faveur de l'interdiction de la voie d'appel en matière d'arbitrage international. Est-il réellement nécessaire de contraindre à ce point la volonté des parties ? N'était-il pas envisageable de laisser à ces dernières la faculté de stipuler conventionnellement la possibilité de faire appel d'une sentence arbitrale ? On sait la perplexité qui entoure à l'époque moderne les recours et plus généralement le second degré de juridiction. Pour autant, est-il conforme à l'esprit de l'arbitrage de fermer de manière autoritaire et définitive la voie de la réformation aux plaideurs désireux d'y recourir ? Il nous apparaît en effet que le caractère impératif et limitatif des voies de recours ne se justifie pas. La volonté des parties est, en première ligne, contrecarrée par les considérations tenant à l'organisation judiciaire<sup>3</sup>, mais les justifications soutenant une telle position de principe se dérobent.

La position semble en réalité tenue non pas tant grâce à l'impossible contrainte des juridictions étatiques mais en raison du principe d'efficacité de l'arbitrage. Celui-ci impose que la sentence constitue une décision solide, insusceptible d'être remise en cause par un appel de convenance, au besoin en perdant « pourtant de vue la volonté des parties, composante essentielle de l'arbitrage, qui ont très bien pu subordonner leur consentement à l'arbitrage à la croyance, erronée, qu'elles pourraient ensuite bénéficier d'un second degré de juridiction »<sup>4</sup>. Une telle

---

<sup>1</sup> E. Loquin : « Perspective pour une réforme des voies de recours », *Rev. arb.* 1992, p. 321, *sp.* p. 346 ; le professeur Philippe Fouchard envisageait également cette application des règles de l'arbitrage au sein de l'institution judiciaire au sujet de l'amicable composition judiciaire : Ph. Fouchard : « L'arbitrage judiciaire », in *Études offertes en l'honneur de P. Bellet*. Litec, 1991, p. 167, *sp.* n° 67, p. 2000.

<sup>2</sup> Article 1493 du CPC : « Lorsque la juridiction annule la sentence arbitrale elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre, sauf volonté contraire de toutes les parties » ; il faut cependant noter que la jurisprudence apporte désormais à ce texte une exception qu'il ne comporte pas : lorsque la sentence est annulée sur le fondement de l'absence de convention d'arbitrage, le juge de l'annulation refuse de poursuivre le circuit initié sur la base de l'arbitrage : v. Cass. 1<sup>o</sup> civ., 6 mars 2013, n° 12-15375, *Deloitte* ; *D.* 2013, p. 716 ; *RTD civ.* 2013, p. 662, obs. Ph. Théry ; *Procédures* 2013, n° 5, comm. 151, note L. Weiller ; *Rev. arb.* 2013, p. 404, note J. Pellerin ; *JCP* 2013, n° 27, doct. 784, § 2, obs. J. Ortscheidt ; *Gaz. Pal.* 30 juin-2 juill. 2013, p. 21, obs. D. Bensaude ; *D.* 2013, p. 2936, obs. Th. Clay.

<sup>3</sup> T. Azzi, note sous CA Paris, 17 juin 2004, *Rev. arb.*, 2006, p. 167, *sp.* p. 181 : « Le caractère d'ordre public jusqu'à présent prêté aux règles relatives à l'organisation des voies de recours s'explique pourtant aisément. Le jeu de la volonté est paralysé par la *lex fori* du juge étatique, car il n'est plus tant question ici d'arbitrage que d'organisation judiciaire ».

<sup>4</sup> Ch. Seraglini et J. Ortscheidt : *Droit de l'arbitrage interne et international*. Montchrestien, 2013, *sp.* n° 934, p. 855.

position tend à faire de l'arbitre un juge infaillible quant au fond du droit, ne pouvant être désavoué que dans les cas graves susceptibles d'entraîner l'annulation de la sentence.

La vision adoptée par la jurisprudence française du principe d'efficacité, essayée dans tous les recoins du droit français de l'arbitrage international, empêcherait en toute hypothèse, même si l'appel des sentences arbitrales internationales était admis, que celui-ci puisse valablement constituer un obstacle à l'exécution de la sentence, rendant de fait les voies de recours inutiles.

2° L'inutilité pratique des voies de recours contre les sentences internationales en droit français

502. **La course à l'exequatur, rendant inutiles les voies de recours contre les sentences internationales.** La jurisprudence française est peut-être la plus fervente contributrice à l'emprise du principe d'efficacité de l'arbitrage. Le traitement qu'elle réserve aux sentences arbitrales internationales annulées dans le pays du lieu du siège de l'arbitrage est particulièrement instructif à cet égard, puisque la jurisprudence française a sur ce point adopté une position plus « autonomiste » que la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. La sentence arbitrale internationale étant une « décision de justice internationale »<sup>1</sup>, détachée de tout ordre juridique, l'annulation de celle-ci par une juridiction étrangère ne saurait faire obstacle à son exequatur en France. Cela revient en définitive à nier tout l'intérêt du recours contre la sentence arbitrale dès lors qu'il suffira à la partie dont la sentence attaquée est favorable d'en solliciter l'exequatur pour se mettre à l'abri d'une éventuelle sentence ou décision contraire à intervenir à la suite de l'annulation ou de la réformation de la première sentence. Le système français encourage ainsi une sorte de « course à l'exequatur » : par postulat, la sentence précédera la décision d'annulation rendue par un juge étatique, qui elle même précédera la sentence ou la décision au fond ayant vocation à remplacer la première sentence annulée. En définitive, la première sentence gagnera toujours la course, et les recours subséquents n'auront aucune utilité dans ces hypothèses, représentant une perte de temps et d'argent.

On peut ainsi questionner l'opportunité d'une telle solution, et sa potentielle extension aux hypothèses de réformation de la sentence par les juridictions étatiques et ce particulièrement à la lumière de la nouvelle faculté offerte aux parties de renoncer au recours en annulation. Si, en effet, les parties peuvent manifester leur volonté de ne pas permettre l'annulation de leur sentence, on peut admettre que si elles ne manifestent leur volonté en sens contraire, c'est qu'elles désirent conserver le recours en annulation devant le juge étatique sollicité. Si en pratique ce recours n'a aucun effet sur l'issue de la solution qui pourra être exécutée, la volonté des parties est ainsi désavouée au profit de l'efficacité des sentences arbitrales internationales.

L'arbitrage constitue néanmoins, sur le plan du choix des règles de procédure, un fabuleux halo de liberté pour les parties, dont la volonté peut modeler avec amplitude les caractéristiques procédurales. Certaines limites à la volonté des parties restent cependant très prégnantes en raison de l'objet même de cette volonté. La procédure, tant en matière arbitrale que judiciaire, est « au service d'une cause qui la dépasse et la transcende »<sup>2</sup> et ne saurait en conséquence faire l'objet d'une totale appropriation par les parties, dont la volonté conjointe est impuissante à remettre en cause les bases fondamentales de l'œuvre de justice. Certaines limites sont ainsi

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 29 juin 2007, n° 05-18053, *Putrabali préc.*

<sup>2</sup> S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand : *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*. Dalloz, 32<sup>e</sup> éd. 2014, n°946, au sujet de la restriction des nullités des actes de procédure.

imposées par la conception française du Juste et des prérequis procéduraux pour garantir une bonne Justice, grandement inspirés des principes fondamentaux d'un procès équitable. D'autres sont, en revanche, propres à l'arbitrage. L'influence du principe d'efficacité<sup>1</sup> de l'arbitrage contribue ainsi à réduire l'espace de liberté accordé aux parties, notamment en matière de voies de recours ou de respect des éléments procéduraux définis contractuellement par les parties. On peut s'interroger sur la compatibilité de ces solutions avec le fondement volontariste de l'arbitrage dès lors que le socle minimal nécessaire à la réalisation de la justice est assuré. À l'origine même de ce mode de résolution des conflits, la volonté des parties devrait probablement apparaître particulièrement respectée dans ces procédures. Les justifications aux entorses faites au principe de l'autonomie de la volonté des parties ne semblent pas toujours satisfaisantes, à tel point que semble légitime le questionnement relatif à la perte de considération de la volonté dans un processus qui lui doit pourtant son existence.

---

<sup>1</sup> Sur ce principe, v. L. Bernheim-Van de Castele : *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*. Préf. Th. Clay, Bruylant, 2012.



\*  
\*   \*  
\*

### *Conclusion du Chapitre 1*

503. ***Des conventions aux effets procéduraux marqués.*** Si elle est particulièrement vigoureuse dans la prévention du contentieux et dans l'organisation de son traitement par le contrat, la volonté des parties est loin d'être inefficace s'agissant d'aménager le traitement de celui-ci lorsqu'il apparaît inévitable. La volonté conjointe des parties peut en effet, une fois le litige survenu, utilement organiser son traitement amiable. Par la convention de procédure participative, la volonté des parties qui se manifeste à l'aube de l'instance leur permet de mener des discussions utiles en vue de régler le conflit sans perdre de temps précieux au stade d'une procédure postérieure éventuelle. La volonté des parties de régler à l'amiable leur différend bénéfique alors d'un cadre souple leur permettant de gérer leur conflit par les négociations sans cependant perdre de vue l'issue, le cas échéant, contentieuse de leur litige. La transaction, cet archétype de contrat permettant la clôture du contentieux survient alors à l'appui de la volonté des parties de mettre fin au litige qui les oppose. Le cadre offert par ce contrat spécial apparaît cependant dans certaines hypothèses trop contraignant pour la volonté des parties en raison du contrôle pressant opéré par le juge sur le contenu de leur accord. La volonté des parties semble alors reléguée au second plan et l'accent plutôt mis sur la recherche d'une solution proche de l'équitable que sur celle qu'ont souhaité se donner les parties.

504. ***Le pouvoir de la volonté des parties sur la procédure.*** Même lorsqu'il ne s'agit pas pour les parties de tenter de régler amiablement leur litige, leur volonté conjointe est de nature à influencer de manière déterminante certaines des modalités du contentieux. Elle jouissent d'une liberté assez étendue pour gérer le temps de l'action en justice, liberté qui semble bien plus restreinte lorsque leur volonté entre en conflit avec celle du juge pour la gestion du temps de l'instance. Les parties semblent également en mesure de modifier, par leur accord de volonté, certaines caractéristiques établies par défaut pour les procédures devant les juridictions étatiques. Elles peuvent ainsi dans une certaine mesure adapter certains principes de procédure devant les juridictions étatiques par leur accord de volonté, lequel ne saurait cependant attenter aux prérogatives propres du juge relativement à l'instance. De même, il apparaît que la volonté des parties soit insusceptible de modifier en profondeur les règles de procédure auxquelles le juge étatique est habitué à se conformer dans l'accomplissement de sa mission. La souplesse des procédures arbitrales tranche alors assez radicalement avec la relative rigidité démontrée par les règles contentieuses étatiques.

La liberté des parties apparaît, en effet, bien plus grande dans l'élaboration d'une procédure sur mesure en matière arbitrale en raison de l'apesanteur reconnue à l'arbitrage. Leur volonté semble relativement souveraine pour déterminer les règles de procédure et choisir la personne même du juge, sous réserve du respect de certains principes fondamentaux en l'absence desquels la procédure élaborée par les parties ne mériterait plus la qualification de justice. Le droit de l'arbitrage, libre de tout carcan étatique, paraît admettre tout aménagement de procédure qui n'attente pas aux principes fondamentaux d'un procès équitable. La volonté des parties apparaît susceptible de s'y déployer librement dès lors que le cœur de l'œuvre de justice n'est pas en cause.

505. ***La confrontation de la liberté des parties au principe d'efficacité.*** Un tel constat mérite cependant d'être nuancé. Le droit français de l'arbitrage impose en effet, sur certains points, des restrictions à la volonté des parties dont la légitimité semble pouvoir être mise en doute. Il en va ainsi relativement à l'organisation des voies de recours éventuelles contre les sentences

qui apparaissent, encore trop hermétiques à la volonté des parties<sup>1</sup> en raison de la préservation d'un principe particulièrement cher à l'arbitrage, celui de sa propre efficacité. Il apparaît alors légitime de se demander si la volonté des parties, à l'origine même de la justice arbitrale, devrait être susceptible d'être inféodée à un principe issu de cette justice contractuelle qui se révèle finalement étranger à la poursuite du Juste.

Indéniablement cependant, l'efficacité de l'arbitrage, très pragmatique, rapproche celui-ci d'une véritable technique de gestion du contentieux. Une telle gestion, se reflétant sur le temps et sur les moyens nécessaires à l'obtention d'une solution définitive et applicable, semble assez bien correspondre aux aspirations de certains opérateurs. Cette approche pragmatique des contentieux et de leur résolution peut cependant sembler justifier à tort certaines entorses à la volonté des parties et lui dénier, sans raison réellement valable, la faculté de marquer leur attachement à la qualité de la décision et à son caractère satisfaisant. Le pragmatisme de l'arbitrage, qui constitue par ailleurs une de ses grandes forces, mériterait ainsi peut-être de s'effacer lorsqu'il s'agit de donner effet à la volonté fondatrice des parties. La limitation du rôle de la volonté des parties en matière de procédure peut par ailleurs sembler quelque peu excessive au regard de la faculté pour les parties d'influer sur l'office du juge dans le traitement de leur contentieux.

## Chapitre 2 - La volonté commune et le juge

506. *Volonté des parties et position du juge.* Comme on le sait, le juge tient une place centrale dans la résolution des litiges. Sa position de tiers par rapport aux parties, chargé de trancher la contestation qui les oppose, incite à le représenter dans une posture verticale par rapport à ces dernières. Leur équidistance à l'égard du juge est assurée par l'application rigoureuse des règles de procédure et la position du juge, au sommet de la pyramide dont les parties constituent les coins de la base, semble immuable. L'office du juge ne représente cependant pas une donnée intangible du procès et est susceptible d'être modifié par la volonté des parties. Ces dernières peuvent en effet substantiellement déterminer le rôle que le juge va être amené à jouer dans la résolution de leur conflit. Parfois en amont du litige, parfois à l'aube de son traitement juridictionnel ou encore au stade de son dénouement, les parties peuvent influencer sur l'office du juge par la voie de ce qui peut être dénommé des « conventions de disposition processuelles »<sup>2</sup>, couramment rangées dans la catégorie large et protéiforme des « contrats judiciaires »<sup>3</sup>.

La force de telles conventions relatives à la mission du juge est, logiquement, bien plus importante en matière arbitrale que devant les juridictions étatiques. Il a ainsi été décidé, que

---

<sup>1</sup> Alors même que les parties peuvent aménager les modalités des recours à leur disposition : v. la décision *Miss France*, CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C, 17 juin 2004.

<sup>2</sup> Selon l'expression employée par le professeur Loïc Cadiet, notamment in L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp.* p. 537.

<sup>3</sup> L'expression de « contrats judiciaires » semble cependant restrictive de notre point de vue puisque ces accords touchent à la composante juridictionnelle du rôle du juge, qui n'est pas propre à la sphère judiciaire mais qui se déploie également en matière arbitrale. Estimer que l'accord devant les juridictions arbitrales constitue un contrat judiciaire apparaît quelque peu dérangeant.

sous certaines conditions<sup>1</sup>, les parties puissent imposer au juge certaines obligations relativement à la manière de remplir la mission que lui confient les parties<sup>2</sup> et donc empiéter sur son pouvoir d'organiser la procédure arbitrale qui a déjà été abordé plus haut. En ce sens, « les parties peuvent dessiner les contours de la mission des arbitres, dans la mesure où, ce faisant, elles ne portent pas atteinte à la nécessaire liberté minimum dont tout juge doit disposer pour exercer sa fonction de juge »<sup>3</sup>. Au delà de ces conventions susceptibles de modifier les modalités pratiques d'exercice de la mission de l'arbitre, les parties peuvent plus radicalement souhaiter définir le référentiel devant s'imposer au juge, que ce soit d'ailleurs en matière arbitrale ou en matière judiciaire, en définissant plus particulièrement le cœur même de sa mission et influençant en somme, d'un commun accord, le contenu de la décision à intervenir.

Le plus souvent, la fonction du juge au sein du procès civil est de trancher la contestation portée devant lui par les parties. Le juge sera cependant parfois sollicité dans un autre but. Il peut alors apparaître comme un instrument de réalisation de la volonté des parties, de « leur » justice. Ces deux « utilisations » du juge peuvent être scindées en fonction de l'attribution du juge qui va être impactée ou qui va faire l'objet d'une tentative d'appropriation par les parties : d'une part la *jurisdictio* sera susceptible de faire l'objet d'un aménagement par les parties qui peuvent, sous certaines conditions, délimiter l'office qu'elle souhaite confier au juge. D'autre part, c'est parfois l'*imperium* du juge que la volonté des parties pourrait leur permettre de s'approprier. La volonté des parties est ainsi susceptible d'affecter la manière dont justice sera rendue, que ce soit relativement à l'office du juge par rapport au droit (Section 1<sup>ère</sup>) ou par le détournement de son pouvoir juridictionnel vers la sphère contractuelle (Section 2).

### Section 1<sup>ère</sup> La détermination de la mission du juge par l'accord des parties

507. **La définition de la mission du juge.** L'article 12 du CPC joue un rôle central dans la détermination de l'office du juge. Il révèle l'accroissement de pouvoirs concurrents et incite à s'interroger sur la conception du Juste adoptée par le Code de procédure civile. Cet article précise en effet que sauf exception, le juge doit statuer en droit sur le litige qui lui est soumis et qu'il dispose, comme prolongement nécessaire, d'un pouvoir propre pour accomplir sa mission. Selon l'alinéa 2 de cette disposition, le juge doit « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Il dispose donc, implicitement, de la faculté de relever d'office les moyens de droit en sa qualité de « juge-providence ». La répartition classique du rôle des parties et du juge dans le procès civil, illustrée par l'adage *da mihi factum, dabo tibi jus*, n'empêche cependant pas les parties de contribuer à l'opération de qualification juridique et d'invocation des règles de droit propres à satisfaire leurs demandes, le code ayant, selon certains auteurs, établi un véritable « principe de coopération »<sup>4</sup> entre le juge et les parties. Cependant, « à la différence de l'apport du fait, l'apport de droit n'est ni, pour les parties, une charge à peine de succombance, ni, pour

---

<sup>1</sup> Tenant notamment aux modalités d'expression de telles obligations qui doivent résulter de clauses « expresses et précises » Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 mars 1988, n° 87-11520, *Sofidif*; *Bull. civ.* I, n° 64, p. 42 ; *Rev. arb.* 1989, p. 481, note Ch. Jarrosson.

<sup>2</sup> J. Billefont : *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*. Préf. Ch. Jamin, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit privé*, t. 549, 2013, *sp.* n° 586, p. 409.

<sup>3</sup> Ch. Jarrosson, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 mars 1988, *Rev. arb.* 1989, n° 16, p. 487.

<sup>4</sup> L. Cadiet : « L'avènement du nouveau Code de procédure civile - Le Code », in *Le NCPC : vingt ans après : actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997*. La documentation française, 1998, p. 45, *sp.* p. 64.

le juge, une restriction »<sup>1</sup>. Il revient ainsi au juge d'exercer son pouvoir sur la qualification des éléments dans le débat, de procéder à « la subsomption du fait sous le droit »<sup>2</sup> ou encore, de manière plus poétique, d'orienter le fait vers le droit « comme le tournesol vers le soleil »<sup>3</sup>.

508. **L'application du droit : une obligation ou une simple faculté pour le juge ?** Si le droit est l'« apanage »<sup>4</sup> du juge, la force avec laquelle celui-ci doit s'imposer à lui fait débat, et ce depuis bien longtemps. 20 ans après la promulgation du nouveau Code de procédure civile, il était déjà remarqué que « malgré la fermeté du principe, malgré sa tradition, la question des pouvoirs et devoirs du juge vis à vis du droit dans le procès civil *lato sensu* reste d'une belle actualité : il s'agit même d'une singulière actualité que celle qui perdure depuis des décennies avec une constance troublante »<sup>5</sup>. Le juge doit-il assurer l'exacte qualification et l'application du droit, ou n'est-ce pour lui qu'une faculté ? La qualification de réelle obligation pour le juge d'opérer cette « opération intellectuelle d'analyse juridique »<sup>6</sup> en toute circonstance apparaît douteuse et a par ailleurs fait l'objet de controverses doctrinales<sup>7</sup>.

Il semblerait en effet dangereux d'ériger les prescriptions de l'article 12 alinéa 2 du CPC en une véritable obligation insusceptible de nuance. « Une chose est de reconnaître la recherche de la règle applicable comme fonction naturelle du juge, autre chose de l'assortir d'une sanction implacable en offrant aux professionnels du pourvoi - quand ils n'ont rien d'autre à reprocher au juge, de pouvoir toujours lui reprocher de n'avoir pas exploré toutes les potentialités d'un système juridique dont la complexité, les incertitudes et la relativité ne sont pas niables »<sup>8</sup>. C'est la raison pour laquelle, lorsque les parties n'avaient pas proposé de qualification juridique dans le cadre de leurs prétentions, il était fait obligation au juge, sous peine de déni de justice, de qualifier les faits, puisque cette opération intellectuelle est un prérequis pour qu'il soit en mesure de statuer en droit<sup>9</sup>. En revanche, lorsque les parties ont proposé une qualification, le

---

<sup>1</sup> G. Cornu : « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, fragments d'un état des questions », in *Études offertes à P. Bellet*. Litec, 1991, p. 83, *sp.* p. 88.

<sup>2</sup> R. Martin : « Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Une question mal posée », *D.* 2005, p. 1444.

<sup>3</sup> M.-A. Frison-Roche : « Logique, hiérarchie et dépendance des sources du droit », in *D.* Bourcier et P. MacKay (dir.) : *Lire le droit. Langue, texte et cognition*. LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 121, *sp.* p.130.

<sup>4</sup> Selon l'expression du professeur Henri Motulsky : *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*. Sirey, 1948, n° 81, p. 83.

<sup>5</sup> Ph. Blondel : « Le juge et le droit », in *Le NCPC : vingt ans après : actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997*. La documentation française, 1998, p. 103, *sp.* p. 104.

<sup>6</sup> Selon la définition qui en est donnée par le professeur Gérard Cornu (dir.) : *Vocabulaire Juridique*. Association H. Capitant, Quadriga, PUF, 9<sup>e</sup> éd., 2011.

<sup>7</sup> J. Héron, obs. sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 févr. 1985 ; *JCP* 1988, II, 21030 ; M.-A. Frison-Roche, note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 nov. 1988, *D.* 1989, p. 609 ; en faveur d'un devoir du juge, v. R. Martin : « La règle de droit adéquate dans le procès civil », *D.* 1990, p. 163 ; G. Bolard : « L'arbitraire du juge », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à P. Drai*. Paris, Dalloz, 2000, p. 225, *sp.* p. 235, pour qui « la simple faculté laissée au juge de requalifier serait un pis-aller, lourd de menaces » ; v. *ég.* sur le sujet Ph. Blondel : « Le juge et le droit », in *Le NCPC : vingt ans après : actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997*. La documentation française, 1998, p. 103, *sp.* p. 154.

<sup>8</sup> G. Cornu : « Les principes directeurs du procès civil par eux mêmes, fragments d'un état des questions », in *Études offertes à P. Bellet*. Litec, 1991, p.83, *sp.* p. 90.

<sup>9</sup> La modification de l'article 56 du CPC par le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 devrait considérablement réduire ces hypothèses d'absence de qualification, mais pas les écarter totalement car si ce vice de forme (selon Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 juin 2013, n° 12-20929, non publiée; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 mars 2013, n° 12-12690, non publiée ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 mai 2012, n° 11-15604, non publiée). n'est pas soulevé par l'adversaire avant toute discussion sur le fond, l'irrégularité sera couverte. Par ailleurs, l'obligation imposée par l'article 56 CPC ne

juge ne bénéficierait alors que d'une simple faculté, et non d'une obligation, de requalifier les faits. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a en effet décidé que « si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes »<sup>1</sup>.

509. **Le juge au service d'une justice absolue ou d'une justice relative.** Une telle position révèle l'optique sous le prisme de laquelle doit être envisagé l'office du juge, découlant de la conception de la Justice déjà évoquée. Les options en question pourraient se résumer par les propositions suivantes : la conception absolue de la justice implique que, lorsqu'il doit statuer en droit, le juge doit s'approcher de la vérité au plus près, et ainsi nécessairement requalifier une qualification erronée des parties ou substituer le fondement juridique de la demande dès lors que le but recherché est identique. En revanche, la conception « relativiste » de la justice, au service des seules parties, imposerait que l'office du juge se limite à choisir, au sein des pistes proposées par les parties, la qualification proposée ou le moyen avancé qui sembleraient les plus proches de la vérité. L'opposition entre justice absolue ou relative refait ainsi surface. La prévalence de la composante accusatoire du procès civil, manifestée au premier plan par le principe dispositif, ainsi que les restrictions apportées à l'office du juge, parfois de sa propre initiative, dans la recherche de la vérité tendent à appuyer une conception relativiste du procès civil. À l'inverse, le respect par le juge, en toute hypothèse, de l'ordre public auquel il n'appartient pas aux parties de déroger appuie l'idée selon laquelle le juge est également le garant de la légalité et a pour mission de faire prévaloir le droit. Le balancement entre les deux extrêmes doit ainsi être réalisé : « le juge civil est à la fois le servent des plaideurs et le servent de la loi »<sup>2</sup>.

510. **Notion de Juste et protection des parties faibles.** La tendance intéressante observée en jurisprudence au sujet de la transaction selon laquelle la mission que le juge s'est octroyé est, dans certaines matières particulièrement, de dire le Juste postulerait en faveur d'un renforcement du rôle du juge<sup>3</sup>. Si le juge a acquis la faculté de relever d'office les dispositions du code de la consommation<sup>4</sup>, il n'eut pas été inenvisageable de lui imposer un véritable devoir de le faire, pas qu'a d'ailleurs franchi la jurisprudence communautaire<sup>5</sup>, et ce même si la question reste controversée en doctrine. Dans une conception « absolue » du Juste, au moins

---

concerne que l'assignation. Il est donc des hypothèses résiduelles dans lesquelles le juge aura l'obligation de qualifier.

<sup>1</sup> Cass. Ass. Plén., 21 déc. 2007, n° 06-11343 ; *Bull. Ass. Plén.*, n° 10 ; *Procédures* 2008, comm. 71, note R. Perrot ; *JCP* 2008, II, 10006, note L. Weiller ; *BICC* n° 680 du 15 avr. 2008, p. 18 ; O. Deshayes : « L'office du juge à la recherche de sens - à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », *D.* 2008, p. 1102 ; *JCP* 2008, I, 138, n° 9, obs. S. Amrani-Mekki ; *RDC* 2008, p. 327, obs. A. Bénabent, p. 435, obs. Y.-M. Serinet ; *Defrénois* 2008, n° 13, p. 1457, note E. Savaux ; G. Bolard : « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP* 2008, I, 156 ; J. Boré : « *Da mihi factum, dabo tibi jus*. – Une philosophie du procès toujours d'actualité ? », *JCP* 2009, 319.

<sup>2</sup> G. Bolard : « L'arbitraire du juge », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à P. Drai*. Paris, Dalloz, 2000, p. 225, *sp.* p. 227.

<sup>3</sup> *V.* en ce sens Cass. 1<sup>e</sup> civ., 9 juill. 2003, n° 01-11963 ; *Bull. civ.* I, n° 174, p. 136 ; *JCP* 2003, II, 10171, note R. Desgorces ; *PA* 30 juin 2004, n° 130, p.5, note H. Kenfack ; *D.* 2003, IR p. 2053, alors que l'hypothèse concernait le droit des assurances, entre deux professionnels.

<sup>4</sup> En vertu de l'article 141-4 du Code de la consommation, introduit dans le code par la loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008.

<sup>5</sup> Dans la décision *Pannon*, CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08 ; *D.* 2009, p. 2312, note G. Poissonnier ; *JCP* 2009, p. 336, note G. Paisant.

dans certains domaines réputés sensibles tels les litiges en matière de droit du travail ou de droit de la consommation, le juge pourrait être soumis à une véritable obligation de restituer leur juste qualification aux faits ou de soulever d'office des moyens de droit dès lors qu'une « partie réputée structurellement faible » est impliquée dans le litige.

Telle n'est pas la voie empruntée par la jurisprudence française, laquelle va parfois jusqu'à adopter des solutions à rebours d'un tel objectif de protection<sup>1</sup>. En effet, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation se prononce indubitablement en faveur d'une justice relative, le juge choisissant de requalifier ou de relever un moyen de droit à sa discrétion<sup>2</sup>. Un des commentateurs s'est ainsi demandé « si le juge dit encore le droit ou s'il ne fait pas que rendre un jugement arbitrant entre les prétentions des plaideurs. En injectant une dose supplémentaire d'accusatoire dans le procès civil, l'arrêt modifie le métabolisme judiciaire : de l'activité des magistrats naît une vérité relative et non absolue »<sup>3</sup>. L'étude de la jurisprudence ne permet pas de définir clairement les limites des pouvoirs et des devoirs du juge et des parties en la matière<sup>4</sup>. Cependant, la conception d'une justice « relative », au service des particuliers plus que de la stricte application du droit dans la société, est également appuyée par les facultés particulières dont disposent les parties à l'égard de l'office du juge en vertu des alinéas 3 et 4 de l'article 12 du Code civil qui constituent, selon la formule d'un auteur, un « hommage au rôle de la volonté des parties dans la définition de l'office du juge »<sup>5</sup>.

La volonté des parties est en effet susceptible d'affecter en profondeur l'office du juge, et plus précisément l'exercice de sa *jurisdictio*, par ce que des auteurs ont qualifié d'« actes processuels conventionnels de disposition »<sup>6</sup>. La loi attribue en effet à la volonté des parties la faculté de « s'ériger en maîtresse de l'application du droit »<sup>7</sup> dans certaines circonstances. L'accord des parties peut dans ces hypothèses imposer au juge le référentiel en vertu duquel il sera tenu de trancher leur différend. Cette faculté semble particulièrement intéressante dans la mesure où la volonté des parties semble dès lors susceptible d'écarter le droit édicté dans une perspective d'absolu dont le juge est le garant, pour lui confier une mission qui ressortit également de l'œuvre de Justice, mais d'une justice subjective et casuistique, reposant non sur la norme mais sur l'équité. Lorsqu'elles ne font pas le choix de l'équité, les parties disposent de la faculté d'imposer leur vision du litige au juge, en lui imposant, de concert, de négliger certains

---

<sup>1</sup> Ainsi le juge ne pourrait d'office requalifier un CDD en CDI (Cass. soc., 20 févr. 2013, n° 11-12262 ; *RLDC* 2013/104, p. 65, obs. C. Bléry ; Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 11-20135, non-publiée ; Cass. soc., 19 mai 2010, n° 08-42303, non-publiée.

<sup>2</sup> D'où un questionnement sur l'égalité des armes des plaideurs, sur lequel *v. not. BICC* n° 680 du 15 avr. 2008, p. 18, *sp. p.* 32.

<sup>3</sup> O. Deshayes : « L'office du juge à la recherche de sens - à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », *D.* 2008, p. 1102, *sp. n°* 29.

<sup>4</sup> C. Bléry : « Office du juge : entre activité exigée et passivité permise – Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile », *Procédures* 2012, n° 11, ét. 6.

<sup>5</sup> L. Cadet : « Les accords sur la juridiction dans le procès », *in* M.-Cl. Rivier et P. Ancel (dir.) : *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*. Economica, coll. Études juridiques, vol. 10, 2001, p. 34, *sp. p.* 45.

<sup>6</sup> Par opposition aux « conventions d'administration processuelle » : L. Cadet : « Les accords sur la juridiction dans le procès », *in* M.-Cl. Rivier et P. Ancel (dir.) : *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*. Economica, coll. Études juridiques, vol. 10, 2001, p. 34, *sp. p.* 48 et *s.* ; L. Cadet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp. p.* 537 ; il convient de souligner que les auteurs ont intégré dans cette catégorie d'accord ayant trait au procès les hypothèses d'accord des parties portant sur le double degré de juridiction de l'article 41 du CPC. Nous avons fait le choix d'aborder cette faculté des parties séparément au titre de la maîtrise du temps judiciaire par les parties, *v. supra* n° 437.

<sup>7</sup> G. Cornu et J. Foyer : *Procédure Civile*. PUF, 3<sup>e</sup> éd., 1996, *sp. p.* 447.

aspects du litige et ainsi de se satisfaire d'une vérité parcellaire, enserrant ses pouvoirs dans des limites définies par elles.

Tantôt sublimant la place occupée par le juge dans la résolution des conflits en ménageant l'expression de sa propre volonté (§1<sup>er</sup>), tantôt restreignant ses pouvoirs en lui imposant leur définition conventionnelle du Juste et du Vrai (§2), la volonté des parties s'exerce encore avec une certaine force au cœur du procès, une fois amorcée l'œuvre juridictionnelle.

§1<sup>er</sup> L'amiable composition ou l'expression déguisée de la volonté du juge

511. **Le juge et l'expression de la volonté générale.** « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». L'article 12 alinéa 1 du CPC pose clairement le principe selon lequel le juge doit statuer en droit. Le même principe vaut également pour l'arbitrage<sup>1</sup>. Le droit, qui dicte au juge la solution tranchante à apporter, de manière autoritaire, au conflit qui lui est soumis par les parties, garantit en effet l'égalité des citoyens devant la Justice, une égalité stricte rendant prévisibles les solutions aux conflits les plus typiques<sup>2</sup>. Les juges idéaux seraient ainsi, selon Montesquieu, « la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »<sup>3</sup>. Cette vision presque arithmétique du juge, équivalant à résumer son office par le signe égal dans une équation, implique la soumission totale du pouvoir judiciaire au pouvoir législatif, et un assujettissement presque aveugle à la volonté générale que celui-ci représente, en rejetant toute spécificité d'espèce, toute incidence de l'équité, généralement considérée comme à l'origine « d'un risque constant d'imprévisibilité et d'insécurité »<sup>4</sup>.

512. **Syllogisme et décision de justice.** Si la Cour de cassation censure invariablement les décisions se référant à l'équité lorsque le juge est tenu de statuer en droit<sup>5</sup>, le processus d'élaboration d'une décision de justice, tel que rapporté du moins par certains de ses acteurs, diffère sensiblement du cheminement vertical supposé être opéré par le juge entre le droit pur et absolu tel que transmis par les textes et les faits constituant l'aspect tangible du litige. Le rapport que nourrit le juge avec le droit et le fait semble en effet plus complexe et la chronologie logique impliquée par le syllogisme juridique rigoureux peut en sembler purement et simplement inversée : « quelle est la démarche des juges étatiques dans leur délibéré ? C'est d'abord l'équité qu'ils recherchent. Pénétrant dans leur Chambre du Conseil après avoir entendu les avocats, ils se réunissent. Chacun d'eux suggère la solution qui lui paraît supportable pour chacune des parties, la solution qui lui paraît équitable : ils recherchent d'abord cette solution équitable et ensuite seulement ils vérifient si elle est compatible avec les règles de droit »<sup>6</sup>. « Le jugement d'équité (...) qui, lui-même, ne croit pas pouvoir devenir

<sup>1</sup> Selon l'article 1478 du CPC : « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition ».

<sup>2</sup> Montesquieu loue ainsi la « fixité » des jugements : « les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte » : *De l'esprit des lois*. Flammarion, 2008, Livre XI, chap. VI, p. 247.

<sup>3</sup> Montesquieu : *De l'esprit des lois*. Flammarion, 2008, Livre XI, chap. VI, p. 252.

<sup>4</sup> Ph. Malaurie : *Introduction générale*. Cujas, 2<sup>e</sup> éd. 1994, n° 39 p. 36.

<sup>5</sup> V. sur le sujet Ch. Albiges : *De l'équité en droit privé*. Préface R. Cabrillac, LGDJ, 2000, *sp.* n° 157 et s., p. 96 et s.

<sup>6</sup> J. Vassogne : « L'amiable composition et le contrat », *Rev. arb.* 1984, Débats, p. 278 ; en ce sens également, v. J. Carbonnier : *Introduction*. PUF, coll. « Thémis », 27<sup>e</sup> éd. 2002, *sp.* n° 9, p. 36 : « bien souvent, à l'inverse du syllogisme classique, où ils devraient descendre de la règle de droit à la décision concrète, ils

règle »<sup>1</sup> serait ainsi dans les faits moins exceptionnel qu'il n'y paraîtrait à la lecture des principes consacrés en théorie du droit.

513. **La prévalence du droit sur l'équité.** Deux remarques viennent à l'esprit à la lecture de ce témoignage du premier président de la Cour d'appel de Paris, appuyé par les constatations de nombre d'auteurs. D'une part, la référence finale à la compatibilité avec les règles de droit indique bien que les juges recherchent l'adéquation de l'équité avec le droit pouvant motiver leur solution sans encourir le reproche de fonder leur décision sur l'équité, dont la Cour de cassation a rappelé qu'elle n'est ni une source du droit<sup>2</sup>, ni une règle de droit<sup>3</sup>. Pour autant, en l'absence d'intersection entre le chemin tracé par le pur droit et le sentier peu rectiligne emprunté au cas par cas par l'équité, le pur droit devra nécessairement prévaloir, et ce même si la solution dégagée par la règle confine à l'injuste. La prévalence du droit sur l'équité est ainsi assurée, de manière systématique, par la Cour de cassation. D'autre part, il semble dès lors possible de reconnaître une position ambivalente dans ce système niant farouchement l'équité, alors que non seulement elle est tapie dans l'ombre de nombreux jugements voire à l'origine de certaines figures juridiques<sup>4</sup>, mais que de surcroît le législateur reconnaît parfois, et désormais de plus en plus fréquemment, sa vertu en suggérant expressément au juge de s'y référer dans certaines hypothèses<sup>5</sup>.

514. **La référence, par la loi, à l'équité.** Parfois en effet la loi elle-même confie au juge « le pouvoir exorbitant d'écarter, au nom de l'équité, l'application normale du droit strict dans le cas qui lui est soumis »<sup>6</sup>. L'équité serait ainsi, en quelque sorte, un pilier essentiel de l'œuvre de justice, qu'il faudrait cependant, la plupart du temps, tenir cachée : « Éminence grise du droit, elle est soumise à un principe de discrétion qui lui impose, pour jouer son rôle, de ne prétendre

---

commencent par poser la décision concrète qui leur paraît humainement désirable, et s'efforcent de remonter ensuite jusqu'à une règle de droit. C'est le *syllogisme régressif*. Les choses ont toujours dû se passer ainsi, depuis des millénaires qu'il y a des juges, et qui pensent. À voiler ce processus psychologique, on s'exposerait, dès le départ, à prêter au droit une rigidité qui n'est pas dans les faits » ; L. Cadiet : *Découvrir la justice*. Dalloz, 1997, *sp.* p. 34 ; sur le sujet, v. Ch. Albiges : *De l'équité en droit privé*. Préface R. Cabrillac, LGDJ, 2000, *sp.* n°192 et *s.*, p. 118 et *s.*

<sup>1</sup> J. Carbonnier : *Introduction*. PUF, coll. « Thémis », 27<sup>e</sup> éd. 2002, n° 9, p. 35.

<sup>2</sup> « L'équité n'est pas une source de droit » a affirmé la Chambre sociale de la Cour de cassation : Cass. soc. 4 déc. 1996, n° 94-40693 et 94-40701 ; *Bull. civ.* V, n° 421, p. 304 ; *JCP* 1997, I, 4064, n° 11, obs. L. Cadiet ; *RTD civ.* 1998, p. 221, obs. N. Molfessis.

<sup>3</sup> L'équité n'est pas une règle de droit, v. Cass. soc. 11 mai 1994, n° 91-40275 ; *D.* 1995, p. 626, note C. Puigelier ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 22 mars 1995, n° 93-14590 ; *Bull. civ.* III, n° 78, p. 52 ; *Procédures*, mai 1995, p. 1, obs. R. Perrot ; *Gaz. Pal.* 1996, somm. 244, obs. H. Croze et Ch. Morel ; Cass. com. 16 avr. 1996, n° 93-20664 ; *CCC* 1996, n°7, 122, p. 7, obs. L. Leveneur ; *Gaz. Pal.* 1996, somm. 399, note A. Perdriau.

<sup>4</sup> Elle serait en effet à l'origine de la règle « *contra non valentem agere non currit praescriptio* », mais plus topiquement encore de la théorie de l'enrichissement sans cause : v. Ch. Albiges : *De l'équité en droit privé*. Préface R. Cabrillac, LGDJ, 2000, *sp.* n° 69 et *s.*, p. 41 et *s.*

<sup>5</sup> C'est notamment le cas pour la modération de la clause pénale et pour l'attribution de délais de grâce, déjà envisagés *supra*, ainsi qu'en matière matrimoniale avec les articles 278 alinéa 2 et 1579 du Code civil notamment, ainsi qu'en cas d'amélioration du bien indivis par un des indivisaires ou encore en matière de mise à la charge des frais de l'article 700 du CPC notamment ; sur le sujet, v. les développements de Ch. Albiges : *De l'équité en droit privé*. Préface R. Cabrillac, LGDJ, 2000, *sp.* n°310 et *s.*, p. 206 et *s.* Par ailleurs, un des fers de lance de l'interprétation créatrice de ces dernières années, particulièrement par la Cour de cassation, n'est-il pas l'article 1135 du Code civil, qui dispose que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » ?

<sup>6</sup> G. Cornu : « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, fragments d'un état des questions », in *Études offertes à P. Bellet*. Litec, 1991, p. 83, *sp.* p. 89.



jamais à l'avant-scène »<sup>1</sup>. La distinction entre le modèle du pur droit ayant vocation à embrasser toutes les situations indifféremment et celui d'un droit casuistique et souple semble dès lors bien plus vigoureuse théoriquement que pratiquement. Selon P. Bellet, « les juges du fond ont un moyen indirect et plus ou moins secret de faire cependant de l'équité : (...) ils interprètent souverainement les faits de la cause, et (...) ils peuvent, en vue d'aboutir au résultat qu'ils estiment juste, adopter l'interprétation nécessaire »<sup>2</sup>. Toujours est-il que l'idée, héritée de la révolution française, selon laquelle « le juge ne saurait, sans forfaiture, substituer sa volonté à la volonté générale qu'il appartient à la seule représentation nationale d'exprimer »<sup>3</sup>, si elle a subi quelques altérations au fil des évolutions de la société, reste le principe sur lequel repose le système républicain français.

515. **La mise à l'écart du droit pur en faveur de la volonté du juge.** Les parties peuvent souhaiter s'abstraire du droit pur, conçu comme un droit rigide ne permettant pas systématiquement l'atteinte du Juste, pour lui préférer un droit plus souple se rapprochant de l'idée de justice distributive et donner ainsi, par un accord de volonté, une place essentielle à la volonté du juge. Libérée des contraintes que le droit pur peut faire peser sur la mission du juge, celle-ci s'apparente, dans l'amicable composition, plus à une œuvre de volonté qu'à une exploitation rationnelle de logique juridique<sup>4</sup>. Les parties peuvent ainsi changer le référentiel auquel le juge devra se référer pour trancher leur contestation, lui enjoignant de prononcer sa décision en vertu non de normes extériorisées par le droit positif mais de sa conception intime du Juste appliquée au cas d'espèce. Il a pu être observé que l'amicable composition « estompe l'affrontement entre les parties »<sup>5</sup>, lesquelles remettent en quelque sorte l'argumentation tranchante en droit pour lui préférer la recherche de l'équitable. En s'abandonnant à l'équité du juge amiable compositeur, les parties font ainsi le choix d'une justice libérée du carcan parfois trop rigide constitué par les normes dont l'application pourrait résulter en une solution injuste au cas d'espèce, laissant à l'homme que constitue le juge le soin de dévoiler une solution conforme à sa justice subjective<sup>6</sup>. Pour autant, même en équité, le juge ne saurait faire entièrement fi du droit positif. Sa mission n'est pas, en effet, de se prononcer dans une équité absolue, en totale « apesanteur juridique »<sup>7</sup>, mais de corriger les effets éventuellement iniques que pourrait engendrer une application démesurément rigoriste des règles de droit. Ce pouvoir

<sup>1</sup> N. Molfessis, obs. sous Cass. soc. 4 déc. 1996, *RTD civ.* 1998, p. 221.

<sup>2</sup> P. Bellet : « Le juge et l'équité », in *Mél. R. Rodière*. Dalloz, 1981, p. 9, *sp.* p. 11.

<sup>3</sup> J. Foyer : « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 16, 1981, p. 20 et 21.

<sup>4</sup> À l'origine cependant il semble que l'amicable composition par le juge était conçue non pas comme l'expression de l'équité, mais comme une œuvre pacificatrice par le juge qui devait amener les parties à la concorde. En ce sens l'amicable composition se rapprochait alors de la pratique de la conciliation le cas échéant effectuée par le juge au sein du procès civil ; sur les origines de l'amicable composition, v. J.-P. Viennois : « L'amicable », *RGDP*, 1999, p. 471, *sp.* p. 480 et E. Loquin : *L'amicable composition en droit comparé et international, Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*. Préf. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, Litec, 1980, *sp.* n°5, p. 13.

<sup>5</sup> E. Loquin : *L'amicable composition en droit comparé et international, Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*. Préface Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Paris, Litec, 1980, *sp.* n° 112, p. 68, qui démontre que nonobstant ce rapprochement des parties, la décision rendue en amiable composition est de nature juridictionnelle.

<sup>6</sup> Une définition en ce sens a été apportée dans une formulation claire par une décision du TGI de Paris : « en conférant au Tribunal le pouvoir d'amicable composition, les parties ont manifesté leur volonté de voir trancher leur litige non pas en application des seules règles de droit mais aussi d'obtenir une solution équitable et acceptable par une adaptation, s'il y a lieu, du droit à l'ensemble des circonstances de fait régissant les rapports des parties » : TGI Paris, 27 mai 1987 ; *Rev. arb.* 1987, p. 521, note G. Flécheux.

<sup>7</sup> L. Cadiet, obs. sous Cass. soc. 4 déc. 1996, *JCP* 1997, I, 4064, n° 11.

modérateur du juge semble ainsi dans cette hypothèse non pas ajuridique, mais supra juridique, puisque fondé sur l'application de la loi. Le juge devra, par l'équité, elle qui « apporte une épaisseur humaine à des règles dont la propension à l'abstraction est importante »<sup>1</sup>, s'élever au dessus des prescriptions édictées par la volonté générale pour délivrer sa propre appréhension du Juste.

516. **La confiance en l'Homme.** Ce recentrage sur l'Homme qu'opère l'amiable composition pourrait expliquer le plus grand succès que semble connaître cette mission d'équité dans le cadre de l'arbitrage<sup>2</sup>, par comparaison à celui que cette faculté rencontre dans le cadre judiciaire, pourtant instituée pour concurrencer l'institution arbitrale. La faculté, déjà évoquée, pour les parties de choisir la personne qui sera amenée à déterminer la solution à leur conflit dans l'arbitrage semble à cet égard déterminante<sup>3</sup> et démontre que s'agissant de décisions en équité, les qualités du juge appelé à trancher sont essentielles, alors qu'en droit, la personne du juge semble indifférente. L'Homme et sa conscience remplaçant alors le droit au centre de la décision, sa conception du Juste revêt dès lors une importance capitale. Or, même s'il était permis, dans le cadre judiciaire, aux parties de se libérer, dans une certaine mesure, des règles de compétence en matière d'amiable composition<sup>4</sup>, il ne semble pas évident qu'elles auraient véritablement la faculté de « choisir » leur juge ou de se constituer un tribunal arbitral sur mesure. La faculté de choix qu'offre l'arbitrage par rapport à l'amiable composition judiciaire est probablement un des facteurs du peu de succès de cette formule hybride dont l'équilibre entre contrainte étatique et liberté semble instable. L'utilisation plus fréquente de l'amiable composition dans les procédures arbitrales s'explique par ailleurs probablement par le moment auquel ce choix peut être effectué par les parties, même si d'autres causes peuvent être avancées pour justifier son peu de succès devant les juridictions étatiques auprès des plaideurs<sup>5</sup>. Après avoir déterminé les conditions dans lesquelles les parties peuvent confier au juge le rôle d'amiable compositeur (A), que ce soit en arbitrage ou devant les juridictions étatiques, il conviendra de cerner avec plus de précisions quel est le référentiel du juge dans cette hypothèse (B).

---

<sup>1</sup> B. de Belval : « Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit », *Gaz. Pal.* n° 127-129, 6 mai 2012, p. 11.

<sup>2</sup> Probablement car l'amiable composition se rapproche de la forme originelle d'arbitrage dont il ne s'est jamais totalement départi ; v. Ch. Jarrosson : *La notion d'arbitrage*. Préface B. Oppetit, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1987, *sp.* p. 312 : « Il y a toujours eu dans l'arbitrage une idée d'équité, un état d'esprit transactionnel. En un mot, il se pourrait bien que l'amiable composition soit en quelque sorte inhérente à l'arbitrage ».

<sup>3</sup> En faveur de la possibilité de laisser aux parties le choix de l'amiable compositeur judiciaire, v. J.-P. Brouillaud : « Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire », *D.* 1997, p. 234, n° 20 et s ; P. Estoup : « Une institution oubliée : l'arbitrage judiciaire », *Gaz. Pal.* 1986, II, Doctr., p. 620 (qui retient par ailleurs une possibilité d'appel, et ce en droit...) ; Ph. Fouchard : « L'arbitrage judiciaire », in *Études offertes en l'honneur de P. Bellet*. Litec, 1991, p. 167, *sp.* p. 197, n° 58 ; P. Bellet : « Le juge-arbitre », *Rev. arb.* 1980, p. 394, *sp.* p. 405 ; Pour le professeur Roger Perrot, « il faut un rapport de confiance personnelle entre les plaideurs et l'arbitre et aussi longtemps que l'on n'aura pas franchi le cap, je crains fort que l'article 12 reste à l'état végétatif » (R. Perrot : intervention *Rev. arb.* 1980, p. 407).

<sup>4</sup> « La question la plus délicate » est abordée par le professeur Gérard Cornu : « Le juge-arbitre », *Rev. arb.* 1980, p. 373, *sp.* n° 51, p. 388.

<sup>5</sup> J.-P. Brouillaud : « Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire », *D.* 1997, p. 234 : « Certaines des causes de l'échec de l'art. 12, al. 4, NCPC sont d'ordre sociologique : déficit d'information, ignorance des plaideurs, peur de la nouveauté, méfiance devant l'inconnu... ».

## A. Les conditions de l'amicable composition

517. **La disparité du succès de l'amicable composition en matière judiciaire et arbitrale.** « L'attrait exercé par l'amicable composition sur les esprits est indéniable ; il s'explique ; il s'explique d'abord par l'aspiration profonde de l'âme humaine à l'Équité et l'Idéal de Justice et par la conviction que la rigueur des préceptes les mets parfois, pour ne pas dire souvent, en contradiction avec cet idéal »<sup>1</sup>. L'amicable composition judiciaire, conçue à l'origine comme un rapprochement de l'arbitrage, n'a cependant pas connu le succès que ce dernier rencontre. L'amicable composition devant les juridictions étatiques apparaît comme un phénomène tout à fait marginal qui n'a pas séduit les praticiens, probablement en raison de son statut de simple « curiosité juridique »<sup>2</sup>. Cette tentative d'attirer les justiciables devant les juridictions étatiques par le rapprochement de la procédure à celle possible en arbitrage ne consacrait en définitive que peu des avantages offerts par l'arbitrage. En l'occurrence, rapidité, confidentialité et souplesse de ce mode de résolution juridictionnel des conflits sur mesure continuent de faire défaut à la procédure judiciaire. À ces défauts classiques s'ajoutent, concernant l'amicable composition, plusieurs facteurs, dont certains dérivent notamment des conditions plus restrictives posées en matière d'amicable composition judiciaire susceptibles d'expliquer le succès modeste de cette formule devant les tribunaux étatiques.

518. **La condition de la libre disponibilité des droits.** La volonté des parties doit répondre à plusieurs conditions afin de pouvoir confier la mission d'amicable compositeur au juge chargé de leur litige. Tout d'abord, les parties doivent avoir la libre disposition des droits en cause. Cette condition revêt bien peu d'importance en arbitrage, puisque la libre disposition des droits est un prérequis au recours à cette procédure juridictionnelle. Il est par ailleurs aisément compréhensible que cette condition soit posée également pour l'amicable composition réalisée au sein de la justice étatique car les droits indisponibles sont ceux susceptibles d'affecter non pas les seuls intérêts privés des parties, lesquels méritent par ailleurs d'être protégés par la rigueur de la loi dans certaines hypothèses, mais la société dans son ensemble. Or, en s'abstrayant du droit pur pour régler leur différend, les parties se placent d'une certaine manière à la marge du droit qui doit s'appliquer à tous. L'amicable composition sur ces droits indisponibles exclurait, d'une certaine manière, les parties au conflit des liens les plus forts constituant les règles fondamentales gouvernant la société.

La condition de libre disponibilité des droits en cause est commune aux juridictions judiciaires et arbitrales. En revanche, la forme que doit revêtir l'accord des parties (1°), ainsi que la condition relative au moment auquel ce choix peut être exprimé par elles (2°) diffère entre les deux modalités d'exercice du pouvoir juridictionnel, pour des raisons qui mériteront par ailleurs d'être éprouvées.

### 1° L'exigence de forme relative à l'accord d'amicable composition

519. **Formalisme en matière judiciaire, liberté en matière arbitrale.** Dans les procédures judiciaires, l'amicable composition, également appelé arbitrage judiciaire en hommage à ses

---

<sup>1</sup> H. Motulsky : *Ecrits t. II : études et notes d'arbitrage*. Préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, Dalloz, 1974, *sp.* p. 34. Cependant selon l'auteur, l'amicable composition doit jouer un rôle essentiellement correctif et ne pas être considérée comme une méthode de décision à part entière.

<sup>2</sup> P. Hébraud : « Observations sur l'arbitrage judiciaire », in *Mélanges dédiés à G. Marty*. Univ. Sc. Soc. Toulouse, 1978, p. 635, *sp.* p. 661.

origines<sup>1</sup>, nécessite un accord exprès. L'exigence est contenue dans l'alinéa 4 de l'article 12 qui établit la faculté pour les parties d'exercer ce choix, par référence à la forme prescrite dans l'alinéa précédent pour que les parties puissent lier le juge par leur qualifications et points de droit. La Cour de cassation veille à ce que ce formalisme soit respecté<sup>2</sup>, manifestant l'importance et la gravité que le législateur attribue à la renonciation des parties à l'application non assouplie des règles de droit, et donc à la prévisibilité de la solution. Ce choix pourra ainsi valablement être exprimé dans une requête conjointe, dans un accord des parties relatif à l'instance ou devant le juge, mais la jurisprudence refuse de considérer des conclusions concordantes des parties comme remplissant la condition d'un accord exprès<sup>3</sup>.

Une telle exigence ne ressort pas des dispositions sur l'arbitrage, lequel semble, en matière internationale, désormais totalement libéré de tout formalisme. La réforme de l'arbitrage a en effet modifié la lettre de l'article 1474 du CPC qui traitait de la mission de l'arbitre et qui exigeait que le choix des parties s'exprime dans la convention d'arbitrage<sup>4</sup>. Or, à l'origine, les conventions d'arbitrage internes et internationales devaient être écrites. La jurisprudence avait par la suite libéré la clause d'arbitrage international de ce formalisme, mais la validité de la clause d'arbitrage interne y restait et reste aujourd'hui soumise. Dès lors, l'accord des parties sur l'amicable composition devrait ainsi nécessairement être formalisé par écrit dans la convention d'arbitrage en matière interne alors qu'il serait libre de tout formalisme en matière internationale.

## 2° L'inexplicable divergence sur le moment du choix

520. ***L'influence du moment du choix.*** Le moment auquel peut s'exprimer le choix des parties d'opter pour l'amicable composition plutôt que pour le tranchant du droit revêt une importance certaine. Les prédispositions des parties à l'égard d'un conflit à venir ou d'un différend né et actuel ne sont pas identiques : le conflit naît le plus souvent d'une divergence de points de vue sur une situation donnée et d'une opposition d'intérêts relativement à cette situation. La partie qui intentera une action en justice aura l'impression « d'être dans son droit » et souhaitera dès lors faire appliquer celui-ci pour obtenir satisfaction. Dans un cadre contractuel, les négociations entre les parties en situation conflictuelles sont ainsi nécessairement plus ardues que celles susceptibles d'avoir lieu en amont du conflit, lorsque les éventuels partenaires recherchent à déterminer les modalités de leur coopération constructive.

---

<sup>1</sup> J.-P. Brouillaud : « Plaidoyer pour une renaissance de l'amicable composition judiciaire », *D.* 1997, p. 234.

<sup>2</sup> Excluant toute « demande tacite », v. Cass. soc., 20 mars 1996, n° 93-19471 ; *Bull. civ.* V, n° 104 p. 71 ; *JCP* 1997, I, 3989, n° 17, obs. L. Cadet et II, 22835, note Y. M. Serinet ;

<sup>3</sup> Une telle solution a été posée au sujet de l'accord procédural relativement à la liaison du juge sur les qualifications et points de droits de l'alinéa 3 mais l'alinéa 4 imposant la même exigence, la solution semble devoir être transposée à l'accord d'amicable composition : « une simple concordance entre les conclusions des parties ne constitue pas l'accord exprès par lequel celles-ci peuvent en vertu de l'article 12 du Nouveau code de procédure civile, lier le juge par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat » : Cass. 3° civ., 10 oct. 1979, n°77-15737 ; *Bull. civ.* III, n° 175 ; Cass. 1° civ., 27 oct. 1992, n° 91-10054 ; *Bull. civ.* I, n° 261, p. 171 ; *JCP* 1993, IV, 10 ; Cass. 2° civ., 14 sept. 2006, n° 05-10086 ; *Bull. civ.* II, n°217, p. 207 ; *Procédures* 2006, n° 229, obs. R. Perrot ; *D.* 2007, pan. 1382, obs. P. Julien.

<sup>4</sup> L'ancien article 1474 du CPC, en matière interne, disposait en effet : « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur ». De même, en matière d'arbitrage international, l'article 1497 du CPC disposait que « l'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré cette mission ».

Ainsi, « en pratique une partie aura toujours intérêt, une fois le litige né, à refuser d'écarter la règle de droit »<sup>1</sup>.

521. **La condition de la préexistence du litige au choix des parties : une entrave au développement de l'amiable composition judiciaire.** Devant les juridictions judiciaires, le choix de l'amiable composition doit, en vertu de l'alinéa 4 de l'article 12 du CPC, impérativement être effectué une fois le litige né. Cela implique que toute clause formulée par les parties antérieurement à la naissance du litige serait dépourvue d'effet contraignant et que le juge resterait dès lors tenu de statuer en droit. La restriction temporelle de ce choix, qui ne peut être opéré qu'une fois les parties en conflit, semble peu judicieuse. Des voix de plus en plus nombreuses s'élèvent d'ailleurs en faveur de la suppression de cette condition<sup>2</sup>. Le rapport Magendie<sup>3</sup> proposait en ce sens d'ouvrir la possibilité de soumettre à l'amiable composition les litiges encore à naître. La justification de cette limitation à l'œuvre d'anticipation des parties paraît, notamment au regard de la faculté ouverte en arbitrage, introuvable. « En interdisant la stipulation initiale d'une clause d'amiable composition lors de la conclusion du contrat, le texte de l'article 12 al. 4 a indirectement consacré la supériorité de l'arbitrage privé sur l'arbitrage judiciaire, puisque les clauses compromissoires peuvent valablement la stipuler dès l'origine »<sup>4</sup>. Par ailleurs, l'alinéa 4 ne représente pas la seule voie pour les parties d'affranchir leur litige des règles de droit normalement applicables, du moins dans une certaine mesure. L'alinéa 3 du même article 12 permet en effet aux parties d'interdire au juge la réalisation du droit tel qu'il aurait pourtant vocation à saisir la situation<sup>5</sup>.

522. **L'extension de la faculté temporelle du choix de l'amiable composition en matière d'arbitrage.** En matière d'arbitrage, les règles relatives aux conditions d'octroi de la mission d'amiable compositeur sont bien plus souples que celles posées pour l'amiable composition judiciaire, et ce notamment depuis la réforme du droit de l'arbitrage. Antérieurement à cette réforme, les parties pouvaient convenir de soumettre leur litige au pouvoir correcteur du juge fondé sur l'équité dès la conclusion de leur contrat, et donc avant que survienne le conflit. Cependant, cette ouverture à la contractualisation semblait dans le même temps constituer une restriction : hors de la convention d'arbitrage, les parties ne pouvaient pas convenir, en cours d'arbitrage, de modifier la mission assignée à l'arbitre.

La nouvelle disposition introduite par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 semble avoir apporté une souplesse supplémentaire, puisque la référence antérieurement faite à « la convention des parties »<sup>6</sup>, qui imposait que la mission soit déterminée à l'aube de la procédure

<sup>1</sup> Th. Clay : *JCP* 2005, I, 125, n° 15.

<sup>2</sup> J.-P. Brouillaud : « Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire », *D.* 1997, p. 234 ; P. Hébraud : « Observations sur l'arbitrage judiciaire », in *Mélanges dédiés à G. Marty*. Univ. Sc. Soc. Toulouse, 1978, p. 635, *sp.* p. 661 ; P. Bellet : « Le juge-arbitre », *Rev. arb.* 1980, p. 394, *sp.* p. 403.

<sup>3</sup> 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, *sp.* p. 91.

<sup>4</sup> L. Weiller : « Le contrat en procès », in E. Putman (dir.) : *L'accès à la justice*. PUAM, 2007, p. 89.

<sup>5</sup> *V. infra* n° 608.

<sup>6</sup> Cette référence à la convention d'arbitrage était très claire en matière interne : article 1474 du CPC : « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur » En revanche, en matière d'arbitrage international, l'article 1497 du CPC, ayant omis la précision « d'arbitrage », ne visait que la convention des parties : « l'arbitre statue comme amiable compositeur si la convention des parties lui a conféré cette mission » ; il eut dès lors été possible, bien que d'un succès douteux, d'avancer que la convention des parties ne se référait qu'à leur accord, et non particulièrement à la convention d'arbitrage intervenant préalablement à la saisine du tribunal.

mais pas après, a disparu du texte<sup>1</sup>. Le nouveau texte, par la suppression de la référence à la convention d'arbitrage, autorise l'accord des parties à intervenir en cours de procédure<sup>2</sup> et non plus dès le consentement des parties à l'arbitrage. Cela apparaît de nature à renforcer le recours à cette procédure centrée sur l'équité, non seulement du fait de l'extension de la durée pendant laquelle ce choix peut intervenir, mais également pour une autre raison : les parties ayant pu « faire la connaissance » du ou des arbitres amenés à les juger, elles sont probablement davantage en mesure d'apprécier ce que pourrait être « sa » conception du Juste et de l'équitable et peut être aussi plus encline à faire confiance en son jugement.

Un autre argument vient cependant contrer le précédent. Le choix de l'amicable composition devant être effectué par un accord des parties, celui-ci est, pour la raison déjà développée, moins probable une fois le litige né, et pourrait l'être d'autant moins une fois que les arguments juridiques des parties auront été échangés devant le tribunal. Les conflits les plus simples, dans lesquels schématiquement une partie dispose d'un droit certain à l'encontre de l'autre et qu'elle entend faire consacrer et faire appliquer par le juge seront, fort probablement, indifférents à toute amiable composition, le demandeur n'ayant aucun intérêt à s'écarter du droit qui pourrait le faire prévaloir sur son adversaire. En revanche, les situations conflictuelles plus compliquées, dans lesquelles chacune des parties dispose d'arguments juridiques sérieux à faire valoir, pourront aboutir à un regain d'intérêt pour l'amicable composition, chacune des parties pouvant estimer qu'une décision en équité penchera en sa faveur. En toute hypothèse, le choix des parties sera guidé par le contenu de la mission assignée à l'amicable compositeur.

## B. Le contenu de la mission de l'amicable compositeur

523. ***L'assouplissement de la rigueur juridique.*** « Amiable compositeur, le juge est alors affranchi des règles de droit qui perdent, à son égard, leur caractère obligatoire ; il est comme en état d'apesanteur juridique »<sup>3</sup>. Cette apesanteur n'implique cependant pas une relation d'exclusion du droit par l'amicable composition. En effet, la mission d'amicable composition ne consiste pas, pour le juge, à faire fi de tous les principes ou règles de droit qui seraient applicables au conflit en l'absence d'amicable composition. La mission du juge amiable compositeur consiste à suivre le syllogisme juridique puis à corriger, le cas échéant mais pas de manière systématique, le résultat qui en ressort afin de le faire correspondre à une solution qui lui apparaisse équitable. « Même si les arbitres sont amiables compositeurs, il leur incombe de statuer d'abord en droit, l'amicable composition n'étant là que pour tempérer les excès auxquels une solution de Pur droit pourrait conduire »<sup>4</sup>. Le rôle du juge, en amiable composition, « est d'être la bouche du droit avant d'être la bouche de la loi »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> L'article 1478 dispose désormais 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>2</sup> Th. Clay : « “Liberté, Égalité, Efficacité” » : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage » deuxième partie, *JDI*, n° 3, juill. 2012, doct. 8.

<sup>3</sup> L. Cadiet : « Les accords sur la juridiction dans le procès », in M.-Cl. Rivier et P. Ancel (dir.) : *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*. Economica, coll. Études juridiques, vol. 10, 2001, p. 34, *sp.* p. 45 ; ég. dans L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp.* n° 146, p. 533.

<sup>4</sup> E. Robine : « Le choix des arbitres », *Rev. arb.* 1990, p. 325, *sp.* p. 331.

<sup>5</sup> J.-Cl. Marin : Intervention au Club du Chatelet, 23 nov. 2011, disponible : <http://www.paris.notaires.fr/club-du-chatelet/le-juge-est-il-toujours-la-bouche-de-la-loi>

L'amiable composition ne réalise ainsi pas une exclusion radicale du droit, mais une adaptation, à l'espèce, de la solution qui en découlerait pour la rendre conforme à la conception que se fait le juge de ce qui serait équitable en la cause. L'ordre des priorités attaché aux composantes de la solution est ainsi en quelque sorte enrichi d'un élément supplémentaire, qui vient patiner la solution pour la rendre plus juste, l'équité. L'équité à l'œuvre dans l'amiable composition serait ainsi « une force dressée à côté du droit strict pour en compenser les faiblesses, pour en combler les lacunes, pour en atténuer les conséquences particulièrement néfastes »<sup>1</sup>. Cette force est par ailleurs le principal référentiel qui doit s'imposer au juge, la perspective selon laquelle la solution doit être rendue. La Cour de cassation veille en effet à ce que, lorsque le juge se voit confier la mission de statuer en qualité d'amiable compositeur, il fasse effectivement usage de ce pouvoir modérateur. Ainsi, « le tribunal arbitral, auquel les parties avaient conféré mission de statuer comme amiable compositeur, devait faire ressortir dans sa sentence qu'il avait pris en compte l'équité »<sup>2</sup>. Cette solution semble imposer des formes particulières pour la validité de la sentence arbitrale rendue en équité, instituant une obligation de mentionner l'équité, obligation dont on peut mettre l'opportunité en doute.

524. ***Amiable composition et procédure.*** L'équité du juge, ce sentiment de justice au delà du droit, affecte indubitablement la solution substantielle qui sera par lui apportée au litige. Poussant le raisonnement encore plus loin, un auteur a avancé que le pacte d'amiable composition serait également susceptible d'assouplir les moyens d'y aboutir, entraînant la distanciation du juge des règles de procédure applicables, distanciation impliquée par la notion même de l'équité. « L'équité est essentiellement un état d'esprit qui veut aller au-delà de ce qui est juste sur le plan légal et se fonde sur un principe de justice non-écrite. Ce caractère informel et spirituel de l'équité s'oppose donc au formalisme et à la rigueur des étapes de procédure, et implique donc la mise à l'écart des règles de procédure qui est opérée par le *pacte d'amiable composition* »<sup>3</sup>. Comme en matière d'arbitrage, le juge serait alors tenu de respecter en substance les principes directeurs du procès à l'instar de la relation unissant l'arbitre à l'ordre public procédural.

Très peu de décisions de jurisprudence semblent avoir envisagé cette hypothèse d'affranchissement des règles de procédure par le juge étatique investi des pouvoirs d'amiable compositeur<sup>4</sup>. L'hypothèse ne semble pas pour autant impossible et présenterait l'avantage de ménager une place plus importante à la volonté des parties mais également à celle du juge dans la gestion procédurale du litige, se rapprochant dès lors du modèle souple que constitue l'arbitrage. D'autres auteurs, ayant envisagé la question, se prononcent en sens inverse du moins en matière d'arbitrage, dont on connaît pourtant la plus grande flexibilité en matière de règles de procédure : « on pourrait se demander si l'amiable compositeur qui est dispensé, libéré du droit substantiel et qui risque d'être, d'une certaine manière, emporté par l'aventure de l'équité, ne devrait pas être davantage astreint aux règles de procédure qui constituent (...) les points d'ancrage de l'amiable compositeur »<sup>5</sup>. La question semble précisément devoir être envisagée différemment selon que l'on considère l'amiable composition en arbitrage ou en matière judiciaire. Parfois le carcan procédural en matière judiciaire apparaît comme un frein à

<sup>1</sup> J. Pelletier : entretien, *L'Actualité, Droit et patr.* juin 1996, p. 16.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1 février 2012, n° 11-11084 ; *Bull. civ. I*, n° 14.

<sup>3</sup> C. A. Arrue Montenegro : *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*. Préf. B. Ancel, LGDJ, 2011, *sp.* n° 406, p. 230.

<sup>4</sup> Cass. Req. 11 févr. 1823, *Dardenne, Jur. Gen. Dall. V<sup>o</sup> arbitrage* n° 1026 en matière d'arbitrage citée dans E. Mezger (« L'arbitrage commercial et l'ordre public », *RTD com.* 1948, p. 611, *sp.* p. 616.)

<sup>5</sup> J.-D. Bredin : « L'amiable compositeur et le contrat », *Rev. arb.* 1984, p. 259, *sp.* p. 263.

l'épanouissement d'une justice plus souple. En cette matière, sous réserve du respect des principes fondamentaux inhérents à toute bonne justice dans leur finalité, il pourrait être envisageable d'admettre que le juge amiable compositeur dispose de la faculté de s'affranchir également de règles de procédure normalement intangibles dans un procès en droit. On peut notamment se demander si, lorsque la mission de statuer en amiable composition lui est confiée, il ne serait pas envisageable de lui permettre de faire un usage plus appuyé de l'article 21 du CPC qui lui attribue la mission de concilier les parties. En matière arbitrale en revanche, la procédure arbitrale étant déjà relativement souple, il semble qu'il ne soit pas souhaitable de permettre à l'arbitre de s'abstraire de toute règle. La souplesse de l'arbitrage ne doit en effet pas se muer en un désavantage résonnant d'insécurité et d'imprévisibilité.

525. ***Amiable composition et respect du contrat.*** Si le pouvoir de s'écarter du droit pur, substantiel du moins, est ainsi largement reconnu au juge amiable compositeur, qu'en est-il des relations entre la conception du juge de l'équité et les stipulations contractuelles des parties ? Libéré du carcan constitué par les règles de droit, l'amiable compositeur l'est-il également des règles que se sont imposées les parties, celles de leur contrat ? Le référentiel du juge pourrait en effet changer sous cette perspective particulière. Le caractère général imprimé à la loi par la représentation démocratique implique que l'équité conçue comme correctrice de la loi soit, malgré tout, considérée sans égard pour ce que constitueraient les attentes des parties. L'équité dans une situation régie par la loi reste une équité « type », fonction de la conception de l'équité du juge, sans véritable particularisme au regard de la volonté des parties. C'est la raison pour laquelle la question de la modification des conditions contractuelles d'un accord devenu déséquilibré semble si complexe, car dès lors qu'un accord est intervenu, les parties ont, au travers de cette convention, manifesté d'une certaine manière « leur » conception de l'équité par le contrat qu'elles ont conclu.

526. ***Amiable composition et recherche d'équilibre.*** Le juge pourrait-il, lorsqu'il statue en équité, modifier les équilibres établis entre les contractants dont la relation subit, par exemple, une situation de *hardship* ? La solution est discutée en doctrine<sup>1</sup>, et la question semble en effet épineuse. Le contrat est « la loi des parties », celle qu'elles ont choisie pour régir leur relations. Par conséquent, le postulat selon lequel les stipulations contractuelles seraient plus adaptées et spécifiques à la relation des parties que ce que n'aurait pu prévoir le droit commun semble imposer qu'une attention toute particulière soit portée par le juge à ces stipulations contractuelles, probablement plus encore qu'à la loi elle-même, impersonnelle et générale. Cette attention particulière pourrait l'inciter à s'écarter, peut-être, de la solution que lui dicterait « son » équité propre. Cependant, nous l'avons constaté au sujet de l'imprévision, les parties ne prévoient pas toujours les modifications de circonstances pouvant affecter leurs situations respectives, et l'équilibre initial du contrat est susceptible d'en être affecté au détriment d'une partie. L'amiable composition apparaît dès lors, à certains auteurs, comme un mécanisme permettant au juge de rétablir l'équité dans un contrat qui soit comportait un aléa, soit qui, en l'absence d'aléa, a subi les affres de changements de circonstances. E. Mezger note en ce sens que « lorsque les parties stipulent dans une opération aléatoire l'amiable composition, il est à présumer que par là elles ont en quelque façon voulu précisément limiter l'aléa en faisant confiance en la sagesse de l'arbitre (...) Une présomption similaire se justifie lorsque le contrat est de longue durée selon les prévisions des parties : dans cette hypothèse (...) la clause

---

<sup>1</sup> Ch. Albiges : *De l'équité en droit privé*. Préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2000, *sp.* n° 376 et s., p. 250.



d'amiable compositeur a, entre autres, le but de permettre une adaptation du contrat au changement imprévu »<sup>1</sup>.

On peut alors s'interroger sur ce que commanderait la mission du juge lorsque l'application des stipulations contractuelles dériverait sur une solution inéquitable, non en raison de circonstances particulières, mais en raison de leur construction initiale. Le juge devrait-il s'écarter des prévisions des parties pour rétablir l'équité ? Le problème consiste alors à cerner avec précision la notion d'équité. Est-ce rétablir une parfaite égalité entre les contractants alors même que le contrat ne prévoit pas une telle égalité ? Probablement pas. On peut alors se demander si la mission du juge en équité serait, non de contredire la volonté des parties, celle qui a présidé à la conclusion du contrat, mais d'adapter le contrat pour que l'équilibre des parties, tel qu'il avait été conçu par celles-ci à l'origine, soit respecté. Dès lors, dans une situation de *hardship*, le juge ne doit-il pas plutôt se faire la bouche de ce qui aurait semblé « équitable » au sens d'acceptable dans un échange économique, aux yeux des parties si le contrat avait été conclu en pleine connaissance de ces circonstances ? L'équité semble ainsi en cette hypothèse moins devoir se référer à l'équité du juge qu'à celle des parties, qui se rapproche en réalité d'une mission de préservation de l'« économie du contrat ». Deux solutions de la Cour d'appel de Paris<sup>2</sup> semblent d'ailleurs avoir abouti à ce raisonnement, se référant ouvertement à l'économie de la convention comme limite à laquelle l'équité du juge doit se conformer.

**527. L'opportunité d'un contrôle de la décision rendue en équité ?** La mission du juge amiable compositeur n'est ainsi pas dépourvue de limite. On peut déceler la volonté propre du juge s'exprimant au travers de sa conception de l'équité, de sa conception de ce qui est Juste. La volonté générale passe ainsi au second plan, alors que la volonté particulière du juge s'offre au grand jour. La subjectivité et le particularisme de la décision rendue en amiable composition incite à penser qu'elle devrait être insusceptible de recours en vue de sa réformation. Si les parties ont recours à l'amiable composition, qu'elle soit judiciaire ou arbitrale, en dispensant « le juge de cette argumentation rigoureusement rationnelle, et lui confi(ant) l'appréciation synthétique et intuitive (...) la décision se trouve à l'abri de toute possibilité de censure. Voilà le contenu d'un vrai jugement en équité : un jugement inattaquable dans ses conclusions »<sup>3</sup>. L'alinéa 4 de l'article 12 du NCPC prévoit cependant par défaut une telle faculté d'appel, si les parties « n'y ont pas spécialement renoncé ». Le principe est donc que cette décision, ressortissant de l'intime du juge, pourra être remise en cause en matière d'amiable composition judiciaire en appel. En matière d'arbitrage interne, même si l'appel est désormais l'exception,

---

<sup>1</sup> E. Mezger, note sous CA Paris, 10 mars 1981, *Rev. arb.* 1982, p. 214, *sp.* p. 222 ; Le même auteur avait déjà affirmé que « la clause d'amiable composition dans un contrat pourra s'entendre comme autorisation implicite d'adapter le contrat, le cas échéant, à des circonstances nouvelles fondamentales » : E. Mezger : « L'arbitrage commercial et l'ordre public », *RTD com.* 1948, p. 611, *sp.* p. 617.

<sup>2</sup> CA Paris, 19 avr. 1991 ; *Rev. arb.* 1991, p. 669, obs. E. Loquin et CA Paris, 6 mai 1988 ; *Rev. arb.* 1989, p. 83, note E. Loquin. Selon la décision, les arbitres amiables compositeurs « avaient le pouvoir de modérer les droits créés par le contrat, d'écarter les conséquences de l'application stricte des clauses contractuelles, sans cependant modifier l'économie de la convention » ; *v. ég.*, sans référence à l'économie de la convention, CA Paris, 14 janv. 1977 ; *Rev. arb.*, 1977, p. 281, note J. Robert ; CA Paris, 10 mars 1981, *Rev. arb.* 1982, p. 214, note E. Mezger ; CA Paris, 6 janv. 1984 ; *Rev. arb.*, 1985, p. 279 ; CA Paris, 12 mars 1985, *Rev. arb.* 1985, p. 299, et sur ces deux dernières décisions, E. Loquin : « Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur ; À propos de 3 arrêts de la Cour d'appel de Paris », *Rev. arb.* 1985, p. 199.

<sup>3</sup> M. Rotondi : « Considérations sur la fonction de l'équité dans un système de droit positif écrit » *in Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'Études en hommage à M. Ancel*. Pedone, 1975, T. 1, p. 43, *sp.* p. 52.

l'article 1490 du CPC envisage l'appel en amiable composition. Tant en matière judiciaire qu'arbitrale<sup>1</sup>, l'appel d'une décision rendue en amiable composition semble quelque peu étrange, voire « insatisfaisant »<sup>2</sup>. Car « au nom de quoi en effet la décision d'appel prévaudra-t-elle sur celle de première instance ? En quoi l'équité vue par la Cour sera-t-elle préférable à celle qu'a retenue l'arbitre ? Comme il n'est pas d'institution qui puisse subsister sans répondre à une nécessité rationnelle, il faut craindre que l'appel ne justifie plus ici son intervention »<sup>3</sup>.

Si une telle décision devrait en principe être insusceptible de critique sur le fond, encore faut-il qu'elle respecte certains principes posés par la jurisprudence pour contrôler la conformité de l'exercice du pouvoir du juge avec la mission qui lui a été confiée, ainsi que l'absence de contradiction de motif des décisions rendues en amiable composition<sup>4</sup>. La Cour de cassation contrôle ainsi que les amiable compositeurs fassent état des considérations d'équité dans les décisions qu'ils rendent<sup>5</sup>. Dans le même sens, si l'arbitre statue en vertu de règles de droit, il doit « s'expliquer sur la conformité de celles-ci à l'équité », démontrer que sa sentence « témoigne de la recherche de l'équité »<sup>6</sup> ou que l'arbitre a « entendu faire référence à l'équité, malgré l'absence de mention explicite des pouvoirs conférés par les parties »<sup>7</sup>. La réflexion menée au sujet de l'appel réformation d'une sentence arbitrale semble évidemment devoir s'appliquer à l'appel de décisions rendues en amiable composition par des juges du pouvoir judiciaire.

L'amiable composition constitue, en quelque sorte, une manière pour les parties de soumettre leur litige non plus à la volonté générale mais à la volonté particulière du juge en lui permettant de s'écarter de la règle de droit. Ce faisant, les parties attribuent plus de pouvoir à la volonté du juge exprimant sa conception du juste. Cette extension des pouvoirs du juge n'est cependant qu'une des facultés offertes aux parties à un conflit d'aménager les pouvoirs conférés au juge sur leur litige. L'office du juge est, par défaut, assez fermement encadré : « le juge devra s'en remettre à l'imagination des parties toutes les fois qu'il est lui-même privé de la liberté de s'extraire de leur contribution : de son interdiction de statuer *ultra petita*, de sa capacité limitée à soulever d'office des règles de droit, de son obligation de fonder sa décision sur les faits dans le débat, on déduira que le juge n'est pas libre »<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass. com., 9 janv. 1979 ; *D.* 1979, IR, 291, obs. P. Julien ; *D.* 1980, p. 204, note J. Robert ; *Rev. arb.* 1979, p. 468, note E. Loquin.

<sup>2</sup> E. Loquin, note sous Cass. com., 9 janv. 1979, *Rev. arb.* 1979, p. 468, *sp.* p. 474 ; l'auteur relève notamment que « chaque groupe social secrète sa propre conception de l'équité », ce qui rend d'autant plus sensible la faculté pour les parties de prévoir de faire appel d'une décision rendue en équité dans le cadre d'un arbitrage interne lorsque le juge judiciaire sera compétent pour réformer la décision rendue par les arbitres en équité. Il est à craindre que l'équité du juge judiciaire ne soit pas interchangeable avec celle des arbitres évoluant dans le domaine dans lequel exercent les parties.

<sup>3</sup> J. Robert, note sous Cass. com. 9 janv. 1979, *D.* 1980, p. 204, *sp.* n° 5, p. 206.

<sup>4</sup> Cass. com. 9 janv. 1979 ; *D.* 1979, IR, 291, obs. P. Julien ; *D.* 1980, p. 204, note J. Robert ; *Rev. arb.* 1979, p. 468, note E. Loquin.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2012, n° 11-11084 ; *Bull. civ.* I, n° 14 : « le tribunal arbitral, auquel les parties avaient conféré mission de statuer comme amiable compositeur, devait faire ressortir dans sa sentence qu'il avait pris en compte l'équité ».

<sup>6</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 juill. 2004, n° 02-19382, non-publiée ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 juill. 2003, n° 01-16964 ; *Bull. civ.* II, n° 234, p. 194 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 juin 2003, n° 01-17630 ; *Bull. civ.* II, n° 208 p. 174 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 févr. 2001, n° 98-21324 ; *Bull. civ.* II, n° 26, p. 19.

<sup>7</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 28 nov. 2007, n° 06-16835 ; *Bull. civ.* I, n° 369.

<sup>8</sup> G. Canivet et N. Molfessis : « L'imagination du juge », in *La procédure dans tous ses états. Mélanges en l'honneur de J. Buffet*. éd. Petites Affiches, 2004, p.131, *sp.* p. 143.

## §2 Le Juste établi conventionnellement par les parties

528. **Principe dispositif et pouvoirs du juge.** Les pouvoirs du juge à l'égard du litige ont été renforcés par l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile, à tel point que le principe dispositif avait pu sembler s'étioler face à l'accroissement des prérogatives du juge. Le Code recèle cependant de manière contradictoire un instrument peu utilisé par les parties leur permettant d'imposer au juge leur vision du litige, par une sorte de principe dispositif renforcé, au regard du droit que doit appliquer le juge et, par ricochet, au regard des faits qu'il peut prendre en compte. Ce faisant, les parties limitent radicalement les pouvoirs du juge quant à la recherche de la vérité. Les pouvoirs que lui attribue ainsi le Code de procédure civile en matière de preuve en sont impactés : la qualification ou les points de droits étant fixés, ces pouvoirs deviennent dès lors en partie sans objet.

À l'inverse de l'extension des pouvoirs du juge réalisée par l'amicable composition, les parties peuvent, sous certaines conditions d'ailleurs en partie identiques, restreindre les pouvoirs du juge et l'emprise du droit sur leur litige, en imposant au juge des données fixes, sur plusieurs plans. Dans le domaine factuel, dans la mesure où « les règles du droit de la preuve peuvent être considérées comme les cadres de l'imagination du juge »<sup>1</sup> lui permettant de saisir la réalité des faits de la cause, les conventions de preuve des parties<sup>2</sup> imposent au juge de ne pas s'appuyer sur certains éléments susceptibles d'orienter sa décision. Plus radicalement encore, les parties peuvent bouleverser l'équilibre général du procès et de ses acteurs. « Dans quelle mesure les justiciables conservent la maîtrise de conflits qui ne concernent généralement que leurs intérêts privés, dans quelle mesure cet organe de la puissance publique qu'est le juge peut s'immiscer dans de tels conflits et déterminer de sa propre autorité en quels termes ils doivent être posés »<sup>3</sup>, telles sont les déterminations sur lesquelles les parties, peuvent, par convention, influencer. En effet, sous certaines conditions, la volonté conjointe des parties peut soustraire à l'office du juge une de ses attributions les plus consubstantielles à sa fonction, celle de déterminer le droit, en le liant par leurs qualifications et points de droit. Cette faculté assez extraordinaire accordée aux parties relègue alors le juge à un rôle relativement restreint au sein du procès civil, qui suscite des interrogations relativement à sa position à l'égard du litige, auxquelles font d'ailleurs écho les hypothèses dans lesquelles le juge se mue en un simple instrument pour les parties<sup>4</sup>.

Les parties peuvent ainsi imposer au juge certains éléments de leur litige concernant les points déterminants du procès, renouant avec une approche plus libérale de celui-ci<sup>5</sup>. Elles influent alors, par leur volonté, sur l'office du juge, et s'approprient une partie de la mission qui lui est confiée, dire le Juste, en faisant usage des pouvoirs attribués par le Code de procédure civile à leur volonté conjointe de contrecarrer les prérogatives du juge dans l'instance juridictionnelle.

---

<sup>1</sup> G. Canivet et N. Molfessis : « L'imagination du juge », in *La procédure dans tous ses états. Mélanges en l'honneur de J. Buffet*, éd. Petites Affiches, 2004, p.131, *sp.* p. 143.

<sup>2</sup> Dont la validité est affirmée par le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations en son article 1357 qui propose que « les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur les droits dont les parties ont la libre disposition ».

<sup>3</sup> J. Normand et C. Bléry : V° Principes directeurs du procès – Office du juge – Fondement des prétentions litigieuses in *J-Cl. Pr. Civ.*, fasc. 152, n°1.

<sup>4</sup> *V. infra* n° 564.

<sup>5</sup> R. Martin : « Un autre procès possible ou est-il interdit de rêver ? », *RTD civ.* 1994 p. 557.

529. **Le caractère périlleux de la liaison du juge pour les parties.** L'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile dispose que les parties ont la faculté de lier le juge par leurs qualifications et points de droit. « L'immutabilité du litige s'étend alors au droit »<sup>1</sup> dans des hypothèses et conditions en partie identiques à celle imposées au sujet de l'amicable composition<sup>2</sup>, emportant les mêmes conséquences sur la popularité du modèle, sans que la composante de temps dans la ligne de vie du conflit soit imposée en la matière. S'il est exigé que le litige soit déjà né pour que le choix de l'amicable composition soit valablement effectué, une telle condition temporelle n'est pas imposée par le code afin que les parties puissent lier le juge par leurs qualifications et points de droit. L'option choisie par les parties n'en est pourtant pas moins périlleuse en ce cas. Dans cette hypothèse en effet, il n'est pas renoncé au droit « pur » mais à l'application appropriée du droit, somme toute à son opportunité relativement au litige. Or, dans certaines hypothèses, renoncer à un fondement juridique pour une partie revient à renoncer à obtenir gain de cause et ainsi à faire poindre l'injustice alors même que le droit est appliqué, mais à une situation inadéquate. Cette faculté de lier le juge appuie ainsi, si cela semblait encore nécessaire, le caractère inapproprié et incongru de l'interdiction pour les parties de stipuler l'amicable composition judiciaire antérieurement à la naissance du conflit.

Le rôle essentiel que joue la qualification et plus généralement le droit applicable dans le procès n'est plus à démontrer. « L'intérêt pour les parties de se prononcer sur la qualification du contrat est en effet primordial. Le risque de requalification judiciaire est un risque juridique particulièrement grave. En retenant une qualification que les parties n'avaient pas envisagée, le juge peut modifier considérablement le régime juridique applicable à l'opération et, par exemple, invalider les clauses qui s'avèreraient incompatibles avec la nouvelle qualification, portant ainsi gravement atteinte aux prévisions des parties »<sup>3</sup>. La qualification est en effet la première composante du litige que le juge va déterminer afin d'en déduire des conséquences juridiques. Les points de droit également visés dans l'alinéa 3 de l'article 12 en constituent la suite nécessaire. De la qualification va découler la règle de droit, l'ensemble ayant vocation à déterminer la solution au litige. Ces deux éléments résumés, en quelque sorte, l'office du juge sur le droit applicable : la détermination des qualifications et l'application de la règle de droit appropriée en fonction de ces qualifications. C'est ainsi l'ensemble de l'office du juge relativement au droit substantiel que les parties peuvent contraindre en le liant par leurs qualifications et points de droit. Cette disposition peut dès lors leur permettre de canaliser les pouvoirs du juge, ce qui est susceptible de s'avérer utile à plusieurs stades du cheminement du conflit.

Cette disposition peut ainsi présenter un intérêt certain en cours d'instance afin de recadrer un juge se dirigeant dans une direction qui ne satisfait pas les parties. Ces dernières pourraient ainsi unir leur volonté pour contrecarrer les pouvoirs parfois envahissants du juge, qu'il s'agisse de sa qualification des faits ou de sa faculté de relever d'office des moyens de droit en

---

<sup>1</sup> L. Cadiet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*. 7<sup>e</sup> éd., Litec, 2011, *sp.* n° 549, p. 414.

<sup>2</sup> L'exigence d'accord exprès trouvant également une justification en la matière, puisque comme l'a noté le professeur Georges Bolard, se contenter de conclusions concordantes des parties « anéantirait le pouvoir de requalification du juge », lequel ne trouverait plus à s'exprimer que lorsque les parties sont en désaccord sur ladite qualification, ce qui restreindrait un peu plus la latitude dont il dispose s'agissant du droit ; v. G. Bolard : *Droit et pratique de la procédure civile*. S. Guinchard et alii, Dalloz-Action 2009/2010, *sp.* n° 221.142, p. 590.

<sup>3</sup> M. Lamoureux : *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*. Préface J. Mestre, PUAM, 2006, *sp.* n°72, p. 98.

cours d'instance<sup>1</sup>, et ainsi obtenir une solution à leur litige qui présente pour elles le plus d'intérêt, appuyant ainsi avec une force accrue le principe dispositif. La justice se plie alors aux attentes plus particulières des parties au conflit, qui peuvent réorienter les interventions du juge dans une direction qui leur convient, en opérant comme le leur permet le Code, une dénaturation certaine de la fonction juridictionnelle qui apparaît en quelque sorte asservie à la volonté des parties<sup>2</sup>.

Cette faculté exorbitante de lier le juge n'étant pas encadrée par la loi dans une contrainte de temps particulièrement restrictive, il semble assez étrange que la stipulation par laquelle les parties entendent fixer la qualification de leur relation dans le contrat « initial » qu'elles auraient conclu ne s'impose pas avec la force de l'évidence comme une manifestation de cette volonté des parties de lier le juge, et de se lier entre elles par la même occasion, sur leurs qualifications et points de droit. Généralement envisagé sans difficulté une fois le litige né<sup>3</sup> (A), l'accord sur les qualifications et points de droit semblerait pourtant pouvoir également s'épanouir avant tout conflit (B).

#### A. La liaison du juge une fois le litige né

530. **Effets sur le juge, effets entre les parties.** En usant de cette faculté qui leur est offerte de lier le juge, les parties encadrent toute possibilité de débat. La liaison par les parties pourrait dès lors interdire au juge de relever d'office la qualification ou le point de droit que les parties ont, d'un commun accord, décidé d'exclure. Il en va ainsi en matière internationale lorsque les parties choisissent un autre droit que celui applicable en vertu des règles de conflit de lois<sup>4</sup>. Ce faisant, les parties pourraient, dans certaines hypothèses, appuyer le principe dispositif leur permettant de circonscrire la mission confiée au juge non seulement quant à sa finalité mais de manière plus pointue, en restreignant véritablement son pouvoir sur le droit.

La puissance de cette disposition n'est par ailleurs pas limitée à ses effets sur l'office du juge. Elle se manifeste également dans les rapports entre les parties. Sauf à ce qu'elles s'accordent afin de se désengager par *mutuus dissensus*, les parties ne pourront avec succès invoquer une autre qualification ou une autre règle de droit à l'appui de leurs prétentions une fois l'accord procédural lié. Le principe de la concentration des moyens s'oppose en effet à ce que la même demande soit considérée comme distincte du seul fait de la différence de fondement juridique. La Cour de cassation a en effet décidé que la « seule différence de fondement juridique, fût-elle avérée, est insuffisante à écarter la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée »<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> J. Miguet : « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, al. 4 du Code de procédure civile) », in *Mél. P. Hébraud*. Préface M. Despax, PI Toulouse, 1981, p. 567, *sp.* p. 593.

<sup>2</sup> En ce sens, v. Ch. Jarrosson note sous l'arrêt *Sofidif* Cass. 1<sup>er</sup> civ, 8 mars 1988, *Rev. arb.* 1989, n<sup>o</sup> 16, p. 487 : « on dénature la fonction du juge ou de l'arbitre à qui l'on impose de respecter une qualification qu'il estime erronée ».

<sup>3</sup> Le droit positif qui semble, à l'instar de la doctrine, ne pas admettre clairement l'usage par les parties de cette faculté de lier le juge antérieurement à la survenance du conflit a dicté le rattachement de son étude dans cette seconde partie.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 19 avr. 1988, *Roho*, n<sup>o</sup> 85-18715 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 104, p. 71 ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 68, note H. Batiffol ; *D.* 1988, somm. 345, obs. B. Audit ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 mai 1997 ; *Rev. crit. DIP* 1997, p. 514, note B. Fauvarque-Cosson ; *JDI* 1997, p. 804, note D. Bureau.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 12 avr. 2011, n<sup>o</sup> 11-14123 ; *Bull. civ.* 2012, I, n<sup>o</sup> 89 ; *D. act.* 2 mai 2012, M. Kebir ; et avant cela le célèbre arrêt *Cesareo* : Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006, n<sup>o</sup> 04-10672 ; *Bull. Ass. Plén.* n<sup>o</sup> 8 ; *D.* 2006. 2135, note L. Weiller ; *RDI* 2006, p. 500, obs. Ph. Malinvaud ; *RTD civ.* 2006, p. 825, obs. R. Perrot ; *JCP* 2006, I, 183,

lorsque les demandes ont le même objet. Cela implique donc que cette qualification liée emporte pour les parties un verrouillage périlleux du litige, qui peut cependant également, dans certaines circonstances, permettre d'apurer d'une partie du différend et apparaître ainsi de nature à « favoriser les transactions partielles »<sup>1</sup>.

531. **Une dénaturation organisée du rôle du juge ?** Bien que cette faculté soit, semble-t-il, bien peu exploitée par les colitigants, sa seule existence, considérée comme « une simple application, pour ne pas dire une résurgence du principe dispositif »<sup>2</sup> renseigne sur la mesure de l'appropriation potentielle de la justice par les parties. En effet, « pour marginale que soit cette hypothèse, elle révèle une possibilité théorique significative de la véritable fonction du juge »<sup>3</sup> et tend à appuyer la conception relativiste de la Justice, à tel point qu'on a pu s'interroger : cette disposition « ne conduit-elle pas à asservir le juge au justiciable »<sup>4</sup> ? Il a en effet été relevé par certains auteurs<sup>5</sup> que cette disposition pourrait ouvrir la voie aux actions déclaratoires qui ne sont traditionnellement<sup>6</sup> pas à la portée des parties, même si elles peuvent présenter pour celles-ci un intérêt tout à fait indéniable, constituant un moyen de mettre fin à une incertitude juridique<sup>7</sup>, mais ne constituant pas un intérêt né et actuel nécessaire à l'objet de la demande.

Cette mise à disposition de la justice et ce relatif asservissement du juge, qui perd dans cette hypothèse une grande partie de sa faculté d'initiative et doit alors rester dans les limites tracées par les parties concernant le droit mais également le fait<sup>8</sup>, pourrait en réalité ne constituer qu'un leurre, et la possibilité offerte aux parties de lier le juge, une illusion. D'une part, le domaine d'épanouissement de cette faculté est restreint non seulement par les conditions, de fond et de

---

obs. S. Amrani-Mekki ; *Gaz. Pal.* 2007, p. 398, note M.-O. Gain ; *Dr. et proc.* 2006. 348, note N. Fricero ; *JCP* 2007, II, 10070, note G. Wiederkehr.

<sup>1</sup> G. Bolard in *Droit et pratique de la procédure civile*. S. Guinchard (dir.) et alii, Dalloz action, 2009/2010, *sp.* n° 221.144, p. 591.

<sup>2</sup> J. Miguet : « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, al. 4 du Code de procédure civile) », in *Mél. P. Hébraud*. Préface M. Despax, PI Toulouse, 1981, p. 567.

<sup>3</sup> G. Couchez et X. Lagarde : *Procédure civile*. Sirey, 16<sup>e</sup> éd., 2010, *sp.* n° 3 bis, p. 3.

<sup>4</sup> J. Miguet : « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, al. 4 du Code de procédure civile) », in *Mél. P. Hébraud*. Préface M. Despax, PI Toulouse, 1981, p. 567, *sp.* p. 569.

<sup>5</sup> J. Miguet : « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, al. 4 du Code de procédure civile) », in *Mél. P. Hébraud*. Préface M. Despax, PI Toulouse, 1981, p. 567, *sp.* p. 585.

<sup>6</sup> V. récemment en matière de compétence internationale Cass. 1<sup>e</sup> civ., 7 déc. 2011, n° 10-30919 ; *Bull. civ.* I, n° 210 ; *D.* 2012, p. 254, obs. X. Delpéché et note Ph. Delebecque, p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seséke et p. 1439, obs. H. Kenfack ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 138, rapp. A. Maitrepierre ; *RTD civ.* 2012, p. 367, note Ph. Théry ; *JCP* 2012, n° 241, obs. L. d'Avout ; en matière d'acquisition de la prescription : Cass. 1<sup>e</sup> civ., 9 juin 2011, n° 10-10348 ; *Bull. civ.* I, n° 111 ; *D.* 2011, p. 2311, note S. Grayot-Dirx et 2140, chron. B. Vassallo et C. Creton ; *D.* 2012, p. 244, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 2011 p. 535, note B. Fages ; le professeur Roger Perrot semble déceler une « évolution vers la prise en compte de l'action préventive » : v. R. Perrot, obs. sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 21 sept. 2011, n° 10-17036, non-publiée, *RTD civ.* 2012, p. 146.

<sup>7</sup> En faveur d'une telle action, v. J. Héron et Th. Le Bars : *Droit judiciaire privé*. Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 2012, *sp.* n° 70 et s.

<sup>8</sup> La qualification liée influe en effet indirectement sur la faculté accordée au juge par l'article 7 du Code de procédure civile d'appréhender les faits adventices dans la mesure où « elle la supprime implicitement chaque fois que l'utilisation des faits adventices conduirait à modifier la qualification retenue par les parties et imposée au juge selon l'article 12 alinéa 3 » : G. Bolard in *Droit et pratique de la procédure civile*. S. Guinchard (dir.) et alii, Dalloz action, 2012, *sp.* n° 221.142 ; v. ég. J. Miguet : « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, al. 4 du Code de procédure civile) », in *Mél. P. Hébraud*. Préface M. Despax, PI Toulouse, 1981, p. 567, *sp.* p. 585.

forme<sup>1</sup>, imposées pour sa mise en œuvre, mais également en raison de son inutilité pratique dans certains contentieux. Ainsi, comme Mme Weiller l'a relevé, « la liaison prévue par l'article 12 aliéna 3 ne peut sérieusement se concevoir, en matière contentieuse, que si le point litigieux ne porte pas précisément et directement sur un problème de qualification »<sup>2</sup>. Il semble en définitive que cette faculté de contraindre le juge une fois le litige né<sup>3</sup> ne présente d'intérêt que lorsque sont envisageables deux qualifications concurrentes. En l'absence d'une telle qualification concurrente, il a été avancé que le juge pourrait simplement rejeter les prétentions des parties en raison d'un défaut d'intérêt à agir<sup>4</sup>, ou moins radicalement de rejeter leurs prétentions comme mal fondées<sup>5</sup>.

La question de l'opportunité pratique de la liaison n'est cependant pas le seul obstacle qui ait été envisagé pour réduire les potentialités d'utilité de cette faculté offerte aux parties. La position que devrait adopter le juge de cassation en conséquence de la convention des parties a également pu être discutée : la question de la survie de l'accord aux côtés de l'action dans son cheminement procédural a en effet pu être posée, impliquant de s'interroger sur la « liaison » du juge de cassation : particulièrement en matière de qualification, le juge du droit pourrait-il approuver des juges du fond d'avoir appliqué une disposition à une espèce qui ne s'y prêtait pas ? L'hypothèse a en effet été jugée douteuse par certains auteurs<sup>6</sup>, mais cette opinion semble cependant minoritaire, et il apparaît plus logique de concevoir l'office du juge de cassation autrement : « lorsque le juge est lié par une qualification, le contrôle de cassation tend alors à se rapprocher du recours en annulation prévu en matière d'arbitrage interne par l'article 1484 du nouveau Code de procédure civile. La Cour de cassation doit seulement vérifier que les principes fondamentaux de la procédure civile, par exemple la contradiction, sont respectés »<sup>7</sup>. Le droit substantiel ne serait ainsi pas réellement examiné par le juge de cassation, le seul droit processuel pouvant dès lors faire l'objet d'une sanction de la part de la haute juridiction.

532. ***Liaison du juge et jugement convenu.*** Il apparaît dès lors légitime de se demander si en réalité, une fois le litige né, la faculté pour les parties d'accentuer ainsi le principe dispositif, dictant en quelque sorte « leur » justice choisie, ne se rapprocherait pas dans les faits d'hypothèses d'instrumentalisation du juge et de sa fonction juridictionnelle par la figure du jugement convenu<sup>8</sup>. En privant le juge du pouvoir de déterminer le droit applicable à la situation de fait qu'il doit apprécier, les parties peuvent en effet orienter la décision à intervenir et la rendre en somme relativement prévisible. Cette relation entre le jugement convenu et

---

<sup>1</sup> Que constituent la libre disponibilité des droits en cause et la condition de l'accord exprès des parties.

<sup>2</sup> L. Weiller : *La liberté procédurale du contractant*. Préf. J. Mestre, PUAM, 2004, *sp.* n°285, p. 270.

<sup>3</sup> La limitation de l'intérêt pratique de cette disposition une fois le litige né ne se retrouve pas antérieurement à la naissance du litige ; v. *infra* n°534.

<sup>4</sup> J. Miguet : « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, al. 4 du Code de Procédure Civile) », in *Mél. P. Hébraud*. Préface M. Despax, PI Toulouse, 1981, p. 567, *sp.* p.581.

<sup>5</sup> L. Weiller : *La liberté procédurale du contractant*. Préf. J. Mestre, PUAM, 2004, *sp.* n°286, p. 271.

<sup>6</sup> J. Miguet : « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, al. 4 du Code de Procédure Civile) », in *Mél. P. Hébraud*. Préface M. Despax, PI Toulouse, 1981, p. 567 et *s.* ; E. Conte : *Les pouvoirs du juge dans le procès civil*. Thèse, Aix-en-Provence, 1981, *sp.* n° 276, p. 236.

<sup>7</sup> J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau : *Traité de droit civil -Les effets du contrat*. LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2001, *sp.* n° 146, p. 182 ; en ce sens également L. Weiller, *thèse préc.*, *sp.* n° 297, p. 279.

<sup>8</sup> E. Blanc : « Principes généraux de la nouvelle procédure civile », *JCP* 1973, doct. 2559, *sp.* à propos de l'article 12, alinéa 2 : « l'on peut dire qu'il s'agit en l'espèce de l'ancien jugement d'expédient. En réalité, il s'agissait de supprimer la simulation qui permettait toujours d'aboutir à un jugement d'expédient afin de l'obtenir désormais à visage découvert ».

l'hypothèse de liaison du juge apparaîtrait d'autant plus marquée si l'office de la Cour de cassation n'était finalement pas considéré comme particulier dans ces hypothèses. En cas de contestation des décisions rendues devant la Cour de cassation, l'hypocrisie créée par la liaison du juge serait susceptible de succomber. Le seul intérêt que présenterait alors l'exercice de cette faculté offerte par l'article 12, alinéa 3, du CPC serait de permettre aux parties d'obtenir une décision juridictionnelle pour avaliser une situation qu'elles ont souhaité et monté de toutes pièces.

**533. La question des conséquences procédurales du choix des qualifications par les parties.** Si cette faculté pour les parties d'imposer au juge une qualification choisie emporte, de manière certaine, des conséquences sur le fond du litige, elle est également susceptible d'emporter des conséquences procédurales d'une certaine importance<sup>1</sup>. Il est en effet envisageable que cet accord sur la qualification juridique du litige puisse constituer une échappatoire pour les parties désireuses de contourner les règles de compétence dont on a vu que l'aménagement est parfois rétif à leur volonté. Les plaideurs pourraient ainsi, en utilisant astucieusement l'alinéa 3 de l'article 12, modifier les règles d'organisation judiciaire afin de façonner le circuit procédural suivi par leur litige. Nous avons constaté qu'en matière de voies de recours notamment, la volonté des parties était parfois radicalement impuissante à ajouter ou retrancher des degrés de juridiction. Il semble que l'article 12 ne permette pas directement de déroger à ces règles, qui doivent être considérées, dans une vision restrictive, comme ne constituant en effet pas des « qualifications et points de droit ». Les parties pourraient-elles cependant, de manière un peu plus détournée, aménager l'organisation du traitement de leur litige par les juridictions étatiques ?

Une décision de la Cour de cassation semble écarter une telle possibilité, en matière arbitrale du moins puisque la qualification du caractère international d'une situation avait pu, dans une précédente décision, sembler à la portée des parties. En matière de clause attributive de juridiction en effet, une décision ambiguë avait semblé reconnaître que les parties puissent décider de la qualification à donner à leur situation, internationale ou pas<sup>2</sup>, avec pour conséquence la mise à l'écart d'une stipulation conventionnelle. Or, en matière d'arbitrage, la Cour de cassation a énoncé de manière péremptoire que « la qualification, interne ou internationale, d'un arbitrage, déterminée en fonction de la nature des relations économiques à l'origine du litige, ne dépend pas de la volonté des parties, et fixe le régime des voies de recours »<sup>3</sup>. La solution a été récemment confirmée par une décision de la Cour de cassation précisant que cette qualification était d'ordre public et ainsi hors d'atteinte des parties<sup>4</sup>. Ces dernières semblent donc impuissantes à lier le juge s'agissant de composantes touchant à

---

<sup>1</sup> J. Miguet : « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, al. 4 du Code de Procédure Civile) », in *Mél. P. Hébraud*. Préface M. Despax, PI Toulouse, 1981, p. 567, *sp. p.* 579.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 4 oct. 2005, n° 02-12959 ; *Bull. civ. I*, n° 352 p. 292 ; *JDI* 2006, p. 169, note J.-M. Jacquet ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 413, note M. Audit ; *RTD. com.* 2006, p. 252, obs. P. Delebecque, *D.* 2005, p. 2626, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *v. ég.* Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 janv. 2013, n° 11-24723 ; *D. act.* 18 févr. 2013, obs. S. Menetrey.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 13 mars 2007, n° 04-10970 ; *D.* 2007, p. 949, obs. X. Delpech ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 455, note D. Bureau ; *Rev. arb.* 2007, p. 499, note L. Jaeger ; *JCP* 2007. Act. 135, obs. J. Ortscheidt ; *PA.* 2007, n° 192, note S. Ben Reguiga ; *D.* 2008, p. 180, pan. Th. Clay ; et déjà Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 avr. 1994, n° 92-16240 ; *Bull. civ. I* n° 135, p. 99 ; *Rev. arb.* 1995, p. 263, note P. Level.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 20 nov. 2013, n° 12-25266 : « il n'appartient pas aux parties de modifier le régime interne ou international de l'arbitrage, dont la qualification est déterminée en fonction de la nature des relations économiques à l'origine du litige » ; *D.* 2013, p. 2785, note X. Delpech.



l'organisation judiciaire, car ces éléments ne sont pas à leur disposition : « l'organisation juridictionnelle plus encore que la compétence des juridictions étatiques est hors de la volonté des justiciables et l'accord exprès prévu à l'article 12 ne peut, par une disqualification de la nature de l'arbitrage, remettre en cause un régime juridique d'organisation des voies de recours qui n'est pas " disponible " »<sup>1</sup>. On retrouve ainsi, par un chemin détourné, la limite posée à la volonté des parties en matière d'aménagement direct des voies de recours<sup>2</sup>.

En pratique, cette faculté de liaison du juge semble, à l'instar de l'amiable composition, assez peu exploitée. Une telle faculté pourrait pourtant présenter un intérêt certain pour les plaideurs désireux de limiter l'office du juge, non seulement en aval mais probablement encore plus en amont du conflit.

## B. Les clauses de qualification et d'exclusion des points de droit

534. **La justification de la limitation dans le temps de la liaison du juge.** Dans leur convention initiale, les parties peuvent souhaiter exclure d'emblée certaines qualifications gênantes pour leurs relations. Une partie importante de la doctrine soutient que cette faculté de lier le juge ne serait possible qu'une fois le litige né, pour différentes raisons. Aucun fondement textuel ne vient pourtant à l'appui d'une telle position. En réalité, la rédaction de l'alinéa 3 de l'article 12 porte au contraire à penser qu'une telle faculté de liaison du juge est tout à fait possible antérieurement à la naissance du litige. Certes, une telle faculté est contenue dans le Code de procédure civile, ce qui pourrait sembler incongru s'il n'était remarqué la portée processuelle d'une telle convention. La clause conclue entre les parties ayant pour vocation de lier le juge a en effet pour objet son office. Si elle contraint également les parties, son destinataire premier est le juge, que ce soit pour faire respecter l'accord des parties entre elles ou pour se plier à leur accord dans l'exercice de sa mission. Par ailleurs, l'inclusion de l'alinéa 3 au sein de l'article 12 du CPC incite à penser que le législateur n'a pas exclu l'utilisation par les parties de cette faculté d'agir sur le droit à l'aube de leurs relations. L'alinéa 4 précise en effet que le choix de l'amiable composition ne peut être effectué qu'une fois le litige né, alors qu'aucune précision similaire n'est contenue dans l'alinéa 3. Aucun argument textuel ne soutient en conséquence la position selon laquelle un tel accord sur le droit ne serait à la disposition des parties qu'une fois le litige né.

En opportunité, par hypothèse, à l'aube du procès, les parties seront moins enclines à restreindre les arguments éventuels qu'elles pourraient invoquer au soutien de leurs prétentions respectives, ce qui explique probablement que les pré-litigants ne fassent que très peu usage de cette faculté. « Sur le plan pratique cette exception à la règle est actuellement inopérante. Il est irréaliste de supposer que les adversaires puissent se mettre d'accord, au début du procès, sur les éléments du litige, d'une manière incommutable (...) le plaideur ne peut raisonnablement accepter de se lier les mains avant que ne commence le débat. La possibilité offerte par le texte est une fausse symétrie de la liberté »<sup>3</sup>.

535. **Sécurité et prévisibilité.** Offrir aux parties la faculté de lier le juge sur leurs qualifications et points de droit avant la naissance du litige leur permettrait une gestion plus fine des hypothèses de conflit, et ce dès la négociation de leur contrat. Une telle approche

---

<sup>1</sup> P. Level, note sous Cass. 1<sup>o</sup> civ., 6 avr. 1994, *Rev. arb.* 1995, p. 263.

<sup>2</sup> v. *supra* n<sup>o</sup> 437.

<sup>3</sup> R. Martin : « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP* 1974, I, 2625, n<sup>o</sup> 52.

présenterait également l'avantage d'une plus grande sécurité juridique et favoriserait l'épanouissement d'une saine prévisibilité des relations conflictuelles et donc, par anticipation, des relations contractuelles. En ce sens, B. Mercadal estime que « l'article 12 al. 4 offre une véritable occasion de résoudre certaines difficultés de qualification et de se prémunir efficacement contre les changements de qualification opérés parfois par le juge, souvent au nom de la commune intention des parties, et qui sont en réalité des novations portant atteinte à la sécurité des transactions »<sup>1</sup>. En dépit de ces avantages, peu d'auteurs se prononcent en faveur de la reconnaissance de cette liaison en droit anticipée du juge<sup>2</sup>. Il convient dès lors d'examiner les raisons pour lesquelles la liaison du juge est appréhendée avec autant de retenue lorsqu'elle pourrait avoir lieu dès l'origine des relations contractuelles.

536. **La tentative de rattachement de la liaison anticipée du juge à des figures existantes.** MM J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau ont envisagé cette faculté de liaison dans le contrat en tentant de la rattacher à des figures contractuelles existantes. En effet, l'accord portant sur les qualifications et points de droit réalisé par les parties avant même la naissance du litige, lors de la conclusion de leur contrat, pourrait s'apparenter à des stipulations déjà envisagées par ailleurs dans ces développements.

537. **Transaction.** Il a été envisagé, en raison de leur similitude d'objet, de comparer cet accord à une transaction : les deux conventions impactent radicalement l'office du juge en lui interdisant de se prononcer sur une situation donnée : « par cette clause les parties s'engagent, avant tout litige, à ne soumettre à la compétence des tribunaux qu'une partie de leur éventuelle contestation. D'une certaine façon, elles transigent sur un litige à venir »<sup>3</sup>. La proximité envisageable avec la transaction a été suggérée par ces auteurs puis écartée au motif de l'absence de concessions réciproques<sup>4</sup>. Dans certaines circonstances, la renonciation réciproque des parties à agir sur un fondement déterminé semble ne pas revêtir la même importance pour chacune d'entre elles : il en va par exemple ainsi lorsque la loi institue un régime particulièrement protecteur en faveur d'une partie déterminée. Des mécanismes propres sont alors généralement mis en place afin d'assurer une protection effective de ces parties dignes de protection, comme c'est par exemple le cas pour l'agent commercial. En cette occurrence, la renonciation à agir en justice en invoquant cette qualification ne saurait être considérée comme réciproque, et ce même si on sait que l'équivalence des concessions n'est pas nécessairement une condition de la reconnaissance de l'existence de celles-ci<sup>5</sup>.

Une telle qualification erronée serait par ailleurs, peut-être de manière plus décisive, écartée en raison de la qualification d'ordre public de ce statut. Le droit alors abandonné par le biais de la renonciation à la qualification serait certainement considéré comme indisponible lors de la conclusion du contrat, ce qui permettrait à la partie protégée de se délier de cette « pré-

<sup>1</sup> B. Mercadal : « Regards sur le droit des transports », in *études offertes à R. Rodière*. Dalloz, 1981, p. 423, *sp.* p. 432.

<sup>2</sup> Outre le professeur Barthélémy Mercadal (*Contrats et droit de l'entreprise*. Mémento pratique F. Lefebvre, 2005, *sp.* n°1526, p. 253), on peut recenser les professeurs Loïc Cadet (L. Cadet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*. Litec, 7<sup>e</sup> éd., 2011, *sp.* n° 549, p. 413), Olivier Gout (*Le juge et l'annulation du contrat*. Préf. P. Ancel, PUAM, 1999, n° 474, p. 323), Henri Motulsky (« La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, chron. p. 235, n°11) et Marie Lamoureux, *thèse préc.*, *sp.* n° 109, p. 128.

<sup>3</sup> J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau : *Traité de droit civil -Les effets du contrat*. LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2001, p. 178, n° 142.

<sup>4</sup> J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau : *Traité de droit civil -Les effets du contrat*. LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2001, p. 178, n° 142.

<sup>5</sup> *V. supra* n° 429.

qualification ». Cette qualification serait ainsi, par un mécanisme propre, insusceptible d'être écartée définitivement par la volonté des parties au stade du contrat.

Dans d'autres hypothèses, la qualification n'attribue pas un avantage particulier à l'un des contractants. Les qualifications alternatives étant ainsi neutres, chacune des parties pourrait avoir un avantage équivalent à les invoquer. Ne serait-il pas envisageable en ce cas de considérer que la renonciation mutuelle des parties peut constituer des concessions réciproques, permettant ainsi la qualification de transaction d'un tel accord sur le droit applicable ? En l'état de la jurisprudence, une telle qualification de transaction de la liaison du juge réalisée par les parties apparaît hautement improbable, d'autant que la qualification de renonciation conventionnelle semble appréhender de manière moins contraignante ces stipulations tout en déployant des effets similaires.

538. **Renonciation conventionnelle.** Si la qualification de transaction devait être écartée, la problématique pourrait, comme l'avaient fait remarquer MM J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billau<sup>1</sup>, également être rapprochée de celle posée par les renonciations à agir. Cette stipulation liant le juge ressemble de manière troublante à une renonciation conventionnelle bilatérale des parties à certains droits, plus particulièrement à celui d'invoquer un fondement juridique déterminé ou une règle précise. La liaison du juge ne serait-elle pas qu'une traduction, sur son office, de la renonciation conventionnelle des parties à agir sur un certain fondement juridique ? Avant de lier le juge en effet, l'accord lie les parties. L'accord semble dès lors avoir vocation, en premier lieu, à s'adresser à elles et à leur interdire réciproquement d'invoquer une qualification ou d'agir sur un fondement autre que ce dont elles ont convenu par la voie d'une fin de non-recevoir ciblée d'origine conventionnelle.

Les auteurs repoussent cependant également cette qualification au motif que le droit d'agir serait indisponible lors de la conclusion du contrat. Effectivement, nous l'avons vu, le droit d'agir en justice est d'ordre public, il ne peut y être renoncé de manière générale. Il semble cependant que le droit d'agir en justice serait préservé dès lors que la renonciation en question laisserait subsister une qualification plausible. Dans le cas contraire, l'accord des parties sur leurs qualifications et points de droit équivaldrait à leur interdire d'agir « utilement » en justice puisqu'une qualification entièrement inadéquate ne serait pas susceptible de prospérer. Un tel accord priverait ainsi l'action en justice de toute utilité. En toute hypothèse, il semble que l'usage modeste fait de cette disposition particulière sur les qualifications tende plus, en pratique, vers l'exclusion que vers l'élection de qualification. La désignation par les parties dans leur convention de la qualification appropriée à leur contrat est souvent réalisée afin d'exclure les autres qualifications qu'elles jugent inappropriées.

Il apparaît peu probable, hors les cas de fraude qui pourraient être sanctionnés par ailleurs, que les parties conviennent d'une qualification qui soit radicalement inapplicable à leur situation. Même en ce cas, l'absence de sanction juridictionnelle utile entraînée par une telle qualification radicalement erronée devrait pouvoir être invoquée afin d'anéantir un tel engagement s'il revient à nier la portée du contrat en rendant impossible sa sanction effective. Le raisonnement développé pourrait être similaire à celui adopté notamment au sujet de clauses de renonciation à action. Nous rejoignons l'opinion de L. Weiller qui estime que la seule application plausible et intéressante de cette faculté se manifesterait lorsque deux qualifications concurrentes pourraient

---

<sup>1</sup> J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billau : *Traité de droit civil -Les effets du contrat*. LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2001, *sp.* n°142, p. 179.

trouver à s'appliquer. « Pratiquement, la seule hypothèse concevable semble même devoir se réduire à celles où deux qualifications peuvent être envisagées concurremment, celles-ci n'étant pas en contradiction avec la prétention de l'une des parties et surtout, n'ayant pas pour effet d'écarter l'application d'une règle d'ordre public substantiel ou procédural »<sup>1</sup>. Cette conclusion ne semble cependant devoir s'appliquer dans toute sa rigueur que lorsque les qualifications ou points de droit en cause sont au cœur du contrat et se rapportent aux obligations essentielles de celui-ci. Les qualifications portant sur des éléments plus accessoires pourraient dans cette optique prospérer, n'attendant pas à la substance même de l'engagement, dans les mêmes conditions.

La réticence généralement manifestée par la doctrine et la jurisprudence à reconnaître la faculté aux parties de lier le juge antérieurement à la naissance du conflit semble en réalité avoir les mêmes sources que celle dont font preuve la jurisprudence et la doctrine au sujet d'autres figures auxquelles la liaison contractuelle du juge n'est d'ailleurs pas d'emblée associée. Il conviendra ainsi dans un premier temps de déterminer les clauses contractuelles organisant la liaison du juge en droit (1°) pour apprécier dans un second temps dans quelle mesure ces clauses pourraient être pourvues d'effet (2°).

#### 1° Les types de clauses contractuelles réalisant la liaison du juge en droit

539. **Choix ou exclusion.** Peuvent être distinguées les clauses de qualification et les clauses relatives au droit applicable. Ces deux types de clauses poursuivent le même but, encadrer le référentiel du juge en droit et se présentent souvent selon deux approches opposées similaires. En effet, au stade de la conclusion du contrat, il est fréquent que les parties décident d'appliquer telle qualification ou tel droit applicable dans une optique de choix réel, en particulier lorsque la distinction entre plusieurs qualifications possibles est ardue. Il est cependant également fréquent que les parties fassent usage de ces clauses afin d'exclure spécifiquement des qualifications ou des dispositions gênantes ou potentiellement dangereuses pour leurs relations. Ces clauses sont alors insérées dans les contrats dans une optique d'exclusion, visant à dissiper tout doute quant aux intentions des parties.

540. **Les clauses de qualification.** Les clauses de qualification<sup>2</sup>, qui se rencontrent assez fréquemment dans les contrats, stipulant que telles qualifications sont exclues par les parties et que seule telle autre qualification sera applicable à leur relation, pourraient bien constituer un accord exprès au sein même du contrat initial<sup>3</sup>. Ces clauses ne sont pas nécessairement intitulées comme telles mais leur contenu se retrouve parfois dans la clause définissant l'objet du contrat, laquelle choisit alors généralement une qualification donnée plus qu'elle ne semble en exclure<sup>4</sup>. Par une clause particulière de leur contrat, les parties entendent alors fixer la qualification devant être appliquée à l'opération juridique les unissant. Un tel accord avant tout litige ne pourrait être remis en cause que pour des considérations propres au droit des contrats ou pour des raisons impérieuses d'ordre public, lesquelles s'appliquent en toutes hypothèses. Les actions intentées par les parties ayant pour fondement ce contrat ne sauraient donc se

<sup>1</sup> L. Weiller : « Le contrat en procès », in E. Putman (dir.) : *L'accès à la justice*. PUAM, 2007, p. 89, *sp.* p. 111.

<sup>2</sup> M. Lamoureux : *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*. Préface J. Mestre, PUAM, 2006, *sp.* n°72, p. 98 et *s.*

<sup>3</sup> En ce sens, B. Mercadal : « Regards sur le droit des transports », in *Études offertes à R. Rodière*. Dalloz, 1981, *sp.* p. 423.

<sup>4</sup> V. A. Bac : « De la construction du contrat à sa qualification par le juge », *JCP E* 2001, p. 790.

fonder sur une autre qualification, puisque cet accord dans l'accord a déterminé que le droit le plus apte à saisir leur relation découlant du contrat serait celui applicable en fonction de la qualification choisie par les parties.

Les parties peuvent choisir de qualifier leur opération contractuelle dans son ensemble, en imposant, par exemple, la qualification de contrat d'entreprise et en excluant celle de contrat de vente. La liaison du juge pourrait également porter sur des éléments isolés du contrat qui revêtent une certaine importance pour les parties. Il convient dans cette perspective de noter que la liaison du juge sur la qualification à adopter n'est pas inconnue de la pratique contractuelle, même si elle n'est pas en toute hypothèse reconnue et respectée comme telle en toute circonstance. Des exemples de pré-qualifications par les parties d'éléments de leurs contrats devant être respectés par le juge ont d'ailleurs déjà été évoqués dans les développements qui précèdent. La stipulation d'une clause résolutoire de plein droit n'implique-t-elle pas que les parties ont choisi de qualifier un manquement particulier en manquement grave justifiant à leurs yeux la mise à mort du contrat ? On sait que le juge ne peut, en ces hypothèses, pas revenir sur la qualification donnée par les parties : il ne peut prendre en compte les éléments auxquels il a normalement recours pour déterminer le caractère justifié ou non de la résolution. Il semble dès lors que les parties opèrent par cette clause particulière une qualification qui lie le juge, alors amené à constater un fait dont la qualification et les conséquences juridiques ont été prédéterminées.

Il en irait par exemple de même lorsque les parties décideraient dans leur contrat de pré-qualifier les types de fautes dont elles envisagent la réalisation. Il leur sera ainsi loisible de disqualifier à l'avance tel manquement, qui pourrait par ailleurs être considéré comme grave, en manquement anodin car prévu et anticipé par les parties. En ce cas, les pré-qualifications données par les parties ne pourraient-elles pas être considérées comme réalisant une liaison du juge, qui ne saurait requalifier une fois le litige survenu ? Il faut dès lors admettre que la liaison du juge par les qualifications des parties n'est pas un mécanisme inconnu du droit contractuel français, mais qu'il n'est pas respecté en toutes circonstances, pour des raisons qui doivent être envisagées et discutées. Car, comme l'a exposé Mme Lamoureux<sup>1</sup>, ce n'est en effet que sous certaines conditions que la qualification choisie à l'origine par les parties dans leur convention s'imposera véritablement au juge.

541. **Les clauses relatives au droit applicable.** S'agissant des « points de droit » auxquels fait référence l'alinéa 3 de l'article 12, il est acquis depuis longtemps<sup>2</sup> que les parties ont le loisir de choisir, en matière internationale, par une clause d'*electio juris*, également appelée « contrat de choix »<sup>3</sup>, la loi applicable à leur contrat dès la conclusion de celui-ci, ce choix s'imposant au juge. À titre d'exception, il a même été jugé en la matière que les conclusions concordantes des parties sont suffisantes à lier le juge<sup>4</sup>. Cette clause de choix du droit applicable a pour vocation de déterminer selon quel droit le contrat des parties devra être

---

<sup>1</sup> M. Lamoureux : *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*. Préface J. Mestre, PUAM, 2006, *sp.* n° 83, p. 110.

<sup>2</sup> Cass. civ., 5 déc. 1910, *American Trading Company* ; *Revue de droit international privé*, 1911, p. 395 ; *JDI* 1912, p. 1156, note H. Galibourg ; *S* 1911, 1, p. 129, note Ch. Lyon-Caen ; Cass. civ., 6 juillet 1959, *Dame Allouche* ; *Rev. crit. DIP* 1959, p. 708, note H. Batiffol, désormais consacré par Rome II.

<sup>3</sup> J. Foyer : « Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la convention de Rome du 19 juin 1980 », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*. Dalloz, 1994, p. 169.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 mai 1997 ; *Rev. crit. DIP* 1997, p. 514, note B. Fauvarque-Cosson ; *JDI* 1997, p. 804, note D. Bureau.

envisagé par le juge et les parties. Il s'agit ainsi d'un contrat organisationnel, ne mettant aucune obligation à la charge des parties mais en créant au contraire à l'égard d'un tiers : ce contrat « déploie en réalité ses effets à l'égard du juge ou de l'arbitre »<sup>1</sup>. Il est intéressant de noter à cet égard qu'à l'origine, il était fait référence à l'alinéa 3 de l'article 12 du CPC en matière de choix du droit applicable une fois le litige né<sup>2</sup>, alors que cet alinéa ne semble pas avoir jamais été cité comme fondement s'agissant de la clause de choix de loi applicable.

S'il est loisible aux parties, sous certaines conditions, de choisir de soustraire radicalement leur relation au droit normalement applicable, leur interdire de lier le juge sur des points de droit plus ponctuels semblerait difficilement compréhensible. Il pourrait être avancé que lorsqu'un autre système juridique est désigné dans son ensemble, une certaine cohérence règnerait pour régir la situation objet du conflit et qu'une telle désignation globale par avance serait ainsi moins périlleuse que la liaison du juge sur quelques points déterminés. Il faut admettre que la cohérence du système juridique en cause serait respecté mais il est permis de douter qu'une telle référence globale assure une plus grande prévisibilité pour les parties que la détermination conventionnelle par elles, sur mesure, de points de droit en particulier.

Rien ne s'opposerait ainsi à ce que les parties lient le juge, dès leur contrat initial, par des points de droit déterminés dès lors que les gardes fous usuels en la matière sont érigés. Il semble probable que si les parties usent de cette faculté de lier le juge sur leurs points de droit, elles le fassent, en pratique, non pour restreindre inconsidérément les facultés à leur disposition (ou à la disposition d'une seule d'entre elles), en choisissant d'emblée de limiter le débat éventuel à un point de droit déterminé, mais afin d'écarter l'application d'une règle déterminée lors d'un éventuel conflit. Les parties pourraient ainsi convenir qu'une partie ne saurait, par exemple, invoquer à l'encontre de l'autre la compensation légale de leurs créances réciproques ou solliciter l'exécution forcée des obligations de l'autre partie. Ces clauses excluant des points de droit déterminés sont susceptibles d'être admises et de lier le juge, mais à un autre titre, celui de la renonciation conventionnelle à un droit qui semble constituer le penchant de la liaison du juge par les parties.

Il semble dès lors légitime de se demander si cette liaison entraînant le respect de la volonté des parties exprimée dans le contrat initial est vraiment si particulière. Comme nous l'avons déjà remarqué au sujet de la transaction, le principe demeure en effet que le juge est tenu de respecter les stipulations des parties. Dès lors le renfort de l'alinéa 3 de l'article 12 est-il réellement nécessaire afin d'imposer au juge le respect des qualifications et points de droit des parties ? Il semble au contraire qu'il impose des exigences plus contraignantes pour atteindre les mêmes fins.

## 2° L'efficacité conditionnée des clauses de liaison du juge

542. **Une hiérarchisation discutable des alinéas de l'article 12.** Les stipulations exprimant la volonté des parties dans le contrat d'origine ne semblent pas vraiment respectées, le juge ne s'estimant pas contraint avec la force que lui reconnaît l'alinéa 3 de l'article 12 du CPC. La raison semble avoir sa source dans le fait que le deuxième alinéa de l'article 12 a pris un

<sup>1</sup> J.-M. Jacquet : « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, liber amicorum H. Gaudemet-Tallon*. Dalloz, 2008, p. 727, *sp.* p. 740.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 19 avr. 1988, *Roho*, n° 85-18715 ; *Bull. civ.* I, n° 104, p. 71 ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 68, note H. Batiffol ; *D.* 1988, somm. 345, obs. B. Audit.

ascendant certain sur le troisième qui fait figure d'exception. Ce deuxième alinéa dispose en effet, comme principe, que le juge doit « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Cet article est généralement interprété comme donnant pouvoir au juge de faire fi de la majeure partie des qualifications et points de droit des parties qu'il jugerait inappropriés. La force obligatoire du contrat à l'égard du juge est pourtant classiquement reconnue concernant les obligations des parties. Les hypothèses de modification judiciaire du contenu contractuel sont suffisamment rares pour s'interroger sur les raisons du relatif mépris manifesté à l'égard des stipulations définissant les éléments de droit applicable au litige éventuel des parties.

Si la validité des conventions des parties touchant à l'office du juge semble constituer l'exception, ne serait-il pas préférable de donner effet aux stipulations des parties ? Rien ne semble devoir s'y opposer si celles-ci sont exprimées expressément, le juge conservant le pouvoir de les contrarier uniquement si elles portent sur des droits indisponibles<sup>1</sup> ou si elles contredisent la portée de l'engagement des parties. La liaison du juge dès la conclusion du contrat peut certes dans certains cas sembler dangereuse et imposer en cela que les parties faibles soient protégées des conséquences d'un engagement hâtif ou consenti inconsidérément en l'absence de toute information ou négociation<sup>2</sup>. Ces préoccupations se retrouvent cependant désormais classiquement au sujet d'autres clauses qui peuvent se révéler tout aussi dangereuses pour les parties et ne semblent pas devoir s'opposer radicalement à toute liberté contractuelle. Les limites tenant au contrat pourraient par ailleurs permettre d'écarter les stipulations trop dangereuses.

**543. *Le rééquilibrage souhaitable des rôles du juge et des parties relativement aux qualifications.*** Une approche plus respectueuse de la volonté des parties consisterait ainsi à considérer que le pouvoir de qualification du juge ne s'applique que lorsque que les parties n'ont pas convenu d'attribuer une qualification donnée à leur contrat, à un de ses éléments ou de fixer un point de droit dans leur contrat initial. Quant à la « restitution de l'exacte qualification », une autre interprétation pourrait restreindre son application aux qualifications proposées par les parties dans leurs conclusions, et ce qu'elles soient ou non concordantes. Cet article permettrait ainsi au juge d'imposer sa qualification et d'appliquer les règles de droit uniquement si aucune convention expresse des parties n'existe sur la question. Une telle interprétation, replaçant le pouvoir du juge à sa juste distance à l'égard du contrat des parties, s'accorderait par ailleurs parfaitement avec l'interprétation fondée sur l'absence de circonscription temporelle de l'alinéa 3 selon laquelle la liaison du juge pourrait intervenir à tout moment et pas seulement une fois le litige né. En rééquilibrant la force et le champ d'application respectif des alinéas 2 et 3 de l'article 12, la volonté des parties portant sur le droit serait ainsi respectée et s'imposerait au juge au même titre que leur volonté protégée par la force obligatoire du contrat.

Une telle solution présenterait cependant l'inconvénient d'accorder trop d'importance à des qualifications employées par erreur par les parties dans leur contrat. Il est d'ailleurs envisageable que l'accord exprès exigé par l'alinéa 3 de l'article 12 du CPC ne soit pas considéré comme réalisé dans le contrat initial, précisément en raison des cas de qualifications ambiguës. Il risque également d'advenir que la volonté des parties d'imposer au juge leurs

---

<sup>1</sup> Le professeur Barthélémy Mercadal réserve la seule exception de la contrariété à l'ordre public : B. Mercadal : *Contrats et droit de l'entreprise*. Mémento pratique F. Lefebvre, 2005, *sp.* n°1527, p. 254.

<sup>2</sup> *V.* en ce sens M. Lamoureux, *thèse préc.*, note 450, p. 129.

éléments de droit ne soit pas considérée comme assez fermement et clairement exprimée dans le contrat pour lier le juge. Comme il l'a déjà été constaté<sup>1</sup>, les qualifications des parties sont parfois loin d'être irréprochables. Attribuer une force contraignante excessive à ces qualifications dans le contrat d'origine pourrait aboutir à des hypothèses peu souhaitables. Cette considération participe probablement au déclassement des qualifications contractuelles des parties, qui ne sont considérées que comme constituant « une présomption de conformité de l'acte passé avec la qualification adoptée »<sup>2</sup>.

Il conviendrait dès lors, si les parties entendent fermement lier le juge par leur stipulation, d'estimer que les stipulations des parties n'interdisent au juge de requalifier que si elles manifestent clairement leur volonté de le lier dans les conditions exposées par l'alinéa 3 de l'article 12. Il pourrait en être ainsi lorsque le choix des parties s'exprime au sein d'une clause particulière de qualification ou encore lorsque, s'imposant une contrainte supplémentaire qui n'est pas imposée par la loi, elles font usage d'une formule faisant référence à l'alinéa 3 de l'article 12 du CPC<sup>3</sup>. De telles conditions formelles permettraient d'écarter tout doute sur le caractère anodin de la qualification « proposée » par les parties dans leur contrat, tout en donnant effet aux stipulations indubitablement pensées par les parties dans le but de se lier entre elles et de lier le juge<sup>4</sup>.

Cette approche formaliste de l'alinéa 3 de l'article 12 du CPC serait par ailleurs appuyée par l'avant-projet de réforme du droit des obligations porté par le professeur Pierre Catala dont la proposition d'article 1142 expose que « lorsque les parties ont donné à leur accord une dénomination, il y a lieu de la suivre. Lorsqu'elle est inexacte, le juge redresse cette qualification hors les cas où elle s'impose à lui ». L'avant-projet semble ainsi instaurer l'équilibre souhaitable entre les alinéas 2 et 3 de l'article 12 et apparaît pouvoir être interprété comme permettant la liaison du juge dès le stade contractuel. Cet article paraît en revanche restreindre le champ d'application de la liaison du juge à la seule typologie du contrat dans son ensemble, ce qui apparaît inutilement restrictif par rapport à la disposition actuellement en vigueur, qui permet au surplus dans les mêmes conditions la fixation de points de droit.

544. **La contrainte opérée sur les parties elles-mêmes.** Rien ne s'opposant fondamentalement à la validité de la liaison du juge, il convient désormais d'envisager ces stipulations et leurs effets non plus sur le juge mais entre les parties elles-mêmes. Qu'advierait-il alors d'une action d'une des parties intentée en dépit d'un accord liant le juge? Quelle devrait être la position du juge à l'égard de cette action? Si la question est en effet classiquement envisagée du point de vue de la relation entre juge et parties, et particulièrement sous l'angle de la contrainte de la mission du juge, l'hypothèse n'en semble pas moins intéressante, se rapprochant des cas de renonciation déjà envisagés.

---

<sup>1</sup> V. *supra* n° 206.

<sup>2</sup> F. Terré : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Préf. R. Le Balle, Bibl. dr. privé, t. II, LGDJ Thèse Paris, éd. 1957, *sp.* n° 220, p. 205 ; v. ég. M. Lamoureux, *thèse préc. sp.* n° 83 et s.

<sup>3</sup> En ce sens, v. le professeur Marie Lamoureux qui propose même une formule à cet effet : M. Lamoureux, *thèse préc.*, *sp.* n° 99, p. 124.

<sup>4</sup> C'est dans ces conditions que le professeur Henri Motulsky souhaitait que soit respectée la volonté des parties sous réserve de la contrariété à l'ordre public : H. Motulsky : « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, *chron.* p. 235, n°11 : « le choix conscient d'un statut juridique en soi inapproprié ne doit, en d'autres termes, être proscrit que dans la mesure où il est contraire à l'ordre public » dès lors qu'il a été établi que les parties ont eu « l'intention de changer la qualification réelle ».



Il semble admis qu'une telle renonciation « trop » anticipée à un droit, lors de la formation du contrat, serait susceptible d'être écartée en raison de « l'indisponibilité temporelle » de certains droits. La question ne semble cependant jamais se poser dans la période intermédiaire, celle entre la conclusion du contrat et la naissance du litige. En effet, une fois le litige né, les parties sont plus à même d'appréhender le caractère périlleux de la renonciation, et le litige étant déclaré, de concevoir les implications juridiques sur leurs éventuelles prétentions. Mais dans la période intermédiaire, les droits issus du contrat sont acquis, et le litige peut être seulement en germe. Un accord dans cette période anodine pourrait ainsi avoir les conséquences qui lui sont refusées lors de la conclusion du contrat. Un accord intervenant entre les parties portant renonciation réciproque à agir en justice sur un fondement déterminé, sur une cause de nullité relative par exemple, serait susceptible de produire tous ses effets et d'interdire aux parties, durablement, d'agir sur un fondement déterminé.

Concernant l'impossible renonciation à la nullité relative du contrat, sous réserve de l'ordre public, les limites aux renoncements à des prérogatives contractuelles sont notamment dictées par l'intérêt que doit continuer de présenter le contrat pour les parties, mais pas seulement : « si toute clause emportant par avance renonciation au bénéfice d'une protection légale est nulle, toute partie peut faire abandon d'un droit prévu dans son intérêt, lorsqu'il est définitivement acquis »<sup>1</sup>. Or, lors de la conclusion du contrat, le droit à invoquer sa nullité, qu'elle soit relative ou absolue, semble acquis. Avant tout litige, ne serait-il pas envisageable que les parties décident de lier le juge par une sorte de « seconde vague de contractualisation » afin de mettre leur contrat à l'abri d'une nullité relative ?

Permettant aux parties, dans une certaine mesure, de forcer le juge à se prononcer « hors la règle juridique normalement applicable »<sup>2</sup>, l'alinéa 3 de l'article 12 du CPC, d'une vigueur particulière, est ainsi susceptible de modifier en profondeur son office. Le juge semble alors particulièrement au service des parties qui, sous réserve de considérations d'ordre public nécessairement hors de leur atteinte, disposent de la liberté de dicter au juge le référentiel à adopter. Cette liaison du juge semble en ce sens constituer l'exemple le plus manifeste de la prise en compte par le législateur d'une conception relativiste de la Justice. Les justiciables sont ainsi en mesure, par leur accord, de guider le juge sur la voie qu'ils ont tracée. Par les conventions de preuve<sup>3</sup>, les parties peuvent imposer au juge de prendre une certaine distance avec la réalité des faits. Par la liaison du juge, les parties disposent du pouvoir tout aussi particulier d'imposer au juge de prendre une certaine distance par rapport au droit. Cette direction particulière impulsée par les parties trahit dès lors une certaine appropriation de la latitude généralement reconnue au juge, en le contraignant dans l'exercice de sa *jurisdictio*. Cette même utilisation des pouvoirs traditionnels du juge par les parties dans la poursuite de

---

<sup>1</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 29 oct. 1970, *Bull. civ.* III, n°553.

<sup>2</sup> J. Miguet : « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, al. 4, du Code de procédure civile) », in *Mél. P. Hébraud*. Préface M. Despax, PI Toulouse, 1981, p. 567.

<sup>3</sup> *V. not.* la décision *Crédicas* : Cass. 1<sup>e</sup> civ., 8 nov. 1989, n° 86-16196 ; *Bull. civ.* I, n° 342, p. 230 ; *D.* 990, p. 369, note C. Gavalda et p. 327, obs. J. Huet ; *D.* 1991, p. 38, obs. M. Vasseur ; *RTD civ.* 1990. 79, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1990, p. 78, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié, qui a décidé que « les conventions relatives à la preuve sont licites pour les droits dont les parties ont la libre disposition ». La liberté des parties d'établir des conventions de preuve a par la suite été consacrée par l'article 1316-2 du Code civil, qui ne reprend cependant pas explicitement la condition de la libre disponibilité des droits. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations propose cependant de consacrer cette limitation en faisant expressément référence à cette limite.

leur propre justice se manifeste également au regard de l'instrumentalisation, consentie ou non, de son *imperium* mais également de sa *jurisdictio*.

## Section 2 La réception par le juge de l'accord des parties

545. **La diversification des missions du juge.** Les parties peuvent, par des volontés concordantes, influencer sur les référentiels qu'elles souhaitent imposer au juge dans l'exercice de sa mission juridictionnelle. Elles peuvent également le mettre à contribution dans la réalisation de leur propre justice par d'autres moyens, en décidant de lui faire jouer différents rôles démembrant les attributs traditionnels de sa mission dans la résolution de leur litige. Les parties souhaitent parfois, en ayant recours au juge, réaliser le simple renforcement de la convention qu'elles ont conclu relativement à leur différend. C'est en ce cas l'*imperium* du juge que les parties recherchent, que ce soit par la conclusion d'un contrat judiciaire, défini comme un « contrat conclu par les parties devant le juge pendant le procès sur une question litigieuse »<sup>1</sup> ou par la soumission à sa constatation d'un accord conclu hors procédure. Le juge intervient alors, dans des hypothèses assez proches, en qualité d'appui de la volonté des parties (§1<sup>er</sup>) qu'elles aient trouvé amiablement une issue à leur différend ou qu'elles souhaitent contractualiser leur accord relativement à des droits en partie indisponibles. Ce faisant, les parties gèrent leur conflit, en prévenant par ce biais la survenance de différends ultérieurs. La fonction du juge s'approche en ce cas de celle qui lui est confiée dans le cadre de sa mission gracieuse : il ne tranche pas de litige, lequel n'existe pas ou plus à proprement parler dans ces deux cas, du moins au stade de la demande d'homologation. Il appuie la convention des parties afin de lui faire produire tous ses effets, en conférant à leur accord une force supérieure à celle qui eut été la sienne en l'absence d'avalisation du juge.

Un tel rôle du juge témoigne de la diversification de ses missions sous l'impulsion des volontés des parties. Son rôle de départiteur, bien que toujours prépondérant, laisse peu à peu de la place à un rôle de facilitateur à l'expression de la volonté des parties. En ce sens, « le juge qui tranche recule au profit du juge qui soutient »<sup>2</sup>. Dans certaines hypothèses, le soutien du juge à la volonté des parties est exploité par elles à son insu, la volonté conjointe des parties ayant pour ambition de voir prononcer une décision qu'elles souhaitent toutes deux, en imposant au juge leur volonté au sein même du tribunal. Leur volonté réalise en ce cas une véritable instrumentalisation de la volonté du juge contre son gré, les parties lui faisant prononcer une décision qu'elles ont en réalité elles-mêmes déterminée. En ce cas la fonction juridictionnelle du juge, sa *jurisdictio*, convoitée par les parties, fait l'objet d'une appropriation par celles-ci au travers des jugements convenus ou d'expédient (§2). Dans ces deux cas, le juge est en quelque sorte un acteur plus ou moins passif de l'appropriation de la justice par les parties.

### §1<sup>er</sup> Le juge au soutien de la volonté des parties

546. **L'*imperium* ou *jurisdictio*.** La volonté commune des parties peut être soutenue par le juge afin de donner plein effet à l'accord conclu entre elles en permettant, le cas échéant, son application efficace par la force exécutoire. Cela permet à l'une des parties de faire appel au concours de la force publique pour contraindre son cocontractant à exécuter les obligations qui y sont contenues. La finalité du recours au juge est de conférer à l'accord de volonté une

---

<sup>1</sup> V° Contrat judiciaire in G. Cornu (dir.) : *Vocabulaire Juridique*. Association H. Capitant, 9<sup>e</sup> éd., Quadriège, PUF, 2011.

<sup>2</sup> Ch. Hugon : « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *PA* 11 déc. 2003, p. 4.

applicabilité de nature à assurer son respect effectif. Selon les cas, cependant, le rôle du juge sera plus précisément de « rendre effectif ou renforcer l'effectivité d'un accord »<sup>1</sup>, selon qu'il s'agira d'une procédure d'homologation strictement entendue comme condition de validité de l'accord sollicitant la disposition par les parties de droits indisponibles, ou d'une homologation tendant à conférer à l'accord valablement constitué des caractéristiques dont il est dépourvu sans l'intervention du juge. C'est alors l'*imperium* du juge qui est en jeu.

Selon les hypothèses, le rôle du juge semble revêtir une importance et une intensité différentes, parfois sous la même dénomination, les termes n'étant pas employés en la matière avec rigueur dans les textes<sup>2</sup>. C'est ainsi que le terme « homologation », défini comme l'« approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, supposant du juge un contrôle de légalité et souvent un contrôle d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice »<sup>3</sup>, est, à tort<sup>4</sup>, utilisé aux fins de désigner plusieurs interventions possibles du juge, présentant des caractéristiques différentes relativement à la *jurisdictio* du juge et à son rôle dans l'accord des parties<sup>5</sup>. Le juge représente un simple réceptacle de l'accord des parties (A) lorsque son intervention est sollicitée afin de mettre fin à un conflit. Il assume également un rôle plus proche de son office juridictionnel, celui d'avaliseur des accords amiables, lorsque son approbation est érigée en condition d'efficacité de l'acte des parties dans une optique de prévention des conflits (B).

#### A. Le juge réceptacle de l'accord des parties

547. **La recherche du bénéfice de la force exécutoire.** En ces hypothèses, l'objectif pour les parties est d'obtenir le caractère exécutoire de l'accord sans avoir recours au schéma processuel usuel emprunté pour contraindre un contractant à l'exécution de ses obligations contractuelles. L'exécution des obligations est en effet à l'origine de nombreux contentieux soumis aux tribunaux et les contrats ayant pour ambition de mettre fin à un litige ne font pas en la matière figure d'exception. En dehors des hypothèses de recours aux mesures provisoires, dont le caractère parfois en pratique définitif a été souligné, l'action au fond devant les juridictions devrait, en l'absence d'exécution spontanée, être intentée afin d'obtenir du juge une décision susceptible de contraindre le cocontractant réticent. Or, ne traiter les accords réglant un différend que comme les accords usuels serait susceptible de générer du contentieux contractuel en chaîne de nature à décourager les plus fervents partisans de l'amiable. C'est la raison pour laquelle le résultat des processus de résolution amiable des différends a été considéré comme devant bénéficier d'un cheminement simplifié pour en obtenir l'exécution et assurer ainsi la résolution effective du contentieux à l'occasion duquel ils sont intervenus. Le cadre dans lequel le juge intervient au soutien de la volonté des parties (1°) devra être abordé avant de s'interroger sur l'étendue du pouvoir dont dispose le juge pour apprécier si la volonté des parties mérite son appui (2°).

---

<sup>1</sup> Ch. Hugon : « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *PA* 11 déc. 2003, p. 4.

<sup>2</sup> Homologation ou force exécutoire, requête, tous ces termes ambigus et employés comme tels ne facilitent pas un exposé clair des dispositions ou régimes applicables ; sur un effort de clarification de certains termes : M. Foulon et Y. Strickler : « Accords et force exécutoire en France », *Gaz. Pal.* 3 sept. 2013, n° 246, p. 8.

<sup>3</sup> V° Homologation in G. Cornu (dir.) : *Vocabulaire Juridique*. Association H. Capitain, Quadriga, PUF, 9<sup>e</sup> éd., 2011.

<sup>4</sup> A. Engel-Créach : *Les contrats judiciairement formés*. Préf. A. Bénabent, Economica, 2002, *sp.* n° 62, p. 41 : « un contrôle facultatif fait douter que l'intervention judiciaire puisse être qualifiée d'« homologation » ».

<sup>5</sup> Ch. Hugon : « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *PA* 11 déc. 2003, p. 4.

1° Le cadre de la réception par le juge de l'accord des parties

548. **Les accords éligibles.** La réception de la volonté des parties par le juge peut intervenir, schématiquement, selon deux modalités différentes, selon que le contrat aura été conclu en cours de procédure, mettant fin à un litige porté devant une juridiction, ou qu'il aura été élaboré en dehors de toute procédure. Le contrat judiciaire constitue un des instruments privilégiés à la disposition des parties pour faire constater leur accord par le juge et en assurer l'efficacité (a). Les accords conclus hors procédure et notamment la transaction, conçue comme l'archétype du contrat formalisant la résolution des différends, bénéficient pour les mêmes raisons de dispositions spéciales permettant de leur voir conférer force exécutoire (b).

a) La constatation de l'accord des parties par un contrat judiciaire

549. **L'activité réceptive du juge.** En cette matière, le rôle du juge par rapport à la volonté des parties est confiné à celui d'un simple récipiendaire, une sorte de simple officier public, dont l'intervention entraîne cependant des conséquences importantes relativement à la force exécutoire attachée à l'accord qui lui est soumis en le transformant, dans le cadre d'une procédure, en contrat judiciaire. « Hybride, le contrat judiciaire se situe aux confins du contractuel et du judiciaire pour désigner un mécanisme dont les manifestations se révèlent hétérogènes »<sup>1</sup>. Le départ entre les hypothèses de contrat judiciaire et de jugement semble parfois mission impossible tant la jurisprudence a pu sembler incohérente sur la question<sup>2</sup>. Le contrat, même dénommé judiciaire, conserve sa nature exclusivement contractuelle et ne bénéficie ainsi que de l'autorité de la chose convenue<sup>3</sup>, ce qui a pour conséquence d'exclure les voies de recours propres aux décisions juridictionnelles<sup>4</sup> et de soumettre la convention aux seules conditions relatives à la validité des contrats, et notamment à celles tenant à la libre disponibilité des droits en cause. En ce cas, l'intervention du juge présente pour les parties l'avantage de conférer la forme authentique à leur convention qui acquiert ainsi la même force probante que celle attribuée à un acte passé devant notaire, son office s'en rapprochant en certains cas de très près. Il en va ainsi lorsque le juge, par un simple constat, attache des effets particuliers à la convention des parties sans exercer sa fonction juridictionnelle. Le seul enjeu pour les parties est alors de fortifier leur accord aux fins de le faire exécuter et le juge ne représente dans ces hypothèses qu'un passage obligé des parties qui recherchent le seul exercice de son *imperium*.

Le sceau du juge rend l'accord des parties irrévocable, sauf par *mutuus dissensus*. Les juridictions appelées à statuer par la suite ne pourraient ainsi ni le modifier ni décider de la caducité des engagements qui y sont contenus<sup>5</sup>. Le juge se borne à constater l'accord intervenu entre les parties, il ne prend en réalité aucune décision ni n'imprime de caractère juridictionnel à sa constatation mais se contente de recouvrir l'accord des parties d'un « manteau

<sup>1</sup> G. Deharo : V° Contrat judiciaire, *in Rep. Proc. Civ.*, n° 14.

<sup>2</sup> A. Bénabent : « Les subtilités de frontière entre contrat et jugement », *RDC* 2007, n° 3, p. 759.

<sup>3</sup> Et non de l'autorité de la chose jugée : Cass. 1° civ., 12 déc. 2006, n° 04-11579 ; *Bull. civ. I*, n° 547 p. 487.

<sup>4</sup> Cass. 1° civ., 8 juin 2004, n° 02-16082, non-publée ; Cass. 2° civ., 4 mars 1998, n° 95-20633 ; *Bull. civ. III*, n° 56, p. 38 ; *RGDP* 1998, p. 657, note G. Wiederkehr ; Cass. 3° civ., 10 juillet 1991, n° 90-11847 ; *Bull. civ. III*, n° 208, p. 121.

<sup>5</sup> Cass. 1° civ., 20 juill. 1961, n° 59-11561 ; *Bull. civ. I*, n° 421.

judiciaire »<sup>1</sup>. Cette activité réceptive<sup>2</sup> du juge, manifestation de « l'administration publique du droit privé, le juge se bornant à recevoir la volonté des parties, sans exprimer sa volonté propre »<sup>3</sup>, permet aux parties d'imprimer une force intéressante à leur volonté conjointe et de conférer force exécutoire à leur accord sans pour autant le purger des vices qu'il pourrait receler<sup>4</sup>. Il en est ainsi dans les procédures se déroulant devant les juridictions étatiques, notamment lorsque les parties présentent un accord devant le juge<sup>5</sup>, lequel sera consigné dans un procès verbal de conciliation qui constituera un titre exécutoire<sup>6</sup> ou lorsque le juge prononcera un « jugement » de donné-acte. La voie du procès verbal devra être privilégiée dès lors que l'accord prévoit une expulsion ou l'évacuation d'un immeuble puisqu'en vertu de l'article 411-1 du Code des procédures civiles d'exécution, seul un tel procès verbal de conciliation pourra valablement poursuivre ces objectifs<sup>7</sup>. Cette même force du contrat judiciaire impose aux parties de détailler précisément, devant le juge, l'ensemble des considérations relatives à l'accord qui est exprimé devant lui, sous peine de ne voir qu'une partie de leur accord constaté et d'entraîner ainsi une situation délicate si l'une des composantes de l'accord, non exprimée devant le juge, n'est pas spontanément respectée<sup>8</sup>. En cas de conflit entre l'accord des parties et le contrat judiciairement constaté, la composante contractuelle prévaudra<sup>9</sup>.

550. **Sentence d'accord-parties.** L'arbitrage connaît un instrument similaire, la sentence d'accord-partie<sup>10</sup>, parfois prévue dans les règlements des centres d'arbitrage<sup>11</sup>. Cet instrument semble en réalité dépourvu de tout intérêt dans la mesure où l'accord des parties ne peut se voir conférer ni la force probante des actes authentiques attachés à la sentence, ni la force exécutoire<sup>12</sup>. Il a cependant été avancé que c'est précisément cette absence d'avantages de l'accord conclu entre les parties devant l'arbitre qui devrait justifier que la sentence d'accord-

<sup>1</sup> J. Hauser : « Des conventions dans le divorce et du contrat judiciaire », *RTD civ.* 2008, p. 662.

<sup>2</sup> Par opposition à l'activité volitive du juge : H. Motulsky : « Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé » *Trav. comité fr. DIP* 1948-1952, p. 13, *sp.* p. 17.

<sup>3</sup> S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand : *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*. Dalloz, 32<sup>e</sup> éd., 2014, *sp.* n° 1027.

<sup>4</sup> Cass. soc. 3 mars 1977, n° 76-11000 ; *Bull. civ.*, V, n° 162, p. 128.

<sup>5</sup> Et ce qu'il « intervienne devant lui ou qu'il ait été conclu hors de sa présence » selon l'article 384 al. 3 du CPC.

<sup>6</sup> Selon l'article 131 du CPC.

<sup>7</sup> La jurisprudence s'est en effet prononcée au sujet de la transaction extrajudiciaire homologuée : Cass. Avis, 20 oct. 2000, n° 02-00013 ; *Bull. avis*, n° 9, p. 9 ; *D.* 2000, IR 296 ; *RTD civ.* 2001, p. 213, obs. R. Perrot ; *JCP* 2001, II, 10479, note Y. Desdevises ; *Dr. et proc.* 2001, p. 123, obs. J.-J. Bourdillat ; une telle solution devrait en toute logique être étendue aux autres accords homologués.

<sup>8</sup> Pour un exemple d'un jugement de donné acte constatant un désistement d'appel sans que la condition ayant déterminé la volonté de se désister n'ait été exprimée, résultant en une impossibilité d'agir par la suite, v. Cass. soc., 3 mars 1988, n° 85-42355 ; *Bull. civ.* V, n° 159.

<sup>9</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 25 juin 2008, n° 07-10511 ; *Bull. civ.* I, n° 179 ; *D.* 2008, p. 1997 ; *JCP* 2008, IV, 2363 ; *JCP* 2008, I, 206, n° 3, obs. Th. Clay.

<sup>10</sup> Pour un exemple en matière d'arbitrage du bâtonnier, dont la qualification d'arbitrage peut en réalité être discutée, v. Cass. 1<sup>e</sup> civ., 14 nov. 2012, n°11-24238, non-publiée ; *Rev. arb.* 2013, p. 139, note J. Billemont ; *RTD com.* 2013, p. 476, note E. Loquin ; *PA*, 30 avril 2013 n° 86, p. 5, note J. Jourdan- Marques. Comme le souligne un commentateur, (J. Billemont, *préc.*) cette pratique est d'ailleurs reprise dans l'article 32 du règlement d'arbitrage de la CCI.

<sup>11</sup> LCIA (article 26.8 au sujet des « *consent awards* ») et CCI (article 32) notamment ; v. J.-M. Tchakoua : « Le statut de la sentence arbitrale d'accord parties : les limites d'un déguisement bien utile », *RDAl* 2002, p. 775.

<sup>12</sup> J. Billemont : « La sentence d'accord-parties : vraie sentence ou transaction déguisée ? », *Rev. arb.* 2013, p. 139, note sous Cass. 1<sup>e</sup> civ., 14 nov. 2012 *préc.* ; J. Billemont : *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*. Préf. Ch. Jamin, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 549, 2013, *sp.* n° 606, p. 424.

parties soit « déguisée » en une sentence afin de bénéficier des facilités relatives à l'exécution reconnues aux « véritables » sentences tout en soulevant l'inadéquation des modes de recours qu'une telle qualification juridictionnelle ne manquerait pas d'entraîner<sup>1</sup>.

La résolution des différends ne se déroule heureusement pas nécessairement dans le cadre d'une procédure judiciaire ou arbitrale. La promotion des modes alternatifs de règlement des conflits hors de toute procédure implique que les solutions élaborées par les parties hors de tout encadrement juridictionnel bénéficient également de facilités en vue de leur exécution.

b) La constatation de l'accord des parties par l'homologation

551. **L'élargissement de la catégorie des accords homologuables.** Les accords issus des traitements amiables des différends, bien que souvent spontanément exécutés du fait de leur caractère conventionnel, nécessitent parfois le concours de la force publique afin de mettre définitivement un terme au conflit entre les parties. Le terme d'homologation de certaines catégories d'accords a récemment été consacré<sup>2</sup> pour désigner une procédure au terme de laquelle le juge appuie la volonté des parties, en usant de son *imperium*, afin de permettre à leur accord de déployer les effets nécessaires à son efficacité alors même que le litige ainsi éteint n'a jamais été soumis à un tribunal. Le système mis en place originellement relativement à l'homologation de la seule transaction a ainsi été étendu aux autres accords résultant des modes alternatifs de traitement des conflits.

Tous les accords obtenus suite à une conciliation, une médiation et une procédure participative, qui ne pourraient pas nécessairement être qualifiés de transaction, peuvent désormais être soumis par les parties à homologation du juge afin de les rendre exécutoires<sup>3</sup> et d'assurer ainsi leur applicabilité pratique, au besoin sous la contrainte. Les modalités de sollicitation de l'homologation par le juge n'ont cependant pas été uniformisées par ce décret, dont on a pu déplorer le laconisme<sup>4</sup>, et une myriade de dispositions éparpillées dans le code régissent la procédure devant être intentée pour obtenir une telle homologation. Ainsi, en matière de médiation conventionnelle<sup>5</sup>, la requête ne peut être présentée que si toutes les parties ont manifesté leur accord sur ce point, que la requête soit conjointe ou qu'elle soit unilatérale, mais avec l'accord exprès des autres parties.

552. **La condition de l'accord exprès.** L'accord exprès serait-il réalisé par une stipulation de l'accord des parties par laquelle ces dernières accepteraient que l'accord soit présenté à l'homologation ? Rien ne semble s'y opposer en l'absence de précision concernant cet accord exprès. L'imposition d'une telle autorisation apparaît néanmoins relativement étrange. Un

---

<sup>1</sup> J.-M. Tchakoua : « Le statut de la sentence arbitrale d'accord parties : les limites d'un déguisement bien utile », *RDAL* 2002, p. 775, *sp.* p. 784.

<sup>2</sup> Par le décret 2012-66 en date du 20 janvier 2012.

<sup>3</sup> L'alinéa 1 de l'article 1565 du CPC dispose en effet : « 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 ».

<sup>4</sup> F. Marchadier : « L'attribution de la force exécutoire à la transaction extrajudiciaire après le décret du 20 janvier 2012 », *Gaz. Pal.*, n° 342-343, 7 déc. 2012, p. 15 ; Le professeur Hervé Croze et M. Christian Laporte déplorent que la procédure d'homologation n'y ait pas gagné en efficacité (H. Croze et Ch. Laporte : « Mais où est donc passé l'article 1441-4 du Code de procédure civile ? », *Gaz. Pal.* 3 avr. 2012, n° 94, p. 16).

<sup>5</sup> Article 1534 du CPC : « 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 ».

accord valablement conclu entre les parties nécessite-t-il un assentiment spécial de leur part afin d'être exécuté ? Ces conditions relatives au consentement des deux parties pour solliciter, au final, l'exécution d'un accord, incitent à s'interroger sur la valeur accordée à celui-ci. Ne constituerait-il pas un véritable contrat pouvant contraindre à l'exécution l'une de ses parties contractantes ? De telles questions, suscitées par la condition du caractère commun de la demande, ne rassurent pas quant à la portée des accords conclus... Il a ainsi été noté qu'une telle hypothèse de refus de l'homologation de l'accord devrait se révéler rare dans la mesure où elle constituerait « un bémol suspect »<sup>1</sup> à l'accord des parties. De manière similaire, en matière de conciliation conventionnelle, une partie pourrait s'opposer à ce que l'autre partie sollicite l'homologation de l'accord intervenu<sup>2</sup>. Ces précisions apparaissent d'autant plus étranges qu'en matière de convention participative<sup>3</sup> ainsi qu'en matière de transaction non issue des modes de résolution amiable des différends prévus dans le code<sup>4</sup>, au contraire, une seule partie, « la plus diligente », peut solliciter l'homologation de l'accord auquel les parties ont abouti.

553. ***L'opportunité discutable de la condition.*** On peut s'interroger sur les raisons ayant motivé le choix de distinguer, au sein des modes de résolution amiables, les accords dont l'exécution peut être demandée par les deux parties et les accords pour lesquels la volonté d'une seule partie est suffisante. Pour certains auteurs, la démarche unilatérale dans la sollicitation de l'homologation de l'accord semble illogique : « si les parties se rapprochent et s'accordent sur une solution négociée à leur conflit, l'octroi de la force exécutoire à cet accord ne peut résulter que de leur commune volonté »<sup>5</sup>. L'unilatéralité dévoierait ainsi le caractère consensualiste des modes amiables et permettrait aux parties de « se concocter en catimini une petite formule exécutoire de précaution »<sup>6</sup>.

Il nous semble à l'inverse que, s'agissant d'assurer l'efficacité des règlements amiables, il serait illogique d'exiger le consentement des deux parties aux fins d'obtenir l'exécution de l'accord. On comprend mal en effet la logique qui pourrait pousser une partie à s'engager au sein d'un accord pour par la suite refuser que cet accord prenne vie en étant appliqué, au besoin par la force. De ce point de vue, la condition de l'unanimité du consentement afin de solliciter l'homologation de l'accord semble peu opportune, sauf à considérer que de tels accords n'ont pas vocation à être exécutés et n'ont en définitive qu'une valeur symbolique, ou que tous les accords alors conclus l'ont été par la contrainte. Or, s'il « est loin d'être exclu que l'une des parties ait été l'objet de pressions, et (que) l'éventualité d'une clause illicite ou léonine ne doit pas non plus être écartée »<sup>7</sup>, il convient de concilier cette crainte légitime avec la nécessaire efficacité dont doivent pouvoir bénéficier les accords de règlement amiable des litiges. Il y a en ce cas beaucoup à craindre que ces accords conclus par une partie refusant l'exécution ne constituent, en définitive, qu'un moyen d'éloigner temporairement un contentieux inachevé afin de gagner du temps avant la contrainte judiciaire. Le ménagement de ces intérêts peut être réalisé non par l'exigence du caractère conjoint de la requête, mais bien par l'attribution d'un certain pouvoir au juge de déceler les situations critiques.

---

<sup>1</sup> D. Le Ninivin et Y. Strickler : V° Matière et procédure gracieuse in *J-Cl. Proc. Civ. Fasc. 116*, *sp.* n° 82.

<sup>2</sup> Article 1541 du CPC.

<sup>3</sup> Article 1557 du CPC.

<sup>4</sup> Article 1567 du CPC.

<sup>5</sup> A. Guillemain : « Réflexions sur l'homologation judiciaire », *Gaz. Pal.* 22 mai 2012, n° 143, p. 10.

<sup>6</sup> R. Perrot : « L'homologation des transactions », *Procédures* 1999, n° 8/9, chron. 10, p. 3.

<sup>7</sup> R. Perrot : « L'homologation des transactions », *Procédures* 1999, n° 8/9, chron. 10, p. 3.

554. **Une condition garante de la régularité de l'accord.** La condition de l'accord des deux parties pour solliciter l'homologation de l'accord par le juge a nécessairement un fondement. Cette condition pourrait en effet avoir pour objet de permettre au juge de l'homologation de s'assurer du consentement des deux parties à l'accord. Une telle vérification de la régularité de l'accord peut en effet, dans certains cas, se révéler opportune, lorsqu'un consentement a été extorqué ou est plus simplement inexistant. Il apparaît cependant que cette condition opère une assimilation mal venue entre le consentement des parties à l'accord et celui ayant trait à son homologation. L'absence de consentement d'une partie à l'homologation n'équivaut certainement pas à l'absence de consentement à l'accord passé entre les parties. Il est certes des hypothèses dans lesquelles la volonté d'une partie à l'accord aura été artificiellement recueillie sous la contrainte<sup>1</sup>, mais une telle exception ne devrait pas faire obstacle à ce que les transactions valablement conclues entre les parties puissent être appuyées par le pouvoir judiciaire, et plus précisément par l'*imperium* du juge, dès lors que celui-ci effectue un contrôle minimal sur l'accord qui lui est soumis. Cet accord, pour homologué qu'il soit, reste avant tout un contrat, lequel pourra être déclaré nul, en cas de vice du consentement notamment, selon les règles qui lui sont propres.

L'intervention du juge relativement à l'accord des parties réglant en tout ou partie leur différend peut ainsi revêtir différentes formes mais il apparaît que « la forme selon laquelle le juge constate l'accord des parties qui met fin à tout ou partie de leur litige importe peu : quelle qu'elle soit, la décision du juge aura le même régime juridique et emportera les mêmes effets au regard de l'accord constaté »<sup>2</sup>. Or, il ressort des textes prévoyant l'intervention du juge dans ce contexte d'extinction amiable du différend que le rôle du juge devrait être quasi-inexistant puisque les textes ne présentent pas son intervention comme une faculté<sup>3</sup>. Pourtant, en dépit de ce que paraît indiquer la loi, le juge semble incité à exercer un certain contrôle sur les accords dont les parties souhaitent pouvoir se prévaloir au stade de l'exécution. Nous nous pencherons plus précisément sur la question de l'étendue du rôle du juge dans le cadre de l'homologation car le système mis en place paraît pouvoir englober les contrats judiciaires conclus en la matière, tout en étant utilement détaché d'un cheminement judiciaire préalable. En ce sens, l'homologation des accords amiable jouit désormais d'une certaine autonomie. Elle a fait l'objet d'une codification particulière dans le CPC qui soulève de nombreuses interrogations relatives à cette forme particulière d'intervention du juge, transposables aux autres hypothèses dans lesquelles il joue un rôle et poursuit un but identiques.

## 2° L'étendue du contrôle du juge sur l'accord des parties

555. **La posture du juge par rapport à l'accord des parties.** Le choix par le législateur de la procédure sur requête pour solliciter l'homologation a suscité de nombreuses questions, au nombre desquelles celle de l'étendue du contrôle opéré par le juge saisi d'une demande d'homologation. La jurisprudence a dessiné les contours d'un contrôle superficiel du juge concernant la réunion des conditions requises pour l'octroi de la force exécutoire avant que les modifications soient apportées aux textes par le décret du 20 janvier 2012. Selon la

<sup>1</sup> Pour un exemple, v. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 mai 2011, n° 06-19527 ; *Bull. civ.* II, n° 120 ; *D.* 2011, p. 1494 et p. 2150, obs. J.-M. Sommet et L. Leroy-Gissinger ; *RTD civ.* 2011, p. 593, obs. R. Perrot ; *Dr. et proc.* 2011, p. 215, obs. O. Salati.

<sup>2</sup> J. Joly- Hurard : *Conciliation et médiation judiciaires*. Préf. S. Guinchard, PUAM, 2003, *sp.* n° 622, p. 390.

<sup>3</sup> J. Joly- Hurard : *Conciliation et médiation judiciaires*. Préf. S. Guinchard, PUAM, 2003, *sp.* n° 88, p. 71.



jurisprudence antérieure<sup>1</sup>, en matière d'homologation de la transaction, le juge ne pouvait contrôler que la nature de l'accord et que celui-ci ne contrevenait pas à l'ordre public afin de lui accorder le bénéfice du concours de la force publique. La demande d'homologation était formée par une seule partie, et le contradictoire semblait exclu du fait de la qualification par la jurisprudence de procédure sur requête. Le juge avait alors pu être qualifié de « "chambre d'enregistrement" des actes de volonté privée »<sup>2</sup>. Les précisions apportées au régime de l'« homologation » remettent-elles en cause cette perception instrumentaliste du juge intervenant pour apposer la formule exécutoire sur l'accord des parties ?

Le décret a incité certains auteurs à envisager la nouvelle procédure, très évasive, sous un angle juridictionnel. La décision rendue suite à la saisine sur requête du juge est susceptible d'appel en cas de refus d'homologation, lequel sera « jugé selon la procédure gracieuse » ou d'une demande de rétractation de la décision si l'homologation est accordée, reprenant ainsi les voies de recours dégagées par la jurisprudence élaborée sur le fondement de l'article 1441-4 du Code civil<sup>3</sup>. Référence est désormais explicitement faite à la procédure gracieuse dans l'article 1566 du CPC. De plus, l'alinéa 1 de cet article prévoit la faculté pour le juge d'entendre les parties s'il l'estime nécessaire. Le rétablissement du contradictoire préalablement à l'homologation est ainsi rendu possible et la procédure établie s'écarte de la classique procédure sur requête dépourvue de tout contradictoire. Un auteur a ainsi estimé que « si l'article 1566 du Code de procédure civile lui offre la possibilité de rétablir la contradiction au sein d'une procédure qui ne devrait pas l'être avant de se prononcer sur l'homologation, c'est bien qu'il effectue un contrôle de l'accord ! »<sup>4</sup>. Une auteure s'était par ailleurs interrogée sur le rôle du juge défini par la jurisprudence antérieure au décret, laquelle apparaissait « restreindre le contrôle du juge, puisqu'il n'était pas question, expressément, de la sauvegarde des droits de chacune des parties. Mais le juge ne doit-il pas, nécessairement, procéder à cette recherche ? »<sup>5</sup>.

L'étendue du contrôle effectué par le juge sur l'accord<sup>6</sup> soulève la question de la nature de la décision. Dépendant du contrôle assuré par le juge, cette nature peut être discutée : s'agit-il d'un acte juridictionnel issu d'une procédure gracieuse, ou s'agit-il d'un acte judiciaire non-juridictionnel<sup>7</sup> empruntant seulement la forme de la procédure gracieuse? Les opinions

---

<sup>1</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 mai 2011, n° 06-19527 ; *Bull. civ.* II, n° 120 ; *D.* 2011, p. 1494 et p. 2150, obs. J.-M. Sommet et L. Leroy-Gissinger ; *RTD civ.* 2011, p. 559, obs. P.-Y. Gautier et p. 593, obs. R. Perrot ; *Dr. et proc.* 2011, p. 215, obs. O. Salati ; CA Versailles, 18 juin 2003, *D.* 2004, p. 1332, note A. Merveille et R. Thominet ; *JCP* 2011, n° 1397, obs. Th. Clay.

<sup>2</sup> J.-B. Racine : « Les incertitudes de la transaction dite « homologuée » (à propos de l'article 1441-4 du nouveau Code de procédure civile) », in P. Chevalier, Y. Desdevises et Ph. Milburn (dir.) : *Les modes alternatifs de règlement des litiges : Les voies nouvelles d'une autre justice*. Mission de recherche Droit et Justice, La Documentation française, 2003, p. 151, *sp. p.* 157.

<sup>3</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 mai 2007, n° 06-11259 ; *Bull. civ.* II, n° 133 ; *D.* 2007, Pan. 2427, obs. N. Fricero ; *Procédures*, août 2007, Comm. n° 180, obs. R. Perrot ; *JCP* 2007, II, 10172, note H. Croze et O. Fradin ; *D.* 2008, jur. 129, note P. Julien et J.-B. Racine et pan. p.180, obs. Th. Clay.

<sup>4</sup> A. Guillemain : « Réflexion sur la qualification de l'homologation judiciaire », *Gaz. Pal.* 22 mai 2012 n° 143, p. 10.

<sup>5</sup> S. Gaboriau : « Déjudiciarisation et administration de la justice. Promouvoir la "juridiversité" », *PA* 14 juin 2012, n° 119, p. 3.

<sup>6</sup> Sur la question de l'étendue du contrôle du juge, v. L. Mayer : « Précisions sur le contrôle "léger" exercé par le juge homologateur d'une transaction », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2015, n° 167, p. 12.

<sup>7</sup> S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand : *Procédure civile. Droit internet et droit de l'Union européenne*. Dalloz, 32<sup>e</sup> éd., 2014, n° 1025 ; J. Joly- Hurard : *Conciliation et médiation judiciaires*. Préf. S. Guinchard, PUAM, 2003, n° 615, p. 384 ; J.-B. Racine : « Les incertitudes de la transaction dite "homologuée" (à propos de l'article 1441-4 du nouveau Code de procédure civile), », in P. Chevalier, Y. Desdevises et Ph. Milburn (dir.) : *Les modes*

doctrinales divergent et la question ne semble pas pouvoir être tranchée avec certitude, chacune des catégories ne semblant coller qu'imparfaitement aux caractéristiques de la décision. L'existence de voies de recours semble de manière certaine exclure la qualification de simple mesure d'administration judiciaire. Le rétablissement du contradictoire, à l'initiative du juge, serait également un indice portant à penser que la décision d'homologation du juge pourrait se rapprocher, en ces cas, d'une réelle décision juridictionnelle, le juge pouvant refuser d'homologuer un accord qui ne lui semblerait pas ménager des intérêts des parties qu'il devrait apprécier en opportunité. Une telle approche, tendant à accroître les pouvoirs du juge relativement à l'attribution de la force exécutoire, mérite d'être discutée au regard de la finalité de la disposition.

**556. Le juge « homologateur » de l'accord amiable, simple récipiendaire ou autorité de vérification ?** L'ingérence du juge saisi de la demande d'homologation dans le règlement des conflits privés des parties qui ont réussi à s'entendre ne semble pas opportune. L'intervention du juge doit, selon nous, être conçue comme une simple formalité, respectueuse de l'accord des parties, et non comme une manière pour le juge de s'insinuer dans des intérêts privés qui ont été réglés à l'amiable, sans qu'il ait à user de sa *jurisdictio*.

Un contrôle approfondi du juge ne semblerait d'ailleurs pas cohérent avec la faculté dont disposent les notaires de conférer la force exécutoire aux accords des parties. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation, antérieurement à la réforme, avait en effet admis qu'un notaire puisse conférer force exécutoire à une transaction reçue en la forme authentique<sup>1</sup>. Le notaire, s'il contrôle le consentement des parties à l'acte ainsi que sa conformité à l'ordre public, ne semble pas devoir influencer sur le contenu de l'acte et l'opportunité des éventuelles stipulations qu'il contient et est tenu d'instrumenter. L'article 3.2.3 du règlement national des notaires dispose que cet officier public ne pourrait refuser de prêter son concours aux parties que lorsque leur consentement ne lui apparaît pas certain ou que pour l'élaboration de conventions contraires à la loi, frauduleuses ou qu'il sait inefficaces ou inutiles. Certes, le devoir de conseil du notaire pourrait l'amener à éclairer les parties sur les conséquences de leur accord. Une telle hypothèse semble cependant assez distincte de celle selon laquelle le juge contrôlerait, plus en profondeur, le contenu de l'accord des parties. « La dissociation du litige sur la validité et sur la force exécutoire a pour but d'empêcher que les contestations sur la validité n'aient d'autre objet que d'empêcher ou retarder l'exécution »<sup>2</sup>. Afin d'écartier les manœuvres dilatoires sans pour autant avaliser tout semblant d'accord présenté au juge, il est nécessaire de lui permettre d'exercer un contrôle léger, n'excluant pas la vérification de la régularité apparente de l'accord.

Cette faculté de vérification superficielle est offerte au juge par la possibilité d'entendre les parties s'il l'estime nécessaire. Elle ne saurait cependant, selon nous, avoir pour autre but que de permettre au juge de s'assurer du consentement apparent et éclairé des deux parties à l'accord qui lui est soumis. Il s'agirait donc pour le juge d'écartier l'octroi de la force exécutoire à des accords qui pourraient receler des vices du consentement lorsque, par exemple, il lui apparaît que le consentement d'une partie a vraisemblablement été extorqué sous la contrainte.

---

*alternatifs de règlement des litiges : Les voies nouvelles d'une autre justice.* Mission de recherche Droit et Justice , La Documentation française, 2003, p. 151, *sp.* p. 156 et *s.*; Ch. Jarrosson, « Le nouvel article 1441-4 NCPC, la transaction revêtue de la formule exécutoire », *RGDP* 1999, n° 1, p. 133, *sp.* p. 138.

<sup>1</sup> Cass. 2° civ., 21 oct. 2010, n° 09-12378 ; *Bull. civ.* II, n° 173 ; *D. act.* 15 nov. 2010, obs. C. Tahri ; v. H. Croze : « La bataille de l'amiable », *Procédures*, févr. 2011, n° 2.

<sup>2</sup> Th. Clay, obs. sous Cass. 2° civ., 26 mai 2011, *JCP* 2011, n° 1397.

Le juge aurait alors un rôle de vérificateur des conditions de régularité de l'accord un peu plus poussé que celui d'un simple greffier mais se rapprochant quelque peu de celui du juge du provisoire, chargé d'apprécier si une contestation sérieuse peut être opposée à l'exécution de l'accord. Il s'assurerait ainsi que l'homologation de l'accord conclu, dont il ne peut, en opportunité, ni apprécier ni modifier le contenu, ne permettra pas l'exécution forcée d'un accord qui pourrait manifestement par la suite être invalidé au fond<sup>1</sup>.

Une telle approche semblerait de nature à restreindre les hypothèses de conséquences dommageables du temporaire et l'efficacité du contrat judiciaire, même si elle en ressortirait légèrement affectée, serait affirmée. Le pouvoir du juge de l'homologation d'entendre les parties pourrait ainsi être considéré comme une mesure tendant à écarter les accords manifestement illicites ou susceptibles d'être annulés par la suite. Le débat que peut provoquer le juge lorsque la requête est formulée par une seule partie permet en définitive d'apprécier l'opportunité de la procédure gracieuse. « Le contrôle confié au magistrat a pour objectif de débusquer un contentieux éventuel, de le faire émerger et, à l'aide d'un passage à une procédure contentieuse, d'y mettre fin sans attendre, afin de ne rester dans le cadre gracieux que si aucun litige n'apparaît et si les intérêts des tiers ne paraissent pas compromis »<sup>2</sup>. Il aurait dans cette optique semblé utile de créer une passerelle nette entre la procédure d'homologation, attachée au superficiel, et une procédure juridictionnelle, donnant au juge de l'homologation « la faculté de renvoyer l'affaire au fond alors qu'il était saisi du seul octroi de la force exécutoire »<sup>3</sup>, en permettant « l'élévation du contentieux » en cas de doute sur la validité de l'accord.

**557. *Du contrôle de la nature de l'accord vers celui de sa régularité apparente.*** L'homologation n'étant plus réservée aux transactions, le contrôle de la nature de l'accord semble désormais sans intérêt et devrait être remplacé par celui de la régularité apparente de l'accord. Le juge ne pourrait ainsi en aucun cas modifier cet accord ni examiner le fond de celui-ci, sauf à contrôler sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Cela impliquerait que le juge ne puisse se prononcer qu'en vertu des simples apparences que lui communique la partie sollicitant l'homologation. Si cette faculté est exercée avec diligence par le juge, elle devrait permettre d'éviter les solutions les plus malvenues et déjouer les manœuvres les plus grossières. Les problématiques plus approfondies affectant le cas échéant l'accord soumis à l'homologation du juge devront être soumises aux juges du fond, une fois révélées lors de la procédure gracieuse d'homologation. La décision d'homologation du juge ne préjugerait ainsi pas de la validité substantielle de l'accord qui pourrait être remis en cause lors d'une procédure juridictionnelle classique. Si l'accord homologué est par la suite annulé, la décision d'homologation en deviendra dès lors caduque.

**558. *Homologation et exequatur.*** Le rôle du juge ainsi saisi de la demande d'homologation peut être rapproché de celui exercé par le juge auprès duquel l'exequatur d'une décision est

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 10 sept. 2014, n<sup>o</sup> 13-11843 ; *Gaz. Pal.* 23 déc. 2014, n<sup>o</sup> 357, p. 29, obs. L. Lauvergnat ; *JCP* 2014, 1232, n<sup>o</sup> 6, obs. R. Libchaber ; *AJCA* 2014, p. 328, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 2014, p. 904, obs. P.-Y. Gautier.

<sup>2</sup> R. Tournier, Rapport sous Montpellier, 19 décembre 1995, *D.* 1996, jur., p. 553 ; Sur la question du passage de la procédure gracieuse à la procédure contentieuse, v. J.L. Bergel : « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *D.* 1983, chron. p. 165.

<sup>3</sup> F. Marchadier : « L'attribution de la force exécutoire à la transaction extrajudiciaire après le décret du 20 janvier 2012 », *Gaz. Pal.*, n<sup>o</sup> 342-343, 7 déc. 2012, p. 15.

sollicité<sup>1</sup>. Le rapport *Coulon*, à l'origine de l'introduction de l'homologation des transactions avant la réforme avait en effet souligné que l'exequatur devait constituer une inspiration pour « une telle procédure de solennisation » des accords transactionnels<sup>2</sup>. Dans cette perspective, l'article 1488 du CPC précise que « l'exequatur ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public ». L'exigence supplémentaire des vérifications des conditions de la validité formelle de la convention soumise à l'exequatur s'explique parfaitement dans cette optique de rapprochement. En matière d'exequatur des décisions de justice étrangères, la procédure est non contradictoire. Cette absence de contradiction, posée dans un souci d'efficacité de la décision qui serait vaine si le défendeur disposait de la faculté de soustraire ses biens aux procédures d'exécution, se justifie par le fait que la décision a été rendue par une juridiction censée présenter certaines garanties en matière notamment de contradictoire lors de la procédure ayant abouti à la décision. Le caractère autoritaire de la décision ne reposant en aucun cas sur la volonté des parties s'agissant d'un acte juridictionnel, leur consentement est totalement indifférent et n'a de ce fait pas à être vérifié afin de prononcer l'exécution forcée de la décision.

La validité de l'accord soumis à l'homologation du juge est à l'inverse intimement conditionnée au consentement des parties à cet accord. Cette caractéristique du règlement conventionnel des litiges impose donc que le consentement des parties puisse être vérifié par le juge dans les cas où une seule des parties sollicite l'apposition de la formule exécutoire à l'accord conclu<sup>3</sup>. Cette vérification implique une entorse à l'effet de surprise désiré en matière d'exécution des décisions juridictionnelles, mais une telle entorse semble constituer un moindre mal comparé aux effets désastreux que pourrait provoquer la mise à exécution forcée d'un accord issu de manœuvres d'une des parties en l'absence de tout consentement de l'autre.

L'homologation peut, dans d'autres cas, impliquer un contrôle plus approfondi du juge qui en est chargé. Le visa du juge y apparaît comme une véritable condition nécessaire à la validité de l'accord des parties. Le rôle du juge relativement à la volonté des parties n'est plus alors celui d'un simple récipiendaire chargé d'accroître l'efficacité d'un accord décidé par les seules parties mais bien celui d'une autorité de contrôle du contenu substantiel de l'accord, assumant dès lors le rôle d'un juge avaliseur, gardien de certaines valeurs.

## B. Le juge avaliseur

**559. *L'aval du juge comme condition de la contractualisation touchant des droits indisponibles.*** L'homologation des conventions des parties accompagne la plus grande liberté laissée aux membres d'une famille de déterminer contractuellement leurs droits, et participe ainsi à l'essor contemporain de la contractualisation en droit de la famille<sup>4</sup>. Le recours au juge est alors effectué en dehors de tout litige, dans le cadre de sa juridiction gracieuse. Ce recours au juge est motivé par le nécessaire encadrement de la volonté privée des parties s'agissant de modifications qui peuvent radicalement impacter la famille dans son ensemble, qu'il semble essentiel de préserver. Le rôle du juge avaliseur de la convention des parties est, en la matière, bien différent de celui qu'il endosse lorsqu'il lui revient de conférer force exécutoire à l'accord

<sup>1</sup> Ch. Jarrosson, « Le nouvel article 1441-4 NCPC, la transaction revêtue de la formule exécutoire », *RGDP* 1999, n° 1, p. 133, *sp.* p. 139.

<sup>2</sup> Rapport au garde des Sceaux « Réflexions et propositions sur la procédure civile », La documentation française, 1997, p. 51, disponible <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/974024100/index.shtml>

<sup>3</sup> En ce sens, R. Perrot : « L'homologation des transactions », *Procédures* 1999, n° 8/9, chron. 10, p. 3.

<sup>4</sup> E. Jeammin-Petit : « La libéralisation du changement de régime matrimonial », *JCP* 2007, I, 108.

des parties mettant fin à un différend. En droit de la famille, le juge a pour mission de prévenir les conflits en pondérant la volonté des parties avec l'intérêt de la famille et en conditionnant la validité et l'efficacité de l'accord à son assentiment. « En plaçant les contractant sous la tutelle d'un magistrat, le législateur entend juguler, en amont, le risque de survenance d'un contentieux ultérieur entre les parties, ou bien avec les tiers »<sup>1</sup>. Il en va ainsi en matière de divorce<sup>2</sup>, de changement de régime matrimonial en présence d'enfants mineurs ou en cas d'opposition des enfants majeurs<sup>3</sup> ou encore s'agissant des accords organisant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale<sup>4</sup>.

La nécessité de la validation de ces accords par le juge au travers de la procédure d'homologation permet ainsi aux parties de s'approprier une part d'indisponible et donc d'élargir le champ d'action de la liberté contractuelle : « soucieux d'ouvrir un espace de liberté mais peu confiant dans l'effet équilibrant de la liberté des conventions, le législateur confie au juge (...) le soin de vérifier cet équilibre »<sup>5</sup>. La validité de l'accord des parties est subordonnée à l'aval du juge qui exerce alors un réel contrôle de légalité et d'opportunité sur la convention dans le cadre de ses attributions de juridiction gracieuse. L'objet hybride de ces accords incite à se poser la question du sort de l'accord en l'absence d'homologation.

**560. Le sort de l'accord en l'absence d'homologation.** Les cas mentionnés ont en commun le fait que la convention serait dépourvue d'effets en l'absence de l'homologation du juge. Ces hypothèses représentent ainsi de véritables cas d'homologation strictement entendue. Sans l'aval du juge, l'accord des parties, « pacte nu »<sup>6</sup>, ne saurait produire d'effets juridiques puisqu'il ne constitue alors qu'un engagement d'honneur<sup>7</sup>. Mme Alice Engel-Créach a ainsi avancé que l'homologation n'apporterait à l'accord que sa simple efficacité, celui-ci n'étant pas nul du seul fait que l'homologation aurait été refusée ou n'aurait tout simplement pas demandée<sup>8</sup>. L'auteur considère en conséquence que le terme d'efficacité est plus adéquat que celui de validité pourtant consacré : l'accord conclu entre les parties serait valable mais de nul effet en l'absence de validation par le juge chargé de l'homologuer. Il semble cependant que la théorie de l'indisponibilité des droits en cause ne permette pas de déclarer valable un contrat mettant en jeu ces droits indisponibles en l'absence de sanction judiciaire. Ces droits indisponibles constituant l'objet du contrat, celui-ci serait nul et non simplement inefficace. Les engagements qu'il contient pourraient toujours être honorés par les parties, mais seraient insusceptibles d'être sanctionnés juridiquement en cas de contestation sans contrôle du juge. Pour que la convention des parties accède à sa consécration juridique, le juge devra apprécier rétrospectivement les obligations convenues entre les parties. Cette réflexion doit être mise en perspective avec l'effet exercé par l'homologation sur les accords des parties dans le cadre des procédures amiables de traitement des conflits. Le terme d'efficacité semblerait en ce sens plus adéquatement qualifier l'effet des « homologations » facultatives étudiées plus haut : en ces

<sup>1</sup> A. Engel-Créach : *Les contrats judiciairement formés*. Préf. A. Bénabent, Economica, 2002, *sp.* n° 5, p. 5.

<sup>2</sup> Pour le consentement mutuel : article 232 du Code civil et pour les autres divorces, article 268 du Code civil.

<sup>3</sup> Article 1397 du Code civil.

<sup>4</sup> Article 373-2-7 du Code civil ; pour un recensement plus exhaustif, v. A. Engel-Créach : *Les contrats judiciairement formés*. Préf. A. Bénabent, Economica, 2002, *sp.* n°60, p. 39.

<sup>5</sup> J. Hauser : « Le juge homologateur en droit de la famille », in M.-Cl. Rivier et P. Ancel (dir.) : *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*. Economica, coll. Études juridiques, vol. 10, 2001, p. 114, *sp.* p. 120.

<sup>6</sup> O. Laouenan : « Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002 », *JCP* 2003, I, 149.

<sup>7</sup> O. Laouenan : « Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002 », *JCP* 2003, I, 149.

<sup>8</sup> Thèse *préc. sp.* n° 79, p. 51.

hypothèses, le contrat est valable en l'absence d'intervention du juge. Il ne pourra cependant accéder à une efficacité renforcée que par le biais de l'intervention du juge homologateur.

561. **La nature hybride de l'accord homologué.** Le juge exerce dans ces hypothèses un réel pouvoir d'appréciation au fond de la convention dans le cadre d'une procédure gracieuse. Il se fait alors juge de son contenu et doit vérifier, selon les hypothèses, outre le consentement libre et éclairé des parties, que leur accord est conforme à des intérêts transcendant leur propre appréciation de son contenu. Ces intérêts comprennent non seulement leurs propres intérêts mais également ceux des tiers à la convention. Ainsi, en matière d'homologation de la convention des époux réglant les conséquences du divorce par consentement mutuel, la loi précise qu'il appartient au juge de vérifier que « la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé »<sup>1</sup>, mais également d'apprécier si la convention préserve suffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux. Les mêmes conditions relatives à la réalité du consentement des parents et à la préservation de l'intérêt des enfants sont posées en matière de convention d'organisation des modalités d'exercice de l'autorité parentale<sup>2</sup>. Une appréciation identique du contenu de l'accord des époux est effectuée lorsque ceux-ci présentent, au cours d'une procédure de divorce autre que par consentement mutuel, un accord réglant tout ou partie des conséquences du divorce<sup>3</sup>.

L'avalisation par le juge de l'expression de la volonté des parties au regard des intérêts devant nécessairement être préservés permet de prévenir les conflits en relation avec ceux-ci. Cette avalisation ne saurait totalement les écarter puisque l'autorité accordée aux vérifications que le juge opère dans le cadre de l'homologation est limitée. Par ailleurs, en dépit des grandes similitudes dans le contrôle exercé par le juge lors de l'homologation des diverses conventions mentionnées, les conséquences attribuées par la jurisprudence à l'homologation de la convention des parties par le juge ne sont pas toujours identiques. Le principe est que l'homologation de la convention des parties par le juge ne crée qu'une association entre le contractuel et le juridictionnel (1°), l'exception étant l'absorption de la convention par la décision du juge (2°).

#### 1° L'association entre le contractuel et le juridictionnel

562. **Le mariage entre la convention et la juridiction.** Les conventions homologuées au sens strict du terme ne changent en principe pas de nature. Le caractère contractuel de celles-ci ressort intact de la procédure d'homologation. La jurisprudence a admis depuis longtemps que le « manteau judiciaire »<sup>4</sup> dont le juge recouvre l'accord des parties lors de l'homologation ne purge en principe pas ce dernier des vices propres qu'il pourrait receler<sup>5</sup>, y compris des éventuels vices du consentement.

<sup>1</sup> Article 232 du Code civil.

<sup>2</sup> Alinéa 2 de l'article 373-2-7 du Code civil.

<sup>3</sup> Article 268 du Code civil.

<sup>4</sup> J. Hauser : « Des conventions dans le divorce et du contrat judiciaire », *RTD civ.* 2008, p. 662.

<sup>5</sup> Au sujet du changement de régime matrimonial et de la fraude, v. Cass. 1<sup>o</sup> civ., 14 janv. 1997, n<sup>o</sup> 94-20276, *Nombel* ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 20 ; *JCP* 1997, II, 22912, note E. Paillet et I, 4047, n<sup>o</sup> 12, obs. G. Wiederkehr ; *Defrénois* 1997, p. 420, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 1997, p. 985, obs. B. Vareille ; *D.* 1997, jur. p. 273, rapp. X. Savatier ; J.-J. Barbieri : « Voies de nullité ont lieu contre les jugements », *Dr. et patr.* 1997, n<sup>o</sup> 47, p. 46 ; Cass. 1<sup>o</sup> civ., 12 déc. 2000, n<sup>o</sup> 98-19147 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 318, p. 206 ; *Defrénois* 2001, p. 604, obs. J. Massip ; *JCP* 2001, II, 10478, note J. Casey ; *D.* 2001, p. 1496, note Th. Garé ; *RTD civ.* 2001, p. 120, obs. J. Hauser et p. 425, obs. B. Vareille ; *JCP* 2002, I, 103, obs. G. Wiederkehr ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 2002, n<sup>o</sup> 00-15119, non-publée ; *JCP* 2003, I, 111, n<sup>o</sup> 7, obs. G. Wiederkehr ; l'admission de la fraude pour annuler la convention des parties, sans

Une telle solution peut apparaître quelque peu surprenante. Il appartient en effet au juge de vérifier certaines conditions de la convention des parties. Plus particulièrement, le juge doit vérifier la réalité des consentements des parties à l'accord. Ces vérifications ne devraient-elles pas exclure certains recours contre la convention homologuée sur le fondement des vices du consentement ? L'éventail des voies disponibles pour remettre en cause soit l'accord homologué, soit la décision d'homologation<sup>1</sup> est en conséquence assez étendu, puisque la convention homologuée pourra être annulée par le biais du droit des contrats<sup>2</sup> mais également par celui des voies de recours ouvertes à l'encontre des décisions juridictionnelles. Les hypothèses et fondements à l'origine de ces remises en cause sont parfois très similaires, ce qui incite à s'interroger sur les options ouvertes à quelles personnes, parties ou tiers<sup>3</sup>. Les tiers pourraient ainsi en théorie agir tant sur le fondement d'une action paulienne contre la convention que sur celui de la tierce opposition à la décision d'homologation de l'accord.

## 2° L'absorption de la convention par la décision

**563. Le cas particulier des accords dans le cadre d'une procédure de divorce.** L'homologation des accords réglant les conséquences du divorce par consentement mutuel semble constituer une exception. En la matière, la jurisprudence a en effet décidé depuis longtemps<sup>4</sup> et réaffirme systématiquement que « le prononcé du divorce et de l'homologation de la convention ont un caractère indissociable et ne peuvent être remis en cause ». L'homologation de l'accord des parties purge en quelque sorte celui-ci des vices qui

---

pour être clairement exclue, semble cependant avoir été rendue plus difficile en raison de la reconnaissance de l'action en retranchement au bénéfice des enfants naturels : v. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 17 févr. 2010, n° 08-14441 ; *Bull. civ. I*, n° 42 ; *Defrénois* 2010, p. 1159, n° 39121, note J. Massip ; *JCP* 2010, act. n° 243, obs. P. Hilt ; *RDC* 2010, n° 3, p. 941, obs. C. Goldie-Genicon ; *JCP N* 2010, n° 23, n°1220, p. 31, note J. Vassaux-Barège ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 14 juin 2005, n° 02-20840 ; *Bull. civ. I*, n° 264, p. 221 ; *Defrénois* 2005, p. 1511, n° 38244, n° 72, obs. G. Champenois ; *JCP* 2005, IV, n° 2747, p. 1478, obs. M.-C. Rouault ; la composante contractuelle de la convention homologuée en vue d'un changement de régime matrimonial est par ailleurs appuyée par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, qui a remplacé la faculté antérieurement prévue pour les créanciers de former tierce opposition contre la décision par le bénéfice de l'action paulienne ; au sujet du dol, v. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 2 nov. 1977, n° 75-15539 ; *Bull. civ. I*, n° 397, p. 318 ; CA Pau, 15 mai 2000, *JCP N* 2003, n° 2, n°1027, p. 63, note crit. J. Casey ; sur la question, v. J. Souhami :

« Changement de régime matrimonial : le droit des contrats protège-t-il l'intérêt de la famille ? », *D.* 2013, p. 2088.

<sup>1</sup> Remise en cause de la décision d'homologation de la convention de changement de régime matrimonial par les enfants issus du mariage pour fraude constituée par la dissimulation de l'existence d'un enfant naturel par exemple : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 5 janv. 1999, n° 96-22914 ; *Bull. civ. I*, n° 11 ; *Defrénois* 1999, p. 805, obs. G. Champenois ; *JCP* 1999, II, 10094, note J. Casey et I, 154, n° 3, obs. G. Wiederkehr ; *D.* 1999, p. 242, note J. Thierry ; *PA* 12 juill. 1999, n° 137, p. 22, note S. Hocquet-Berg.

<sup>2</sup> Dont le respect implique qu'il ne soit pas loisible aux époux de tenter de faire annuler leur accord sur le fondement de l'intérêt de la famille dès lors qu'ils y ont valablement consenti, sans qu'un vice du consentement ou une fraude puisse être établis : v. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 29 mai 2013, n° 12-10027 ; *Gaz. Pal.* 24 août 2013, n° 236, p. 31, obs. J. Casey ; *AJ Famille* 2013, p. 453, obs. P. Hilt ; *JCP N* 2013, n° 38, n°1221, p. 34, note R. Le Guidec ; J. Souhami : « Changement de régime matrimonial : le droit des contrats protège-t-il l'intérêt de la famille ? », *D.* 2013, p. 2088 ; E. Rousseau : « La nature contractuelle du changement de régime matrimonial », *Defrénois* 2014, n° 1, p. 14.

<sup>3</sup> Sur la question, v. Ch. Goldie-Genicon : « Dissimulation de l'existence d'un enfant naturel et changement de régime matrimonial : que reste-t-il de la nullité pour fraude de la convention homologuée ? », *RDC* 2010, n° 3, p. 941.

<sup>4</sup> Solution dégagée en premier au sujet de la lésion : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 mai 1987, n° 86-10107 ; *Bull. civ.* 1987, II, n° 103, p. 60 ; *D.* 1987, p. 358, note J.-Cl. Groslière ; *Defrénois* 1987, I, p. 1069, note J. Massip ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 18 oct. 1994, n° 92-21823 ; *Bull. civ. I*, n° 292, p. 212 ; *D.* 1994, IR p. 248 ; *JCP* 1994, IV, 2541 ; *RTD civ.* 1995, p. 337, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 1995, I, p. 723, obs. J. Massip.

pourraient l'affecter et phagocyte ainsi la composante contractuelle de l'accord des parties pour l'intégrer pleinement dans le jugement prononçant le divorce. Les recours fondés sur la nature contractuelle de l'accord sont ainsi exclus<sup>1</sup>, seuls ceux pouvant être exercés à l'encontre des jugements étant dès lors admis. Une telle solution s'expliquerait par le fait qu'est en jeu l'état des personnes<sup>2</sup>.

La raison avancée au soutien d'une telle exception semble de prime abord insatisfaisante puisque le jugement prononçant le divorce pourrait être dissocié de la convention des parties, seule atteinte de la nullité. À la réflexion cependant, une telle scission du contenu de la décision juridictionnelle prononcée occulterait le fait que le divorce constitue une étape douloureuse pour les parties, qu'il importe de clore définitivement dans une période assez courte. Permettre aux parties de contester la validité de la convention ainsi conclue irait à l'encontre de cette finalité puisque les délais pour agir en nullité sont plus longs que ceux offerts pour former les voies de recours plus limitées dans le temps. Une telle faculté nierait par ailleurs le fait que dans certaines hypothèses le choix de la procédure de divorce n'a été effectué qu'en considération du contenu de la convention. Permettre sa remise en cause reviendrait à surprendre le consentement des parties.

Cependant, dès lors que c'est le consentement des parties lui-même qui est en cause, ne serait-il pas judicieux de permettre la sanction des éventuelles manœuvres d'une des parties ? La jurisprudence est fixée en sens inverse, puisqu'elle a successivement écarté l'annulation de la convention homologuée non seulement pour dol, ce qui semble logique dans une démarche d'exclusion des recours de nature contractuelle, mais également le jeu du recours en révision<sup>3</sup>. L'indivisibilité de la convention et du jugement de divorce est ainsi telle qu'elle exclut la remise en cause de la convention en dépit de la fraude.

Il serait cependant envisageable d'admettre une correction des effets entraînés par la fraude par le biais de l'allocation de dommages et intérêts. En ce sens, J. Hauser note qu'en cas de fraude manifeste « il ne serait pas interdit de maintenir le divorce tout en modifiant le prix, quitte à présenter la solution comme la légitime sanction de la fraude »<sup>4</sup>. La solution avait été dégagée par la jurisprudence au sujet d'une dette qu'un des époux aurait dissimulée lors de l'établissement de la convention<sup>5</sup> et la loi du 6 mai 2004 a entériné cette solution en insérant l'alinéa 2 de l'article 1477 du Code civil qui dispose désormais que « celui qui aurait dissimulé sciemment l'existence d'une dette commune doit l'assumer définitivement ».

La jurisprudence interdisant la remise en cause de la convention en raison de son indissociabilité du jugement prononçant le divorce semble d'une particulière rigueur à l'égard des époux qui pourront se voir liés par une convention fondée sur le mensonge et la fraude. La recherche de moyens alternatifs pour pallier cet inconvénient majeur semble peu satisfaisante

---

<sup>1</sup> V. égal. refus de la Cour de cassation d'annuler une convention sur le fondement du dol : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 nov. 1991, n° 90-17840 ; *Bull. civ.*, II, n° 303, p. 160 ; *JCP* 1992, IV, 173.

<sup>2</sup> E. Paillet, note sous Cass. 1<sup>e</sup> civ., 14 janv. 1997, n° 94-20276 ; *Bull. civ.* I, n° 20 ; *JCP* 1997, II, 22912.

<sup>3</sup> Exclusion du recours en révision partielle contre la décision Cass. 1<sup>e</sup> civ. 5 nov. 2008, n° 07-14439 ; *Bull. civ.* I, n° 247 ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 339, p. 8, avis de A. Legoux ; *Dr. Famille* 2008, comm. 170, V. Larribau-Terneyre ; *AJ Famille* 2008, p. 476, obs. S. David ; *RTD civ.* 2009, p. 100, obs. J. Hauser ; S. David : « Opacité et dangers du divorce par consentement mutuel », *AJ Famille* 2009, p. 420.

<sup>4</sup> J. Hauser : « Le juge homologateur en droit de la famille », in M.-Cl. Rivier et P. Ancel (dir.) : *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*. Economica, coll. Études juridiques, vol. 10, 2001, p. 114, *sp.* p. 117.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 23 janv. 2008, n° 06-22017, non-publiée ; *Defrénois* 2008, art. 38772, n° 5, obs. J. Massip.



dans la mesure où l'intangibilité de l'accord ne s'impose pas à tous. Une décision surprenante<sup>1</sup> a en effet admis que la convention puisse être annulée sur demande du représentant des créanciers, alors même que la solution de l'inopposabilité de la convention<sup>2</sup> aux créanciers dégagée sous l'empire de la loi ancienne semblait pouvoir satisfaire leurs intérêts légitimes.

La convention homologuée serait donc intangible à l'égard des époux mais non à l'égard des représentants des créanciers qui, seuls, disposeraient du privilège de la faire annuler. Il semble fort douteux cependant qu'une telle annulation remette en cause le principe même du divorce, mais en ce cas ne se retrouve-t-on pas dans l'hypothèse délicate imposant de défaire la convention des époux, ce que le principe d'intangibilité et d'indissociabilité entre convention et jugement avait précisément pour but d'éviter ? Il apparaît ainsi que si une brèche a pu être ouverte annulant la seule convention homologuée, rien ne ferait plus obstacle à ce que les parties puissent exercer un recours tendant aux mêmes fins dans des hypothèses où la déloyauté de l'un d'entre eux préjudicie à son ex-époux.

À l'appui de la volonté des parties, le juge joue ainsi tantôt le rôle d'un simple réceptacle de leur accord, tantôt celui d'un avaliseur dont la sanction juridictionnelle est seule de nature, en vertu de la loi, à faire accéder leur accord à sa pleine efficacité juridique. La mission du juge n'a dans certaines de ces hypothèses rien de juridictionnel, son seul *imperium* étant convoité par les parties. Dans d'autres hypothèses cependant, c'est la *jurisdictio* du juge que les parties entendent s'approprier en le forçant à adopter une solution de nature juridictionnelle que les parties ont en réalité déterminée seules.

## §2 Le juge instrument des parties

564. **L'appropriation de la jurisdictio du juge par les parties.** Afin d'abstraire leurs accords des contraintes liées à la qualification contractuelle, les parties se livrent parfois à une certaine instrumentalisation du juge en lui faisant prendre une décision qu'elles ont en réalité voulu et construite de toute pièce. L'ampleur du phénomène semble impossible à déterminer dans la mesure où précisément ces accords juridictionnalisés sont dissimulés. « Il est, par nature, très difficile de le quantifier puisque ces jugements ne comportent aucun signe distinctif par rapport aux jugements contentieux classiques »<sup>3</sup>. Les jugements d'expédients<sup>4</sup> également appelés « jugements convenus »<sup>5</sup> ou encore « jugements d'accord »<sup>6</sup> réalisent ainsi une sorte d'appropriation par les parties de la *jurisdictio* du juge. Ce rôle du juge qui est alors cadré par les prétentions des parties pourrait être rapproché de la faculté des parties de lier le juge par leurs qualifications et points de droit. Certes, en ce dernier cas, l'appropriation de la *jurisdictio* du juge ne se fait que sur les considérations juridiques présentées par le litige. Il est cependant fort probable que les parties souhaiteront, par le jugement d'expédient, non seulement faire consacrer un principe de responsabilité par exemple mais également le montant des dommages

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 25 janv. 2000, n<sup>o</sup> 97-21119 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 19, p. 12 ; *Dr. famille* 2000, Comm. n<sup>o</sup> 48, obs. H. Lécuyer ; *D.* 2000, p. 103, note A. Lienhard et 333, obs. J. Revel ; *RTD com.* 2000, p. 460, note A. Martin-Serf.

<sup>2</sup> Cass. com. 28 avr. 1998, n<sup>o</sup> 95-19436, non-publiée ; *Dr. famille* 1998, comm. n<sup>o</sup> 98, obs. H. Lécuyer ; *D.* 1999, somm. 20, obs. J. Revel ; dans le même sens, Cass. com. 26 avril 2000, n<sup>o</sup> 97-10335.

<sup>3</sup> L. Poulet, *thèse préc. sp.* note 839, p. 228.

<sup>4</sup> La Cour de cassation semble utiliser ce terme : Cass. 1<sup>o</sup> civ., 1<sup>o</sup> juin 1994, n<sup>o</sup> 92-13280, non-publiée (requalification en l'espèce en jugement de donné acte) ; Cass. 1<sup>o</sup> civ., 10 mars 1992, n<sup>o</sup> 90-16516, non-publiée ; Cass. com., 17 mars 1975, n<sup>o</sup> 73-14508 ; *Bull. civ.* V, n<sup>o</sup> 81, p. 66.

<sup>5</sup> Cass. com., 22 mars 2005, n<sup>o</sup> 02-21103, non-publiée.

<sup>6</sup> G. Couchez et X. Lagarde : *Procédure civile*. Sirey, 2010, n<sup>o</sup> 397, p. 429 ; Cass. com., 17 mars 1975, n<sup>o</sup> 73-14508 ; *Bull. civ.* V, n<sup>o</sup> 81, p. 66.

et intérêts que le juge allouerait à l'une d'entre elles. Par leur soumission au juge d'un litige fictif, en orientant leurs conclusions et prétentions de telle manière que la solution dont elles sont convenu s'impose au juge, les parties vont en effet transmuier leur convention en décision. Le juge exercera son pouvoir de dire le droit et, par un acte volitif, prononcera une véritable décision juridictionnelle<sup>1</sup>. « On se trouve alors en présence d'une sorte d'hybride : l'âme d'une convention dans le corps d'un jugement, c'est-à-dire une solution conventionnelle du litige sous l'apparence d'une solution juridictionnelle »<sup>2</sup>, laquelle « occulte la substance conventionnelle d'origine »<sup>3</sup>.

565. *La conscience du juge des origines contractuelles du jugement d'expédient.* La question du rattachement de la pratique consistant à soumettre un projet de jugement au tribunal, dénommée « passer un dispositif au tribunal »<sup>4</sup>, à la catégorie des jugements d'expédients mérite d'être abordée. On peut en effet s'interroger sur la nature de la fonction alors exercée par le juge. Croit-il dire le droit dans le cadre de sa mission juridictionnelle, ou se contente-t-il de recevoir l'accord des parties, comme il le fait dans le cadre des jugements de donné-acte, sous une forme juridictionnelle ?

Dans la mesure où le juge est conscient de l'accord des parties, il semble légitime de douter qu'il exerce une quelconque attribution juridictionnelle en reprenant une telle solution à son compte. L'acte judiciaire ainsi élaboré semble dès lors plus proche d'une simple constatation de l'accord des parties plutôt que du résultat d'une analyse juridictionnelle de la situation par le juge. En ce sens, il apparaît qu'une telle « décision » ne saurait être qualifiée de juridictionnelle, du moins dès lors que le juge reprend consciemment la solution telle qu'elle a été volontairement dessinée par les parties<sup>5</sup>. Il serait en effet illogique de refuser aux contrats judiciaires la qualité d'acte juridictionnel et de l'accorder à de telles « décisions » tant leur finalité et leurs modalités sont proches. La question a son importance en raison des conséquences pratiques que la qualification juridictionnelle de la « décision » emporte et qui parfois frôle la fraude. Les développements à suivre se concentreront donc sur les hypothèses dans lesquelles c'est par une simulation que les parties forcent le juge à imprimer à leur accord occulte le caractère d'une véritable décision. Seront ainsi exclus les contrats judiciaires pour lesquels le juge est conscient de l'instrumentalisation de son pouvoir juridictionnel. De tels accords, en l'absence de tout exercice propre du juge de sa *jurisdictio* devraient être considérés comme appartenant à la catégorie des contrats judiciaires et non des jugements convenus<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> TGI Aix en Provence, 21 avr. 1977 ; *JCP* 1977, II, 18673, obs. R. Lindon.

<sup>2</sup> F. Kernaleguen : « La solution conventionnelle des litiges civils », in L. Cadet (dir.) : *Le droit contemporain des contrats*. Economica, 1987, p. 65, *sp.* p. 84.

<sup>3</sup> A. Engel-Créach : *Les contrats judiciairement formés*. Préf. A. Bénabent, Economica, 2002, *sp.* n° 163, p. 114.

<sup>4</sup> S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand : *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*. Dalloz, 32<sup>e</sup> éd., 2014, *sp.* n° 1024.

<sup>5</sup> Une telle vision du jugement d'expédient au sens « strict » tend à s'éloigner de la conception formelle dégagée à l'origine, notamment par un auteur (A. Tissier note sous Cass. Req. 2 juin 1908, *S.* 1909, I, p. 305), pour qui « si, après avoir constaté l'accord des parties, le juge rend une décision, il y a jugement et non contrat judiciaire ; ou du moins le contrat judiciaire est absorbé par le jugement. Peu importe que la décision du juge ait été préparée par le contrat dont elle rappelle les clauses, que la rédaction ait été faite à l'avance par les avoués et avocats ; le jugement doit toujours être considéré comme l'œuvre du juge qui le prononce ».

<sup>6</sup> D. Le Ninivin et Y. Strickler : *J-Cl. Proc. Civ. Fasc. 116, V<sup>o</sup> Matière et procédure gracieuse*, *sp.* n° 38, qui insiste sur la faculté pour le juge de s'écarter du « vœu des plaideurs apparents » ; « soit il y a litige, et le juge tranche ; soit il y a accord des parties et le juge ne juge pas ! »

Le recours au jugement d'expédient présente l'avantage de renforcer la convention des parties et de lui conférer les attributs d'un véritable jugement qui la rendent plus robuste qu'un simple accord de volonté privé. La consécration par le juge de la volonté des parties entraîne non seulement des conséquences relatives à la force nouvelle ainsi octroyée à leur accord (A) mais pose également la question de la fraude (B) par la dénaturation du rôle du juge.

#### A. La robustesse du contrat contenu dans un jugement d'expédient

566. **Les conséquences de la nature juridictionnelle de l'acte.** Le jugement d'expédient, en dépit de sa consécration d'un simple accord des parties, constitue un acte juridictionnel<sup>1</sup> et est ainsi soumis aux voies de recours propres aux jugements, à l'exclusion des moyens de contestation ouverts à l'encontre des contrats. Le juge dans cette hypothèse, bien qu'il soit manipulé par les parties, dit le droit et tranche le litige. Or, un des intérêts que représente pour les parties la consécration juridictionnelle de leur accord par le juge est la fortification de celui-ci au regard d'une éventuelle remise en cause (1°). La décision juridictionnelle permet également aux parties de bénéficier de facilités relatives à l'exécution dont même les conventions dotées de la force exécutoire ne jouissent pas (2°).

##### 1° L'impossible remise en cause du contenu de la décision

567. **Absence de recours contractuel.** Le simulacre de litige porté par les parties résultant en une décision juridictionnelle, il est impossible pour les parties d'agir sur le fondement contractuel de la décision. Une fois le contrat transmué en décision, celui-ci devient dès lors intangible et inatteignable par les causes de nullité propres aux conventions. La volonté des parties n'ayant, en théorie, rien à voir avec le contenu du jugement, elle ne saurait en effet en aucun cas fonder la remise en cause de celui-ci. L'accord initial des parties est ainsi sacralisé par la décision juridictionnelle de manière assez similaire au phénomène d'absorption de la convention dans le jugement prononçant le divorce. La remise en cause de la décision sur un fondement contractuel est logiquement exclue. De surcroît, la voie juridictionnelle tendant à la remise en cause de la décision rendue serait, fort probablement, en pratique, fermée à jamais pour les parties.

568. **Impossibilité des recours juridictionnels.** La contestation de la décision ne pourrait donc se faire que sur le terrain des recours à l'encontre des décisions de justice. Cette seule considération permet de réduire considérablement les facultés de contestation de leur accord par les parties. Les délais à leur disposition pour contester une décision sont en effet bien plus courts que ceux déterminés par les règles de la prescription en matière contractuelle : 1 mois à compter de la signification de la décision contre 5 ans à compter de la date à laquelle le contractant a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'agir en nullité. De plus, comme l'a relevé Mme. Alice Engel-Créach<sup>2</sup>, les voies de recours offertes à une des parties qui souhaiterait contester le jugement d'expédient ont peu de chances de prospérer. Les conclusions des parties ayant motivé la décision du juge dans le sens voulu par les litigants

<sup>1</sup> Cass. civ. 25 févr. 1901, *DP* 1903, 1, p. 580 ; Cass. civ. 28 nov. 1904 ; *DP* 1905, 1, p. 204 ; *S.* 1907, 1, p. 281 ; Cass. civ. 11 avr. 1911 ; *DP* 1913, 1, p. 423 ; Cass. Req. 29 avr. 1931 ; *DP* 1931, 1, p. 123, note E. P.

<sup>2</sup> A. Engel-Créach : *Les contrats judiciairement formés*. Préf. A. Bénabent, *Economica*, 2002, *sp.* n°184, p. 125 et s.

seront en effet concordantes, et la voie de l'appel semblerait dès lors avoir peu de chances d'aboutir.

Il est probable que le recours en révision, sanctionnant la fraude d'un des contractants et devant être exercé dans un délai de deux mois à compter de la date de la connaissance de la cause de révision<sup>1</sup>, serait également compromis dans la mesure où la fraude est en ce cas commune aux parties, entraînant l'irrecevabilité du recours en vertu du dernier alinéa de l'article 595 du CPC.

Le jugement d'expédient constitue ainsi pour les parties une convention<sup>2</sup> quasi-inattaquable, que ce soit sur le fondement contractuel qui est exclu par la qualité juridictionnelle de l'office du juge en la circonstance, ou du fait de l'impossibilité d'obtenir l'anéantissement du contrat sous-jacent par les voies de recours propres aux décisions juridictionnelles. La décision de justice dont la contestation efficace semble ainsi en pratique relever de l'impossible jouit par ailleurs de certains avantages dont la seule convention des parties eut été dépourvue.

## 2° Les autres bénéfiques du jugement convenu

569. **La supériorité du jugement convenu sur un simple accord de nature contractuelle.** Le choix du recours au jugement d'expédient, outre la fortification de l'accord des parties qu'il permet, présente d'autres avantages par rapport à la simple concordance des volontés dont il est issu. Le premier d'entre eux est d'élargir les voies d'exécution à la disposition des parties par rapport au simple contrat, y compris si ce dernier est le cas échéant homologué. Le second tient à la plus grande capacité de circulation des jugements par rapport aux accords des parties. Enfin, le choix du recours au jugement d'expédient plutôt qu'à une transaction emporte des incidences fiscales non-négligeables.

570. **Accès facilité aux voies d'exécution.** La perspective de pouvoir faire exécuter leur accord en bénéficiant du concours de la force publique peut également constituer un attrait de poids dans la mise en œuvre de la simulation en vue de faire prononcer par le juge un jugement d'expédient. On sait en effet quelles problématiques pratiques, en termes de temps et de démarches, s'imposent au contractant désirant faire exécuter les obligations prévues dans sa convention. Il pourrait être avancé que ces désavantages des conventions relatives au règlement des conflits sont susceptibles d'être atténués par les formes de consécutions judiciaires des contrats, tels que le jugement de donné acte, le procès-verbal de conciliation ou encore, lorsque la convention a été conclue hors de toute procédure judiciaire, le recours à « l'homologation » du juge, selon des formes relativement simples. On a cependant vu que, dans certaines hypothèses, la loi impose que la requête en vue de l'homologation soit formulée par les deux parties ou qu'une partie explicite le fait qu'elle ne s'y oppose pas. Ces désagrèments ne sauraient à eux seuls justifier d'entamer une procédure au fond pour éviter une procédure plus légère sur requête, sauf afin d'éviter qu'une des parties à un accord ne se défile au moment de le soumettre à l'homologation du juge.

L'avantage de recourir à une décision juridictionnelle tient aux autres facilités d'exécution que la loi ou les conventions internationales attribuent aux jugements et dénie aux simples

---

<sup>1</sup> Article 596 du CPC.

<sup>2</sup> L'hypothèse venant en premier à l'esprit serait celle d'une transaction conclue par les parties afin de mettre fin à un litige de manière plus radicale que par une simple convention. L'hypothèse d'une convention n'ayant pour but que de frauder et de léser les intérêts des tiers à la convention ne doit cependant pas être écartée.

conventions, même homologuées. Il en va ainsi par exemple s'agissant d'obtenir une expulsion. À l'exception de l'hypothèse dans laquelle l'accord des parties est constaté par le juge sous la forme d'un procès-verbal de conciliation, seule une décision de justice est susceptible de fonder valablement une expulsion au terme de l'article L. 411-1 du Code des procédures civiles d'exécution. Réalisant une interprétation stricte de cet article, la jurisprudence a ainsi exclu l'efficacité des accords homologués en la matière<sup>1</sup>.

Le jugement d'expédient ou jugement d'accord, en sa qualité de véritable décision de justice, permet également à un créancier d'obtenir l'hypothèque judiciaire sur les immeubles de son débiteur<sup>2</sup>, lui accordant ainsi une sûreté particulièrement efficace. Une telle hypothèque peut grever l'ensemble des biens immobiliers du débiteur, y compris ceux dont l'acquisition serait réalisée postérieurement à la décision<sup>3</sup>. Or cette hypothèque générale est réservée, selon l'article 2123 du Code civil, aux jugements français, aux jugements étrangers et aux sentences arbitrales exequaturées, ce qui devrait logiquement impliquer d'exclure d'un tel bénéfice les conventions constatées par le juge<sup>4</sup>. Il semble que la solution devrait également s'appliquer aux actes ayant fait l'objet d'une homologation, même s'il semble qu'une jurisprudence ancienne ait validé une telle hypothèque judiciaire sur le fondement d'une convention homologuée<sup>5</sup>. La véritable décision de justice que constitue le jugement d'expédient, même non encore exécutoire, permet par ailleurs de solliciter l'octroi de mesures conservatoires sans autorisation du juge<sup>6</sup> permettant une sécurisation plus rapide des intérêts de la partie ayant prévalu<sup>7</sup>. Le jugement d'expédient apparaît ainsi bien plus sécurisant que la seule transaction. Cette fermeture du contentieux se réalise également plus fermement à l'international.

571. **Avantages du jugement d'expédient en droit international.** Le recours au jugement d'expédient présente également l'avantage pour les parties de pouvoir bénéficier des dispositions des conventions internationales relatives à l'exécution des décisions par une procédure simplifiée sur requête, ce qui reste exclu s'agissant des accords qui ne sont pas des transactions judiciaires<sup>8</sup>. Par ailleurs, une simple transaction conclue dans un état ne peut en

<sup>1</sup> Cass. Avis, 20 oct. 2000, n° 02-00013 ; *Bull. avis*, n° 9, p. 9 ; *D.* 2000, IR 296 ; *RTD civ.* 2001, p. 213, obs. R. Perrot ; *JCP* 2001, II, 10479, note Y. Desdevises ; *Dr. et proc.* 2001, p. 122, obs. J.-J. Bourdillat.

<sup>2</sup> Cass. civ., 28 nov. 1904 ; *DP* 1905, 1, p. 204 ; *S.* 1907, 1, p. 281.

<sup>3</sup> A. Engel-Créach : *Les contrats judiciairement formés*. Préf. A. Bénabent, *Economica*, 2002, *sp.* n° 35, p. 26.

<sup>4</sup> *V.* cependant d'avis contraire, E. P. note sous Cass. Req. 29 avr. 1931 ; *DP* 1931, 1, p. 123, *sp.* p. 124 : « le jugement (*de donné acte*) a pour effet de (...) donner lieu à l'hypothèque judiciaire » ; *v. ég.* A. Tissier, note sous Cass. Req. 2 juin 1908 ; *S.* 1909, 1, p. 305 ; pour un jugement sanctionnant l'accord des parties, *v.* Cass. civ. 28 nov. 1904 ; *DP* 1905, 1, p. 204 ; *S.* 1907, 1, p. 281.

<sup>5</sup> Cass. civ., 4 janv. 1911 ; *DP* 1911, 1, p. 249, note M. Planiol ; *v. ég.* CA Paris, 20 nov. 1862 ; *DP* 1862, 2, p. 203.

<sup>6</sup> En vertu de l'article L. 511-2 du Code des procédures civiles d'exécution ayant intégré dans le Code l'article 68 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 ; Cass. com. 4 déc. 2007, n° 05-20744.

<sup>7</sup> J. Billefont : « La sentence d'accord-parties : vraie sentence ou transaction déguisée ? », *Rev. arb.* 2013, p. 139, *sp.* p. 144.

<sup>8</sup> Selon l'article 59 du Règlement de Bruxelles I refondu ; l'article 2 b du même règlement définit la transaction judiciaire comme « une transaction approuvée par une juridiction d'un État membre ou conclue devant une juridiction d'un État membre en cours de procédure », ce qui semble élargir la catégorie des transactions pouvant bénéficier de la procédure simplifiée par rapport à l'article 58 du Règlement de Bruxelles I, qui limitait ce bénéfice aux transactions « conclues devant le juge *au cours d'un procès* ». En effet, les transactions conclues hors procès, ainsi que les autres accords qui pouvaient être constatés par le juge, ne pouvaient pas prétendre à une telle facilité d'exécution au sein de l'Union européenne. Pourtant ces actes constatés par le juge ne pouvaient-ils pas être considérés comme des actes authentiques, lesquels bénéficient en vertu de l'article 57 du règlement Bruxelles I de la même facilité d'exécution ? La doctrine (*v. not.* M. Santa-Croce : « L'efficacité des modes alternatifs de

effet faire obstacle à l'exécution dans ce même état d'une décision étrangère. La Cour de cassation a décidé, sur le fondement de la convention de Bruxelles, qu' « une transaction conclue entre les parties n'est pas une décision de nature à faire obstacle à la reconnaissance d'un jugement rendu entre les mêmes parties dans un autre État de la Communauté »<sup>1</sup>. L'efficacité de la transaction, même lorsque celle-ci a été passée devant un juge, comme c'était le cas dans l'affaire *Solo Kleinmotoren*, n'est ainsi pas, dans certaines hypothèses<sup>2</sup>, assurée en droit international privé, en raison de son « infériorité congénitale » selon les mots de H. Muir-Watt<sup>3</sup>. L'exequatur de la transaction en question semble par ailleurs devoir être sans effet sur la mise à l'écart du moyen tenant à l'inconciliabilité, qui ne concerne que les contradictions qui peuvent survenir entre deux décisions de justice. « Si le droit préfère ignorer le conflit écartant systématiquement le règlement amiable sous l'autorité du Juge, il permet de consacrer des situations dans lesquelles la mauvaise foi d'une partie est patente, dès lors qu'elle pourrait poursuivre impunément l'exécution de l'accord revêtu de la formule exécutoire et l'exécution de la décision de Justice. Autant alors déconseiller formellement aux parties d'avoir recours à un règlement amiable de leur conflit, même sous l'autorité du Juge »<sup>4</sup>. Dans le prolongement de ce raisonnement, les parties à une transaction auront tout intérêt à avoir recours à un jugement d'expédient afin de s'assurer que le litige réglé par leur accord sera insusceptible d'être valablement et efficacement ressuscité à l'étranger.

572. **Intérêt fiscal.** La nature juridictionnelle de la décision rendue sur simulation d'un litige par les parties présente enfin un intérêt fiscal indéniable<sup>5</sup>. En matière sociale, plus particulièrement dans les cas de licenciement irrégulier ou en l'absence de cause réelle et sérieuse, l'article 80 duodecies 1. 1° précise certains types d'indemnités accordées en cas de litige par un juge qui ne constituent pas une rémunération imposable. Les hypothèses pouvant donner lieu à une telle exclusion de revenus sont strictement interprétées par le Conseil d'État. Ce dernier a décidé, dans une décision en date du 5 mai 2010<sup>6</sup>, que sont exclues du champ d'application de cet article les indemnités versées à l'occasion d'une rupture sans motif valable d'un CDD. Cette décision a été considérée, peut-être à tort, comme consacrant l'exclusion des sommes convenues par voie transactionnelle. Il nous semble que ce ne soit pas le motif invoqué pour refuser le bénéfice d'une telle exception à l'impôt. L'interprétation stricte de l'article qui

---

règlement des litiges dans le contentieux international et européen », *Gaz. Pal.* 10-12 Juin 2001, p. 3) semblait s'accorder sur le fait que l'intervention du juge confère à l'accord des parties un caractère authentique et ce type d'accords revêtus de la formule exécutoire pourrait ainsi répondre aux exigences du Règlement telles que précisées par l'arrêt *Unibank* rendu par la CJCE le 17 juin 1999 (CJCE, 17 juin 1999, aff. C-260-99, *Unibank*, Rec. I, 3715 ; *Rev. crit. DIP.* 2000, p. 245, note G. Droz ; *JDI* 2000, p. 539, chr. A. Huet ; v. ég. G. Légier : « Définition de l'acte authentique au sens de la Convention de Bruxelles », à propos de la décision de CA Aix, 2 mars 2000, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 163.)

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 11 févr. 1997, n<sup>o</sup> 95-11402 ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 326, note P. Mayer ; *RGDP* 1998, p. 712, note H. Muir-Watt ; *JDI* 1997, p. 1026, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; CJCE 2 juin 1994, *Solo Kleinmotoren GmbH c. Emilio Boch*, Aff. C-414/92, Rec. 1994, I-02237 ; *JDI* 1995, p. 466, obs. A. Huet.

<sup>2</sup> Dans l'hypothèse en question, l'existence de la transaction n'avait vraisemblablement pas été invoquée devant le juge étranger ayant par la suite rendu la décision. Il est probable que si une telle exception de transaction avait été soulevée devant le juge étranger, le débat qui s'est déroulé au stade de l'exequatur n'aurait pas eu lieu ; la transaction ne met donc pas en toutes circonstances les parties contractantes à l'abri, mais reste un instrument sur dès lors que ne peut être reprochée à la partie souhaitant s'en prévaloir une inaction devant le juge étranger.

<sup>3</sup> H. Muir-Watt note *préc.* sous Cass. 1<sup>o</sup> civ., 11 févr. 1997, *RGDP* 1998, p. 712, *sp.* p. 720.

<sup>4</sup> M. Santa-Croce : « L'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges dans le contentieux international et européen », *Gaz. Pal.* 10-12 Juin 2001, p. 3.

<sup>5</sup> *V. déjà* Cass. Req. 29 avr. 1931 ; *DP* 1931, 1, p. 123, note E.P sur l'exigibilité du droit proportionnel de mutation.

<sup>6</sup> CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 5 mai 2010, n<sup>o</sup> 309803 ; *JCP E* 2010, n<sup>o</sup> 26, 1647, obs. F. Douet.

mentionne un tribunal a cependant clairement été réalisée par au moins une décision décidant que les transactions conclues ayant pour objet l'octroi d'indemnités en raison d'irrégularité du licenciement ne pouvaient pas bénéficier de l'exclusion prévue par l'article 122-14-4 du Code de travail<sup>1</sup>. Ainsi, l'interprétation stricte retenue par le Conseil d'État des dispositions relatives à l'exclusion incite fortement à penser que la mention d'un juge faisant œuvre d'autorité dans la majorité des articles visés par l'article 80 duodecimes 1. 1° du CGI<sup>2</sup> exclut radicalement dans ces situations tout accord transactionnel des parties concernant ces points litigieux de l'exonération.

Seul l'article 1235-1 du Code du travail semble désormais permettre d'ouvrir quelque peu le champ de l'exclusion des revenus imposables aux indemnités convenues entre les parties. Il est en effet fait référence au procès verbal de conciliation au sein duquel l'employeur accorde des indemnités calculées sur un barème en fonction de l'ancienneté du salarié<sup>3</sup>, le barème étant cependant défavorable par rapport à ce que pourrait espérer obtenir le salarié en justice<sup>4</sup>. Or, par le passé, la jurisprudence administrative a précisé qu'une telle soustraction de ces indemnités à l'impôt était exclusivement réservée aux décisions de justice et que les accords amiables, et notamment la transaction et le jugement de donné-acte, étaient exclus de ce bénéfice<sup>5</sup>. Les indemnités de licenciement accordées hors du cadre de ces dispositions n'étant qu'en partie exonérées, il peut se révéler tentant d'avoir recours à la simulation du procès afin que la totalité de ces indemnités soit considérée non imposable. D'autre part, concernant l'impôt sur le revenu, seules les indemnités octroyées par une décision de justice pour préjudice moral peuvent être soustraites à l'imposition, désormais pour la fraction de celles-ci qui sont inférieures à 1 million d'euros<sup>6</sup>.

Le recours au jugement d'expédient est susceptible de procurer certains avantages par rapport au simple accord des parties, et ce en plusieurs domaines. Les effets des volontés concordantes des parties sont ainsi distincts selon que ces volontés sont reprises à son compte par le juge ou restent dans un cadre purement contractuel entre les parties. L'ensemble de ces intérêts incite donc à considérer le recours au jugement d'expédient particulièrement efficace. Les multiples avantages présentés par une telle décision, en quelque sorte extorquée au juge par la simulation, font redouter les éventuelles dérives frauduleuses d'une telle pratique, entraînant une certaine dénaturation du rôle du juge.

## B. Risques de fraude et dénaturation du rôle du juge

**573. *Le spectre de la fraude.*** Les différents intérêts présentés par le jugement d'expédient par rapport au simple accord entre les parties incitent à s'interroger sur les risques de fraude

<sup>1</sup> CAA Nantes, 12 juill. 2012, n° 11NT03219.

<sup>2</sup> « Le juge impose » dans l'article 1235-2 du Code du travail, « le juge octroie » dans les articles 1235-3 et 1235-11 ou encore « le juge accorde » dans les articles 1235-12 et -13 du Code du travail.

<sup>3</sup> L'article 1235-1 du Code du travail dispose : « en cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1, l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié ».

<sup>4</sup> Sur le sujet : D. Boulmier : « Faciliter la conciliation prud'homale... mais pour qui ? », *Dr. Soc.* 2013, p. 837.

<sup>5</sup> CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ss-sect. réun., 27 oct. 2010, n° 315056.

<sup>6</sup> Article 80, alinéa 4 du CGI, depuis la L. fin. 2011, n° 2010-1957, 29 déc. 2010 adoptée en réaction à l'affaire Tapie.

découlant d'une telle instrumentalisation du juge par la volonté des parties. En lui-même, le jugement d'expédient semble quelque peu dénaturer le rôle du juge. « Le jugement d'expédient correspond, en effet, à une utilisation anormale du procès : l'activité juridictionnelle sert à une fin autre que celle prévue par la loi, puisque la contestation est simulée »<sup>1</sup>. Un tel détournement ne semble cependant pas critiquable dans toutes les hypothèses. Certains objectifs contemplés par les parties lors du recours au jugement d'expédient ne semblent pas devoir être proscrits à première vue, s'agissant par exemple d'y avoir recours afin de s'assurer que la solution trouvée à leur conflit soit bien effective.

D'autres hypothèses soulèvent le spectre de la fraude fiscale ou de la fraude aux droits des créanciers. Il semble en effet qu'il ne faille pas exclure l'éventualité que les parties instrumentalisent le juge afin de soustraire les sommes concernées par la décision à l'impôt ou au gage des créanciers du débiteur. Il ne serait pas inenvisageable qu'un salarié et un employeur, étant tombés d'accord sur la réparation d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, décident non de conclure une transaction mais de simuler le différend qui les oppose dans le cadre d'une procédure judiciaire afin de faire rentrer les sommes judiciairement allouées par le juge dans l'exception à la qualification de revenus imposables posée par l'article 80 duodecies du CGI. Ce contentieux simulé pourrait ainsi réaliser la soustraction organisée par les parties à l'impôt pour le salarié licencié, lequel pourrait en contrepartie s'accommoder de sommes moindres sur lesquelles il n'aura pas à s'acquitter de l'impôt sur le revenu. Les frais de justice étant par ailleurs, sous certaines conditions, considérés comme des charges déductibles, les coûts de la simulation en seront réduits d'autant. Il semble que l'intérêt fiscal que représente une telle simulation tende à s'amoindrir au fil des réformes sans pour autant disparaître totalement. L'assujettissement de la seule rupture conventionnelle au forfait social<sup>2</sup> semble par exemple de nature à relancer l'attrait pour les procédures simulées.

De même, il n'est pas exclu que les parties soumettent au juge un litige fictif, réclamant la réparation d'un préjudice moral prétendument subi, afin, par exemple, de réaliser des donations déguisées<sup>3</sup> ou de léser les tiers. Il leur suffit à cette fin de simuler un contentieux et d'émettre des prétentions assez proches sans pour autant être parfaitement identiques. Si l'ampleur de la pratique du jugement convenu est difficile à évaluer dans la mesure où elle est par définition cachée, quelques décisions de justice relatives à la fraude des droits des tiers permettent d'en avoir un aperçu. A ainsi été révélée la fraude commise par le gérant d'une SCI, en « difficulté » avec ses associés, qui par collusion frauduleuse avec son prétendu adversaire qui n'était autre que la société appartenant à sa mère, avait obtenu une ordonnance autorisant la vente d'un terrain afin de régler une note d'honoraires émise par le prétendu adversaire<sup>4</sup>. Dans d'autres hypothèses, le jugement convenu servira à renforcer un accord qui pourrait être fragilisé par les actions en nullité de la période suspecte des créanciers dans une procédure collective<sup>5</sup>. Le jugement d'expédient se révélera alors un outil à la disposition des parties en vue de frauder les

---

<sup>1</sup> A. Engel-Créach : *Les contrats judiciairement formés*. Préf. A. Bénabent, Economica, 2002, *sp.* n° 36, p. 27.

<sup>2</sup> De 20%, instauré par l'article 20 de la loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013.

<sup>3</sup> Les donations sont en effet considérées avec une grande attention et se révèlent souvent très vulnérables en cas d'action paulienne des créanciers ; v. sur le sujet, J. Patarin : « À propos de quelques parades ou défenses à l'action en révocation paulienne des donations faites en fraude des droits des créanciers du donateur », *RTD civ.* 1997, p. 718.

<sup>4</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 nov. 1971, n° 70-10781 ; *Bull. civ.* II, n° 316, p. 230.

<sup>5</sup> Pour un exemple en matière d'arbitrage : CA Paris, 9 avril 2009 ; *Rev. arb.* 2009, p. 436 ; *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 24, 8 août 2009, p. 4, J. Kirby et D. Bensaude.



droits des tiers, en organisant par exemple l'insolvabilité ou l'allègement du patrimoine d'une partie au détriment de ses créanciers.

574. **Dénaturation du rôle du juge.** Une telle pratique a pour effet de dénaturer le rôle du juge, permettant aux parties, par leurs conclusions concordantes, de lui confisquer sa *jurisdictio* à des fins parfois douteuses. Ce dernier ne tranche alors pas une contestation, mais se retrouve victime et, malgré lui complice, de manœuvres des parties, et ce quelle que soit la finalité, frauduleuse ou non, de leur action. Une telle dénaturation du rôle du juge, même si elle peut de prime abord apparaître choquante, ne doit cependant pas nécessairement être rejetée. En effet, le litige soumis par les parties a pu réellement exister et être réglé par la voie amiable. La forme que souhaitent attribuer les parties à leur accord en sollicitant une décision juridictionnelle semble alors pouvoir être choisie par eux dès lors qu'aucune fraude ne peut leur être reprochée. Ces simulacres de litiges ont constitué, par le passé, le seul moyen à la disposition des parties pour obtenir un résultat que la loi déniait à leur volonté la faculté de produire. Il en était ainsi notamment en matière familiale, dans les divorces pour faute avant que le divorce par consentement mutuel ne soit consacré<sup>1</sup> ou en matière sociale, avant que la rupture conventionnelle du contrat de travail n'ait été admise. La simulation ainsi opérée par les parties ne semble ainsi pas dans tous les cas condamnable, sauf lorsqu'elle a pour but de porter atteinte aux droits des tiers.

---

<sup>1</sup> Par la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce ; le Garde des Sceaux de l'époque avait alors déclaré : « il est un objectif que nous poursuivons à travers cette réforme, c'est de supprimer la *comédie judiciaire* à laquelle se livrent les époux déterminés à rompre leur union... une justice fondée malgré elle sur le mensonge et dont les juges et les auxiliaires de justice deviennent malgré eux les complices » : *JO* déb. Sénat 1975, séance du 12 juin 1975, p. 1529, col. 2 et p. 1510, col. 1.

\*  
\*   \*  
*Conclusion du Titre 1<sup>er</sup>*

575. **Le contract comme outil de règlement des différends.** La volonté conjointe des parties est susceptible d'influencer considérablement le déroulement du contentieux qui les oppose. Par leurs accords dans le désaccord, les parties peuvent s'investir utilement dans des procédures de règlement amiable susceptibles de mettre fin à leur différend. En jouant le jeu de la convention de procédure participative, les parties manifestent leur confiance en leur volonté de trouver une solution consensuelle à leur conflit à l'aube d'une procédure juridictionnelle. Le contrat des parties se mue alors d'un vecteur de prévision des conflits en un véritable outil de règlement des différends. Une approche similaire anime les conventions ayant pour objet la procédure. Devant les juridictions étatiques, la volonté des parties est notamment capable d'influer sur le temps contentieux, en le suspendant ou en l'accéléralant, ou de modifier certaines règles de procédure.

576. **La liberté des parties, fonction d'une certaine conception de la Justice.** Force est de constater que la volonté conjointe des parties n'est cependant pas toute puissante à proximité immédiate du contentieux. Certaines règles s'opposent en effet à ce que cette volonté commune puisse, en toutes circonstances, dicter sa loi. Elles dérivent d'une conception particulière de la justice qui impose le respect de certains principes en raison de la finalité sous-jacente de l'œuvre de Justice. Dépendant de la conception relativiste ou absolue de la Justice véhiculée par défaut par le système juridique français, la volonté des parties peut se voir, tour à tour, efficace, muselée ou déconsidérée. Les exceptions à la validité de la transaction en constituent un exemple : poursuivant une conception absolutiste de la Justice, le juge judiciaire, lorsqu'il est sollicité suite à une transaction, ne semble pas réussir à résister à la tentation de faire un usage détourné de certaines dispositions afin de rapprocher la justice particulière, que se sont données les parties, de celle qu'il estime devoir prévaloir dans l'absolu. Certaines règles rigides tenant à l'organisation du service public de la justice jouent également un rôle de rempart contre certains aménagements processuels souhaités par les parties. À cet égard l'arbitrage, détaché de toute contrainte institutionnelle, apparaît offrir une liberté bien plus grande aux parties en matière d'aménagement de la procédure en sus de permettre une liberté de choix d'une grande importance relativement à la personne même du juge.

Pourtant, même en matière d'arbitrage, la liberté des parties d'aménager la procédure ne saurait être absolue. Deux types d'obstacles en particulier viennent contraindre la volonté conjointe des parties en la matière. D'une part, et de manière parfaitement logique, le noyau dur de l'office juridictionnel interdit que les parties puissent attenter à l'exercice de la *jurisdictio* par l'arbitre et assure le respect de certains principes essentiels à l'élaboration d'une justice de qualité. Le principe souple d'égalité des parties dans la désignation des arbitres en constitue probablement le meilleur exemple. Apprécié sans rigueur excessive, ce principe assure la qualité de véritable Justice de l'arbitrage. En ce sens l'arbitrage permet de cerner le cœur de la fonction juridictionnelle, dépouillé des règles gravitant autour du juge en matière judiciaire et relatives à l'organisation du service public de la justice. D'autre part, le principe d'efficacité qui participe au succès de la justice arbitrale apparaît dans certaines hypothèses entrer en conflit avec la volonté des parties. Déjà observé au sujet des conventions d'arbitrage, ce phénomène de prévalence du principe d'efficacité sur la volonté des parties semble d'une certaine manière perdre de vue la liberté des parties qui constitue le fondement même de cette justice particulière.

Si, en certaines hypothèses, les parties sont confrontées à une vision absolutiste de la Justice véhiculée en premier lieu par les juges judiciaires, dans d'autres, la notion de Justice relative, au seul bénéfice des justiciables en question, semble assez paradoxalement pouvoir prévaloir. Les outils exorbitants de l'office classique du juge permettent en effet aux parties de s'écarter du droit par le choix de l'amicable composition et de la confiance en l'homme qu'elle véhicule ou par la liaison du juge sur les qualifications et points de droit déterminés par les parties. La volonté des parties semble ainsi susceptible, dans certaines conditions qui semblent parfois trop restrictives, de délester le juge de ses pouvoirs traditionnels, en se les appropriant. En pratique assez marginaux, les accords des parties tenant aux référentiels à adopter par le juge constituent des outils d'une vigueur particulière leur permettant de réaliser leur propre Justice.

577. ***L'instrumentalisation du juge par la volonté des parties.*** L'appropriation des pouvoirs du juge par la volonté des parties, qu'elle ait pour objet la *jurisdictio* ou l'*imperium*, traduit l'aspiration des parties, dans certaines circonstances, d'instrumentaliser le juge pour atteindre le résultat qu'elles souhaitent. Cette faculté qui leur est offerte, consacrant au moins partiellement une conception relativiste de la Justice, au service des parties, semble dans une certaine mesure jurer avec les hypothèses dans lesquelles la volonté des parties est sacrifiée sur l'autel de la Justice absolue.

## **Titre 2 - La force de la volonté individuelle dans le contentieux**

578. *Volonté d'une partie et volonté des tiers.* La puissance de la volonté commune des parties dans la gestion du litige se manifeste quant au choix de la procédure ou du rôle qu'elles entendent faire jouer au juge dans le cadre du traitement de leur conflit. Cette emprise de la volonté commune sur le litige au stade contentieux n'est cependant pas la seule à prendre en considération. Les manifestations de volonté unilatérale d'une partie dans le déroulement d'un litige sont susceptibles d'orienter de manière déterminante le contentieux (Chapitre 1<sup>er</sup>). La volonté des tiers au litige est également en mesure d'influer sur celui-ci dès lors que le procès, s'il met aux prises au moins deux parties dès l'origine, est susceptible d'intéresser ou de faire appel à des tiers dont l'intervention parfois déterminante (Chapitre 2) ne doit pas être négligée tant elle peut modifier le déroulement, voire l'issue du contentieux.

### **Chapitre 1<sup>er</sup> - La volonté d'une partie au litige**

579. *Choix tactiques et renoncements.* Les choix effectués par une partie en litige présentent un intérêt évident pour qui s'intéresse à la gestion des conflits. Les entreprises sont désormais conscientes de l'importance à accorder aux effets des litiges non seulement dans la gestion de leurs conflits mais également dans l'implémentation d'une stratégie commerciale dépassant le strict cadre juridique. Cette vision économique du litige emporte l'élaboration de stratégies judiciaires propres, utilisées par un nombre croissant d'acteurs, parfois à des fins totalement autres que juridiques. « Ces stratégies instrumentalisent l'action en justice, qui peut même devenir un outil de gestion du contentieux dans une finalité économique ou sociale »<sup>1</sup>. De manière plus technique, la tactique procédurale que peut définir une partie à l'occasion d'un litige est susceptible de maximiser l'avantage attendu d'une action procédurale ou, à l'inverse, d'atténuer les effets de celle-ci (Section 1<sup>ère</sup>). Au-delà de ces choix tactiques, la volonté d'une partie peut, par l'expression de son renoncement et sauf exceptions, imposer l'achèvement du contentieux (Section 2).

#### **Section 1<sup>ère</sup> La volonté d'une partie dans le choix d'une tactique procédurale**

580. *La recherche d'un ascendant stratégique.* Dès lors qu'une action en justice semble inévitable, la définition d'une stratégie procédurale à mettre en place va constituer un élément essentiel du combat juridique qui se prépare. Les stratégies susceptibles d'être adoptées sont aussi diverses que le sont les situations et les buts recherchés par les parties. De nombreuses utilisations de prérogatives procédurales sont susceptibles d'être détournées de leur but afin de prendre un ascendant tactique sur son adversaire, que soit par une action concrète ou par une inaction.

À titre liminaire, deux exemples particuliers de choix tactiques d'une partie susceptible d'impacter directement le dénouement du litige seront fournis. S'agissant d'une impulsion d'une partie, en matière de liaison du juge sur les qualifications et points de droit, il ne semble pas exclu qu'une telle liaison soit effectuée non pour assurer la conformité de l'action aux

---

<sup>1</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp.* n° 212, p. 729.

prévisions des parties mais afin de restreindre le cadre du litige dans l'intérêt de l'une d'entre elles. M. Miguet relevait ainsi qu' « on peut supposer qu'une partie suscite l'accord de l'autre pour limiter le fondement juridique afin que, la liaison quant au fondement juridique entraînant une limitation dans les faits à prendre en considération, la preuve ne porte pas sur un élément que le plaideur désire tenir caché »<sup>1</sup>. Dans le second exemple, le choix tactique pourra se manifester par la simple inaction d'une partie empêchant l'adversaire d'exercer une voie de recours contre une sentence arbitrale qu'il estime devoir encourir l'annulation par la justice étatique. Les deux exemples cités démontrent que la tactique procédurale des parties est un élément déterminant de l'issue du conflit et n'est pas nécessairement déloyale. De telles tactiques semblent insusceptibles de critiques. Dans de nombreuses autres hypothèses, il semble au contraire impérieux d'encadrer les choix stratégiques opérés par une des parties afin d'éviter que le dilatoire ne vienne polluer l'accession à la justice d'une des parties.

Il ne s'agira évidemment pas dans les développements qui vont suivre de recenser l'ensemble des calculs effectués par chacune des parties. L'entreprise serait trop ambitieuse. Nous nous contenterons, dans le cadre de cette étude, de soulever certains exemples topiques dans lesquels la volonté des parties, s'exprimant par ces choix de tactique procédurale, peut avoir une incidence déterminante sur le déroulement ou le résultat du contentieux. Dans cette optique semblent se dégager deux éléments procéduraux primordiaux dans la gestion d'un litige. La question du choix par une partie de la position procédurale à adopter lorsqu'un contentieux semble inévitable (§1<sup>er</sup>) apparaît déterminante. La composante temps, d'une importance essentielle dans la gestion d'un conflit, est également susceptible d'être modulée par la volonté d'une seule partie (§2).

§1<sup>er</sup> Le choix tactique de la position procédurale et ses conséquences sur la compétence

581. ***L'importance de la position procédurale dans la gestion du litige.*** La décision d'être à l'initiative de l'action ou, au contraire, d'attendre d'être mis en cause, est loin d'être anodine. La position procédurale des parties peut en effet avoir des conséquences importantes relativement aux questions de compétence, d'identité du juge ou de charge de la preuve. Il n'est jamais anodin, ne serait-ce qu'en termes psychologiques, d'être à l'initiative de l'action. Le demandeur qui a pris la décision d'intenter un procès est, de par son initiative, considéré comme celui qui se trouve dans une position de force ayant justifié à ses yeux l'engagement de la procédure. Être à l'origine de l'action ne présente cependant pas toujours que des avantages tactiques. Il est en effet des situations dans lesquelles chacune des parties étant susceptible d'agir en justice, il sera important d'attendre que son adversaire engage une procédure afin de contourner des obstacles qui pourraient s'opposer au succès de sa prétention en qualité de demandeur en faisant par exemple usage de l'exception de nullité plutôt que d'intenter, en qualité de demandeur, une action en ce sens qui pourrait être contrée par la prescription<sup>2</sup>.

De même, une partie pourra choisir de se positionner en défense pour de pures questions de compétence. Les règles déterminant les compétences matérielle ou territoriale sont en effet à

---

<sup>1</sup> J. Miguet : « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, al. 4 du Code de procédure civile) », in *Mél. P. Hébraud*. Préface M. Despax, PI Toulouse, 1981, p. 567, *sp.* p. 591.

<sup>2</sup> L'exemple est notamment cité dans L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp.* n° 212, p. 730.

prendre en considération afin de décider s'il convient d'attaquer ou plutôt de défendre dès lors que le traitement juridictionnel du litige semble inévitable. En l'absence de clause attributive de compétence, l'article 42 du CPC précisant que la juridiction compétente est, par défaut, celle du lieu où demeure le défendeur, une partie pourra ainsi préférer provoquer l'action de son adversaire afin de se voir attiré devant une juridiction qui présente pour lui au minimum l'avantage de la proximité. Cependant, dès lors que plusieurs juridictions sont susceptibles d'être compétentes, que ce soit en vertu des options de compétence offertes par la loi ou de clauses d'élection de for, la détermination de la compétence par le seul choix du demandeur procure à ce dernier un avantage certain. Cet avantage est plus grand encore en matière internationale, tant pour des questions de connaissance du système juridique sollicité que pour des considérations de gestion financière des coûts engendrés par le litige lui-même. Les différences entre l'arbitrage et la justice étatique ou entre les différents systèmes judiciaires des états relativement aux frais engendrés par une procédure sont fréquemment soulignées et impliquent une prise en compte de ce paramètre dans une optique de gestion des conflits. Plusieurs hypothèses permettent aux parties à un litige qui semble inéluctable de gérer celui-ci par l'adoption d'une tactique intégrant la question de la position procédurale. Certaines clauses contractuelles, élaborées en amont du conflit, organisent notamment elles-mêmes ce pouvoir important laissé à la volonté du demandeur.

582. **Clauses attributives de compétence optionnelles.** En présence de clauses attributives de compétence optionnelles, le choix de la position procédurale présente un intérêt évident. Le demandeur se voit souvent, en vertu de ces clauses, offrir le loisir de choisir entre les différentes juridictions, voire entre la compétence étatique ou arbitrale. Il pourra ainsi évaluer quel tribunal lui semble présenter le plus d'avantage quant à la position qu'il défend ou quant aux facilités d'exécution de la décision qui pourrait être rendue. Des paramètres tels que la confidentialité, la loi applicable ou encore la sensibilité du tribunal pourront ainsi entrer en ligne de compte dans le calcul effectué préalablement à l'engagement d'une procédure. Le choix d'attaquer sera susceptible d'orienter considérablement le déroulement du litige à venir et de diminuer les coûts finalement engagés par le demandeur pour obtenir satisfaction.

Ce choix de l'initiative de la procédure revêt une importance toute particulière en présence de clauses compromissaires dans lesquelles les arbitres sont présélectionnés dans une liste approuvée par les deux parties. Lorsque la clause prévoit que l'arbitre unique sera désigné par le demandeur, ce dernier dispose de la faculté de choisir l'arbitre qui lui paraît le plus approprié au regard, non seulement le domaine particulier auquel a trait le litige en question, mais également de l'éventuelle sensibilité de l'arbitre à l'argumentation que compte développer le demandeur à l'arbitrage. La position de demandeur pourra dès lors avoir une importance déterminante sur le dénouement du litige. La volonté individuelle du demandeur pourrait ainsi influencer considérablement sur la solution à intervenir. C'est la raison pour laquelle il pourra sembler essentiel d'agir avant son adversaire, en prenant le contrepoint de son éventuelle réclamation, le cas échéant pour faire simplement clarifier la situation litigieuse sans nécessairement attendre quelque chose de concret de l'adversaire et, en quelque sorte, « lui couper l'herbe sous le pied ». La question se pose alors de savoir quelle action tenter en premier.

583. **Action déclaratoire.** Lorsqu'un plaideur pressent que son adversaire va l'attirer afin de faire prononcer sa responsabilité par exemple, pourrait-il tenter en premier une action afin de voir juridictionnellement établir son absence de responsabilité ? Se pose alors la question de

savoir si une telle action déclaratoire, préventive ou « action en constatation négative »<sup>1</sup> ayant pour objet de demander « au juge de reconnaître l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'une situation juridique ou procédurale sans demander de condamnation »<sup>2</sup> pourrait être intentée afin de s'octroyer l'initiative procédurale. Ces actions permettent en effet à une partie, en intervertissant les positions procédurales logiques, de demander à une juridiction qu'elle peut de ce fait choisir, de décliner sa responsabilité et d'engager ainsi le débat sur celle-ci devant le forum de son choix, réalisant ainsi un « effet torpille »<sup>3</sup>.

Les juridictions françaises<sup>4</sup> refusent traditionnellement d'accueillir de telles actions à des fins déclaratoires pour des questions tenant à l'intérêt à agir, au motif que les tribunaux étatiques ne sauraient se transformer en bureaux de consultation juridique, ce qui serait susceptible d'accroître, un peu plus encore, l'encombrement des juridictions. Une évolution en faveur d'une notion élargie de l'intérêt à agir se dessine néanmoins en jurisprudence<sup>5</sup>. La réticence du droit français, en grande partie inspirée par des considérations de politique juridique, semble ne pas être partagée par les droits étrangers<sup>6</sup>, et la position adoptée dans l'ordre international<sup>7</sup>, en particulier dans la sphère arbitrale<sup>8</sup>, se distingue de celle campée par le droit français en raison de l'indifférence des obstacles dressés pour les juridictions étatiques. Une admission plus large de telles actions déclaratoires serait donc assurée devant les juridictions arbitrales. Il pourrait en conséquence se révéler particulièrement intéressant pour une des parties ayant conclu un contrat contenant une clause compromissoire attribuant au demandeur le soin du choix des arbitres présélectionnés, de mettre en œuvre la clause afin de faire déclarer son absence de responsabilité par un arbitre qu'il aura eu le privilège de choisir, en raison de sa position procédurale de demandeur.

584. **Extension de la compétence.** Le choix d'agir en tant que demandeur permet le choix de la juridiction la plus adéquate territorialement lorsqu'une telle option est à la disposition des parties. Ce choix permet également de situer matériellement le litige dans une juridiction donnée. Le principe de l'unicité de l'instance prime sur les règles de compétences matérielles formulées sauf en présence d'une compétence exclusive d'une autre juridiction. Le demandeur dispose ainsi, dans certaines hypothèses, de la faculté de déroger aux règles de compétence matérielle, qui auraient normalement été applicables à la demande si elle avait été formulée par

---

<sup>1</sup> Selon les termes employés dans la décision de la CJUE, 25 oct. 2012, n° C-133/11

<sup>2</sup> G. Decocq : « Les sentences déclaratoires », *Cah. arb.*, 2012, p. 821, *sp.* p. 834.

<sup>3</sup> L'expression est employée par le professeur Horatia Muir-Watt dans sa note sous CJUE, 25 oct. 2012, n° C-133/11, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 501 ainsi que par l'avocat général M. Niilo Jääskinen dans ses conclusions relatives à l'affaire ; Les professeurs Marie-Laure Niboyet et Géraud de Geouffre de la Pradelle (*Droit international privé*. LGDJ, 2007, *sp.* p. 268) avaient employé le terme d'« actions torpilles » pour désigner la saisine, en premier, d'une juridiction incompétente au regard d'une clause attributive de juridiction dans le droit fil de la jurisprudence *Gasser*, désormais enterrée par le nouveau Règlement de Bruxelles I refondu.

<sup>4</sup> Le droit allemand par exemple connaît l'action dénégatoire de responsabilité.

<sup>5</sup> *V.* en matière de compétence internationale, Cass. 1<sup>er</sup> civ., 7 déc. 2011, n° 10-30919 ; *Bull. civ. I*, n° 210 ; *D.* 2012, p. 254, obs. X. Delpéch et note Ph. Delebecque, p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke et p. 1439, obs. H. Kenfack ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 138, rapp. A. Maitrepierre ; *RTD civ.* 2012, p. 367, note Ph. Théry ; *JCP* 2012, n° 241, obs. L. d'Avout ; en matière d'acquisition de la prescription : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 9 juin 2011, n° 10-10348 ; *Bull. civ. I*, n° 111 ; *D.* 2011, p. 2311, note S. Grayot-Dirx et 2140, chron. B. Vassallo et C. Creton ; *D.* 2012, p. 244, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 2011, p. 535, note B. Fages ; le professeur Roger Perrot semble déceler une « évolution vers la prise en compte de l'action préventive » : *v.* R. Perrot, obs. sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 21 sept. 2011, n° 10-17036, non-publiée, *RTD civ.* 2012, p. 146.

<sup>6</sup> G. Decocq : « Les sentences déclaratoires », *Cah. arb.* 2012, p. 821.

<sup>7</sup> V. G. Cuniberti : « Action déclaratoire et droit judiciaire européen », *JDI*, 2004, p. 77.

<sup>8</sup> G. Decocq : « Les sentences déclaratoires », *Cah. arb.* 2012, p. 821.

son adversaire, afin de se placer sur un terrain qui lui semble plus favorable. Il importe en effet de prendre en compte que les positions procédurales sont, assez fréquemment, réversibles. C'est en considération de cette réversibilité que la jurisprudence communautaire a étendu les limites de l'exception de litispendance au titre de la convention de Bruxelles I. Une partie souhaitait obtenir l'exécution d'un contrat que son adversaire prétendait nul<sup>1</sup>. Il a été décidé que cette hypothèse faisait ressortir un cas de litispendance<sup>2</sup> au sens de la convention, qui impliquait que l'ensemble du litige soit soumis à la juridiction saisie en premier et que la juridiction sollicitée en second se dessaisisse. Chacune des parties pourra ainsi introduire en premier une action portant sur le même fondement, imposant de ce fait à l'autre partie de présenter ses arguments sur le terrain choisi par le primo-saisissant.

Commentant cet arrêt, un auteur a souligné l'aspect tactique que l'action en nullité pouvait dès lors présenter : « il suffirait que le plaideur qui agit le premier conteste la validité du contrat pour que toute demande ultérieure concernant le contrat formée dans un autre État contractant soit paralysée par le jeu de l'exception de litispendance. On devine quelle arme redoutable ce pourrait alors être au profit de la partie la plus agressive... qui pourrait même agir en nullité avec une parfaite mauvaise foi et uniquement pour s'assurer d'une compétence judiciaire qui lui convient »<sup>3</sup>. De même, pressentant que sa responsabilité va être recherchée par son adversaire, il semble possible d'intenter une action en contrepoint de celle qui aurait été intentée par celui-ci, en sollicitant une déclaration de non-responsabilité<sup>4</sup> devant une autre juridiction compétente, faisant ainsi obstacle à la saisine d'autres juridictions sur le fondement de la connexité. La reconnaissance de l'intérêt à agir des parties sollicitant une décision déclaratoire semble en effet aller en ce sens<sup>5</sup>.

Par ailleurs sous l'empire du Règlement de Bruxelles I applicable avant l'entrée en vigueur de sa version refondue, la CJCE avait décidé que la litispendance pouvait valablement faire échec à une clause attributive de juridiction lorsque les deux juridictions en questions étaient celles d'états membres. L'arrêt Gasser<sup>6</sup>, fort fraîchement accueilli, avait en effet décidé que la juridiction d'un état membre, bien que désignée par une clause attributive de juridiction exclusive mais saisie en second devait surseoir à statuer jusqu'à ce que la première juridiction saisie se déclare incompétente. L'efficacité de la clause attributive de juridiction était ainsi réduite à néant dès lors qu'il suffisait à une partie malicieuse d'agir en premier devant un tribunal incompétent pour délayer dans le temps l'action en justice et faire échec, au moins temporairement, à la compétence convenue. Le principe posé par l'article 31, §2 et 3 du Règlement de Bruxelles I refondu est désormais, de manière fort heureuse, inverse : toute juridiction d'un état membre autre que celle désignée dans la clause attributive de juridiction doit surseoir à statuer dans l'attente d'une décision de la juridiction désignée par la clause puis se désaisir au profit de cette dernière dès lors qu'elle s'est déclarée compétente, et ce même si

<sup>1</sup> CJCE 8 déc. 1987, Aff. 144/86. *Gubisch* ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 370, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1988, p. 537, obs. A. Huet.

<sup>2</sup> Alors que la connexité, qui n'entraîne qu'un dessaisissement facultatif, semblait mieux correspondre à la situation, comme cela l'a été souligné dans les notes sous la décision.

<sup>3</sup> H. Gaudemet-Tallon, note sous CJCE 8 déc. 1987, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 370 *préc.*

<sup>4</sup> CJCE 6 déc. 1994, *The Ship Tatry*, aff. C-406/92, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 588, note E. Tichadou.

<sup>5</sup> *V.* sur la question de la compétence : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 7 déc. 2011, n<sup>o</sup> 10-30919 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 210 ; *D.* 2012, p. 254, obs. X. Delpech et note Ph. Delebecque, p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke et p. 1439, obs. H. Kenfack ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 138, rapp. A. Maitrepierre ; *RTD civ.* 2012, p. 367, note Ph. Théry ; *JCP* 2012, n<sup>o</sup> 241, obs. L. d'Avout.

<sup>6</sup> CJCE, 9 déc. 2003, *Gasser*, aff. C-116/02 ; *D.* 2004, p. 1046, note Ch. Bruneau ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 444, note H. Muir Watt ; *JDI* 2004, p. 64, note A. Huet.



elle a été saisie en premier. Le règlement refondu réserve cependant de manière heureuse dans le paragraphe 4 de l'article 31 les cas dans lesquels les parties faibles bénéficient d'une certaine protection.

585. **Procédures multipartites.** Le choix de l'initiative de l'action revêt également un intérêt fort dans les procédures multipartites. Les options de compétences se multiplient en fonction du nombre des parties impliquées dans le litige et peuvent, sous certaines conditions, permettre au demandeur d'attirer toutes les parties à l'encontre desquelles il formule des griefs devant la juridiction qui lui apparaît la plus favorable. L'article 42 alinéa 2 du CPC est en effet applicable en matière internationale et permet d'attirer plusieurs défendeurs devant la juridiction compétente pour l'un d'entre eux, y compris lorsque l'un d'eux est étranger<sup>1</sup>, sous réserve cependant que l'action justifiant la compétence de la juridiction saisie présente bien un caractère sérieux<sup>2</sup>. Dans ce cas, le demandeur fait ainsi le choix d'un « défendeur "ancrage" »<sup>3</sup> qui lui permettra de regrouper l'ensemble du contentieux devant la juridiction qui lui semble la plus favorable ou la plus pratique pour lui.

586. **Implication de tiers.** De manière similaire, il pourrait sembler intéressant à un demandeur de mettre en cause un tiers devant la juridiction saisie de la demande originaire afin de concentrer le contentieux. Cette faculté offerte par l'article 333 du Code de procédure civile subit cependant des aménagements en matière internationale. En droit interne, le regroupement du contentieux ainsi opéré prime sur une éventuelle clause attributive de compétence à d'autres juridictions étatiques relatives à la compétence territoriale. Les clauses aménageant la compétence présentant en matière internationale une grande importance, il a paru nécessaire d'éviter qu'une telle règle ne fasse radicalement obstacle à ces clauses particulièrement utiles en la matière. La règle de l'article 333, qui se justifie en droit interne par la recherche de l'économie procédurale<sup>4</sup>, a d'abord fait l'objet, en matière internationale, d'une exclusion par la Cour de cassation<sup>5</sup>. Cette dernière a, par la suite, précisé que cette attraction d'un tiers devant une juridiction qui serait incompétente pour connaître d'une demande exclusivement dirigée contre lui n'est pas radicalement impossible mais n'est envisageable qu'en l'absence d'une clause aménageant la compétence entre le tiers et le défendeur garant<sup>6</sup>. Ce n'est donc que la dernière partie de l'article 333 du CPC qui se révèle inapplicable en matière internationale. En présence d'une clause attributive de juridiction, il semble loisible aux parties de se ménager conventionnellement une exception à la primauté de la clause attributive de compétence sur les

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 28 nov. 2007, n° 06-46222, non-publiée.

<sup>2</sup> Cass. com., 13 avr. 2010, n°09-11885 ; *Bull. civ.* IV, n° 77 : « La prorogation de compétence prévue par l'article 42 alinéa 2 du code de procédure civile, applicable dans l'ordre international, ne permet pas d'attirer devant une juridiction française un défendeur demeurant à l'étranger lorsque la demande formée contre lui et un co-défendeur domicilié en France ne présente pas, à l'égard de ce dernier, un caractère sérieux » *Gaz. Pal.* 6 mai 2010, n°126, p. 26 ; *RGDA*, 1<sup>er</sup> juill. 2010, n°2010-03, p.796, note F. Turgné.

<sup>3</sup> Expression employée par le professeur Horatia Muir-Watt dans sa note sous CJUE, 25 oct. 2012, n° C-133/11, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 501, n° 12 de la note.

<sup>4</sup> P. Lagarde, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 12 juill. 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 658 cite le gain de temps, d'argent, et l'allègement de la charge globale des tribunaux français.

<sup>5</sup> Cass. com., 30 mars 1993, n° 90-18448 ; *Bull. civ.* IV, n°122, p. 84 ; *Rev. crit. DIP* 1993, p. 680, note H. Gaudemet-Tallon ; *JCP* 1993, II, 22182, note Ph. Guez ; *JCP* 1993, I, 3723, n° 7, obs. L. Cadiet

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 12 mai 2004, n° 01-13903 ; *Bull. civ.* I, n° 129, p. 106 ; *Procédures* 2004, comm. 146, note R. Perrot ; *Procédures* 2004, comm. 263, note H. Croze ; *Dr. et patr.*, nov. 2004, p. 103, obs. P. Mousseron ; *PA* 3 déc. 2004, p. 14, note G. Chabot.

règles favorisant le regroupement du contentieux, en stipulant qu'une telle clause attributive ne serait pas opposable en cas d'appel en garantie<sup>1</sup>.

587. **La spécificité de l'arbitrage.** La règle posée en matière interne, qui fait fi de la prévision des parties quant à la juridiction territorialement compétente convenue par la voie contractuelle, connaît une exception de taille. Une telle règle incitant au regroupement des parties impliquées dans un conflit est sans effet en présence d'une clause compromissoire qui réaliserait un aménagement de la compétence d'attribution<sup>2</sup>. Le statut particulier de la clause compromissoire, qui établit une compétence à laquelle les règles de compétence dérivée n'ont pas le pouvoir d'attenter, se manifeste à nouveau, puisque sa spécificité est préservée même en cas d'indivisibilité<sup>3</sup>. Ainsi les parties à une convention d'arbitrage se mettent elles efficacement à l'abri de toute jonction de procédure qu'elles pourraient estimer défavorable. Doivent cependant être intégrées dans ce calcul les options de compétences le cas échéant laissées au demandeur qui pourra dans certains cas valablement formuler sa demande devant la juridiction de son choix au sein des différentes juridictions compétentes. La présence potentielle de plusieurs défendeurs à une procédure doit également être prise en compte. Un des défendeurs pourrait alors préférer être à l'initiative de l'action afin d'éviter de se trouver attrait devant la juridiction d'un autre défendeur.

Le choix de la position procédurale effectué par les parties est donc susceptible d'avoir une grande influence sur le déroulement du litige. Par leur volonté individuelle, les litigants peuvent également influencer sur le temps du litige afin de gérer celui-ci, et parfois sensiblement inverser dans les faits la position procédurale adoptée<sup>4</sup>.

## §2 Le choix tactique de la gestion du temps

588. **Chercher à gagner du temps.** La gestion du temps peut s'effectuer selon deux axes bien différents en fonction de ce que signifie pour les parties « gagner du temps ». Il peut en effet s'agir d'accélérer le temps du procès par des choix tactiques, parfois susceptibles de donner rapidement satisfaction au créancier. Le principe d'impulsion qui fait dépendre des parties l'engagement d'une action leur permet d'effectuer, à l'orée du contentieux, le choix de la procédure la plus adaptée à leurs besoins. « Le choix d'une forme de demande en justice n'est pas anodin. Il permet une plus ou moins grande rapidité du déroulement de la procédure »<sup>5</sup>. Ce choix se révèle souvent déterminant pour la suite du déroulement du contentieux. Le législateur a mis à la disposition des parties certaines mesures d'urgence ou des mesures provisoires, afin d'anticiper sur le fond du litige ou de gérer les conséquences éventuelles d'une procédure plus longue. Le but d'une partie est alors de jouer contre la montre pour s'affranchir des « lenteurs protectrices de l'assignation »<sup>6</sup>. Des procédures particulièrement simples et rapides, telle

<sup>1</sup> Option mentionnée dans Cass. 1<sup>o</sup> civ., 12 juill. 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 658, obs. P. Lagarde.

<sup>2</sup> Cass. com., 8 nov. 1982, n<sup>o</sup> 80-13175 ; *Bull. civ.* IV, n<sup>o</sup>337 ; *Rev. arb.* 1983, p. 177, note J. Rubellin-Devichi ; la décision énonce en effet que « l'obligation de procéder devant la juridiction saisie de la demande originaire ne s'impose au tiers mis en cause que si la contestation ne porte que sur la compétence territoriale ».

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 16 oct. 2001, n<sup>o</sup> 99-19319, *Quarto Children* ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 254, p. 160 ; *Rev. crit. DIP* 2002, p. 555, note F. Jault-Seseke ; *Rev. arb.* 2002, p. 920, note D. Cohen ; *JCP E* 2002, n<sup>o</sup> 274, comm. G. Cuniberti et Ch. Kaplan (2<sup>e</sup> espèce) ; J. Willems : « L'arbitrage et l'indivisibilité procédurale », *Gaz. Pal.* 2001, n<sup>o</sup> 123, p. 32.

<sup>4</sup> C'est notamment le cas lorsque une provision confortable est accordée en référé, v. *infra* n<sup>o</sup>591.

<sup>5</sup> S. Amrani-Mekki : *Le temps et le procès civil*. Dalloz, 2002, *sp.* n<sup>o</sup>177, p. 163.

<sup>6</sup> S. Amrani-Mekki : *Le temps et le procès civil*. Dalloz, 2002, *sp.* n<sup>o</sup>177, p. 163.

l'injonction de payer, ont été élaborées par le législateur afin de permettre d'écarter définitivement<sup>1</sup> du fond des litiges qui peuvent se résoudre rapidement par des moyens efficaces. La faculté pour une partie d'accélérer le temps par sa seule volonté<sup>2</sup> se manifeste ainsi clairement par le choix de procédures particulières dites rapides lors de la liaison contentieuse (A). À l'inverse, il est des hypothèses dans lesquelles une partie aura tout intérêt à gagner du temps afin de retarder l'échéance que constitue une décision défavorable (B). Les manifestations procédurales en ce sens expriment alors la volonté individuelle des parties d'influer sur le temps du litige mais également, parfois avec succès, sur son dénouement.

#### A. L'accélération du temps par le choix du provisoire

589. **La gestion efficace du litige par le provisoire.** L'accélération du temps souhaitée par les plaideurs peut avoir, schématiquement, deux motivations. La première est celle d'obtenir rapidement une satisfaction provisoire avant même de discuter, le cas échéant, au fond du litige dans son ensemble. La seconde est entraînée par le besoin de parer à l'urgence, de peur que des éléments de preuve ne disparaissent, qu'un événement dommageable irréversible se produise ou qu'une satisfaction adéquate ne puisse à l'avenir être obtenue. Par le choix d'une procédure simplifiée, rapide mais, du moins en théorie, provisoire, une partie à un litige peut résister à l'écoulement d'un temps préjudiciable à ses intérêts. Le choix d'exercer un référé-provision peut ainsi utilement provisoirement désintéresser une partie d'un procès au fond (1°). Les mesures pouvant également être adoptées en cas d'urgence, qu'elles découlent d'une procédure de référé ou plus vigoureusement d'une procédure sur requête, permettent à une partie de sécuriser le contentieux au fond à venir (2°).

##### 1° Le choix d'une satisfaction « provisoire »

590. **Différends concernés.** Certains conflits ont pour origine, non une incertitude juridique ou factuelle à laquelle il est demandé au juge de mettre fin, mais la simple résistance d'un débiteur qui ne veut ou ne peut honorer ses engagements. La procédure au fond se révèle alors une démarche longue et inutile dans la mesure où la détermination des droits n'étant pas incertaine, le juge se borne à constater l'existence d'un droit et à ordonner les mesures propres à en assurer l'application. Dans ces litiges, à l'origine, seule l'exécution d'une obligation est incertaine, le droit à l'exécution étant quant à lui « presque » certain. Le véritable objet du conflit est alors le temps qui passe sans que l'exécution n'ait lieu.

Afin de s'extraire de cette situation d'attente de manière expéditive, le créancier peut souhaiter obtenir rapidement satisfaction en accélérant le temps théoriquement nécessaire pour obtenir le résultat concret de la décision. Une telle accélération du temps du litige est susceptible d'être

---

<sup>1</sup> Dans le cas de l'injonction de payer, selon l'article 1422 du CPC, en l'absence de contestation de la mesure par le débiteur dans un délai d'un mois suivant la signification de l'ordonnance, le créancier peut demander l'apposition de la formule exécutoire et l'ordonnance « produit tous les effets d'un jugement contradictoire ». Elle représente ainsi une décision bien plus robuste que celle qui pourrait être obtenue par la voie de mesures provisoires, qui « utilise la pression d'une justice presque déjà rendue » selon la formulation du professeur Soraya Amrani-Mekki (*Le temps et le procès civil*. Dalloz, 2002, *sp.* n°515, p. 500). Cependant, ne peut être écartée la contestation de pure forme de la mesure par le débiteur, de nature à amoindrir l'efficacité de la procédure. En ce sens, les mesures provisoires telles que le référé provision peuvent se révéler potentiellement plus efficaces s'agissant d'obtenir rapidement satisfaction.

<sup>2</sup> La requête conjointe, qui constitue également un moyen d'accélérer la procédure, étant un acte convenu par ailleurs déjà envisagé, elle est exclue des développements à venir.

effectuée sous l'impulsion d'un plaideur disposant d'une créance suffisamment certaine pour que soient accordées certaines mesures contraignantes pour le débiteur avant même qu'une décision n'intervienne au fond et ce, à des conditions relativement souples. Le choix du demandeur d'orienter dans un premier temps ses demandes vers des procédures rapides peut ainsi tendre à la satisfaction immédiate mais normalement temporaire de celui-ci.

L'utilisation du référé, cet « instrument privilégié de moralisation de la vie juridique »<sup>1</sup>, permet au demandeur d'obtenir dans les faits une satisfaction plus ou moins partielle alors même que le droit n'est pas encore clairement établi en sa faveur, en optant pour une mesure « provisoire » mais rapide. Cette décision provisoire présente, en tant que telle, une plus grande fragilité puisque « en marge des voies de recours, (elle) peut toujours être révisée, modifiée ou rétractée par l'effet d'une autre décision ; celle qui, en un mot, est exposée à tous les vents contraires »<sup>2</sup>. Elle assume cependant une « fonction d'anticipation »<sup>3</sup> essentielle pour la réalisation effective de la justice. La voie du référé peut également entraîner une accélération du litige devant faire l'objet d'un examen au fond. En effet, en cas d'urgence et lorsque la contestation semble sérieuse et ne peut faire l'objet de mesures provisoires, le juge des référés a la faculté de renvoyer l'affaire devant la formation collégiale de la juridiction<sup>4</sup>, par la voie dite de la passerelle, à une date qu'il détermine, accélérant ainsi le déroulement de la procédure ordinaire.

591. **Caractère « provisoire » du référé-provision.** Le demandeur qui dispose d'une créance non sérieusement contestable pourra utilement choisir d'avoir recours aux procédures dites rapides et plus particulièrement à la voie du référé, « avant-poste de la juridiction au fond »<sup>5</sup> dont on sait qu'elle a peu à peu pris une importance considérable dans la résolution des litiges et occupe désormais une place considérée comme « envahissante »<sup>6</sup>, voire excessive. À l'origine élaboré afin de traiter adéquatement les cas d'urgence, le référé est, par l'effet du décret 85-1330 du 17 décembre 1985, devenu un mode de résolution des conflits à part entière, « une véritable voie de délestage, vers laquelle on oriente les litiges les plus simples, les contestations si peu sérieuses qu'il serait superflu d'imposer au demandeur les lenteurs et les frais d'un procès au fond »<sup>7</sup>.

Le référé-provision, censé être une mesure provisoire permettant au créancier de rapidement rompre une résistance qui apparaît illégitime de la part de son débiteur tend en pratique, dans de nombreuses hypothèses, à mettre fin au litige, d'autant que la provision ainsi accordée par le juge peut atteindre la totalité de la créance<sup>8</sup>, appelée la provision à 100%. Une telle provision a

<sup>1</sup> J. Normand : « De quelques limites du référé provision », *RTD civ.* 1999, p. 177.

<sup>2</sup> R. Perrot : « Du “provisoire” au “définitif” », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à P. Drai*. Dalloz, 2000, p. 447.

<sup>3</sup> J. Normand : « Les facteurs d'accélération de la procédure civile », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à P. Drai*. Dalloz, 2000, p. 427, *sp.* p. 429.

<sup>4</sup> Article 487 du CPC.

<sup>5</sup> M.-Cl. Rivier, note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 avril 1997, *RGDP* 1998, n<sup>o</sup>1, p. 159, *sp.* p. 160.

<sup>6</sup> R. Tendler : « Le juge des référés, une procédure ordinaire ? », *D.* 1991, chron. 139.

<sup>7</sup> J. Normand : « Les facteurs d'accélération de la procédure civile », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à P. Drai*. Dalloz, 2000, p. 427, *sp.* p. 430 ; v. ég. J. Normand : « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? », in L. Cadet et L. Richer (dir.) : *Réforme de la justice, réforme de l'État*. PUF, 2003, p. 159, *sp.* p. 168.

<sup>8</sup> Cass. com., 20 janv. 1981, n<sup>o</sup> 79-13050 ; *Bull. civ.* IV, n<sup>o</sup>40, p. 30 ; *Gaz. Pal.* 1981, p. 332, note Ph. Bertin ; *RTD civ.* 1981, p. 679, obs. J. Normand ; sur le pouvoir discrétionnaire du juge en la matière, v. Cass. 1<sup>e</sup> civ., 10 mars 1993, n<sup>o</sup> 91-15752 ; *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 100, p. 67.

pour effet de désintéresser le plaideur de toute action au fond hors de toute urgence<sup>1</sup>. La possible attribution du plein de la créance « permet à la juridiction présidentielle de mieux remplir l'un des plus importants aspects de sa mission : assurer la protection immédiate des droits incontestables et décourager les débiteurs retors en leur interdisant de prendre, pour échapper à leur obligation, le maquis de la procédure »<sup>2</sup>. Une fois le créancier satisfait par l'octroi de la provision, si le débiteur ne la conteste pas, la solution conçue comme provisoire jouera alors le rôle d'une véritable décision portant dans les faits achèvement d'un litige auquel il ne sera pas donné suite, mais toujours coiffé de l'épée de Damoclès que constitue une action au fond puisqu'étant dénuée d'autorité de chose jugée.

Afin de faire cesser cette menace permanente planant au dessus de l'ordonnance de référé, M. le premier président Draï avait proposé d'introduire « une sorte de prescription à l'expiration de laquelle la décision provisoire deviendrait définitive ayant autorité de chose jugée au sens plein du terme »<sup>3</sup>. Une telle solution présenterait en effet l'avantage d'attribuer au référé la qualité d'une voie d'achèvement qu'il revêt très souvent en pratique. Le choix du recours au référé provision dans des litiges très simples, permettant de briser une résistance effective de l'adversaire, se révèle extrêmement efficace et les praticiens y ont d'ailleurs très fréquemment recours afin de régler rapidement et à peu de frais les litiges les plus simples.

592. **Référé et aménagement de la compétence.** La procédure en référé permet par ailleurs au demandeur de faire fi des obligations convenues avec son cocontractant relatives à la compétence territoriale pour des raisons de simplicité et de rapidité, portées par la « nécessité d'éviter les déplacements, et donc les pertes de temps qui pourraient nuire à l'efficacité de la mesure »<sup>4</sup>. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation décide en effet que les parties sont libres de s'abstraire des obligations convenues dans des clauses aménageant la compétence territoriale pour agir en référé, en décidant qu'« une clause attributive de compétence territoriale est inopposable à la partie qui saisit le juge des référés »<sup>5</sup>, sous réserve que la stipulation en question ne précise pas que l'action en référé est également obligatoirement portée devant le tribunal désigné par la clause attributive. En pratique donc, lorsque les conditions d'ouverture de la procédure en référé sont remplies par la situation dans laquelle se trouve le demandeur<sup>6</sup>, des mesures provisoires peuvent être obtenues devant un juge autre que celui désigné conventionnellement par la clause attributive de compétence territoriale. Or, les mesures provisoires et particulièrement le référé-provision permettant, dans certaines hypothèses, la satisfaction complète du créancier, une telle faculté d'agir en référé, sans faire grand cas de la clause attributive de compétence territoriale, revient en fait à priver de tout effet une telle clause puisque, dans de nombreuses hypothèses, le litige ne sera finalement jamais abordé au fond.

Le recours au référé-provision devant les juridictions étatiques revêt ainsi un intérêt pratique indéniable expliquant que les parties y aient fréquemment recours. Il permet d'obtenir une satisfaction provisoire qui, dans les faits, pourra signer la fin du contentieux. L'avantage

<sup>1</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 31 mai 1978, n° 77-12485 ; *Bull. civ.* III, n°235, p. 179 ; *Gaz. Pal.* 1978, II, somm. p. 353.

<sup>2</sup> J. Normand, obs. sous Cass. com., 20 janv. 1981, *RTD civ.* 1981, p. 679.

<sup>3</sup> R. Perrot : « Du "provisoire" au "définitif" », in *Le juge entre deux millénaires. Mél. P. Draï*. Dalloz, 2000, p. 447, *sp.* p. 456.

<sup>4</sup> R. Perrot, obs. sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 nov. 2008, *Procédures* 2009, n° 77.

<sup>5</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 juin 1998, n° 95-10563 ; *Bull. civ.* II, n° 200 ; v. plus récemment : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 nov. 2008, n° 08-11646, non-publiée ; *Procédures* 2009, n° 77, obs. R. Perrot.

<sup>6</sup> Urgence, obligation non sérieusement contestable, trouble manifestement illicite par exemple.

présenté est tant matériel que psychologique : non seulement le créancier est partiellement (voire totalement) désintéressé, mais ses prétentions ayant été considérées comme « non sérieusement contestables », l'octroi d'une telle provision emporte également une certaine validation de celles-ci. Cela pourrait inciter le défendeur à considérer ses chances comme faibles du fait de cette victoire superficielle. La satisfaction provisoire du créancier amenuise corrélativement son besoin d'agir au fond et le mue en adversaire peu pressé, de telle sorte que l'impulsion procédurale devra être exercée par l'adversaire au détriment duquel la provision a été octroyée. En somme, le créancier ayant obtenu une provision peut sereinement aborder la procédure au fond en relative position de force.

593. **Référé et clause compromissoire.** Cette même réflexion menée au sujet de la clause compromissoire a abouti à une solution toute différente en la matière, le recours au référé y étant strictement encadré, d'une part par l'absence de constitution du tribunal arbitral, d'autre part par la condition de l'urgence en vertu de l'article 1449 du CPC<sup>1</sup> afin de ne pas admettre plus que de besoin « un dépaysement juridictionnel malvenu »<sup>2</sup>. De fait, le contentieux du « non sérieusement contestable », en l'absence d'urgence, est exclusivement attribué au tribunal arbitral qui devra être constitué afin de trancher le litige. La clause compromissoire manifeste ainsi à nouveau sa spécificité. Par crainte de ne couper « l'herbe sous le pied de l'arbitre »<sup>3</sup> il a été décidé de ne permettre le recours aux mesures provisoires ou conservatoires qu'en cas d'urgence afin d'éviter que le provisoire ne vide, dans les faits, le contentieux et n'esquive la compétence de la juridiction arbitrale. En effet, « saisir le juge étatique, en dépit d'une convention d'arbitrage, c'est rendre public ce qu'on avait convenu de garder secret, c'est violer l'accord des parties, c'est contourner la raison d'être de l'arbitrage et c'est signer son échec »<sup>4</sup>. En revanche, en sa qualité de soutien à la justice arbitrale, la juridiction étatique peut être valablement sollicitée par une des parties afin d'ordonner des mesures d'instruction *in futurum* tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué.

594. **Renonciation à l'action en référé ?** Afin d'éviter cette accélération du règlement du litige, les parties pourraient-elles, par convention, radicalement exclure le recours à des mesures provisoires ou conservatoires ? La question se pose avec une particulière acuité en matière d'arbitrage dans la mesure où le recours au référé est strictement encadré afin de ne pas dépouiller l'arbitrage de tout intérêt s'agissant de certains litiges. Elle présente également une certaine importance devant les juridictions étatiques dans la mesure où la lenteur des procédures ordinaires au fond investit les mesures provisoires d'une utilité particulière dans l'administration d'une justice de qualité. La jurisprudence a, par le passé, semblé ménager aux parties la possibilité d'exclure tout recours au référé en matière d'arbitrage. La Cour de

---

<sup>1</sup> Cet article a consacré la jurisprudence antérieure à la réforme qui avait déjà soumis en matière d'arbitrage interne le recours au référé à la condition de l'urgence depuis l'arrêt Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 avril 1997, n° 94-14223 ; *Bull. civ. II*, n° 108, p. 62 ; *RGDP* 1998, n°1, p. 96, obs. J. Héron et p. 159, obs. M.-Cl. Rivier ; *RTD com.* 1997, p. 433, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; la jurisprudence antérieure à cet arrêt était cependant fixée en sens inverse lorsque le tribunal arbitral n'était pas déjà constitué v. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 mars 1989, n° 87-20180 ; *Bull. civ. II*, n° 84, p. 40 ; *Gaz. Pal.* 1990, somm. 1, obs. S. Guinchard et T. Moussa ; *Rev. arb.* 1989, p. 494, note G. Couchez ; la nécessité de l'urgence avait déjà préalablement été posée en matière d'arbitrage international par la décision de la première chambre civile de la Cour de cassation : Cass. 1<sup>e</sup> civ., 20 mars 1989, n° 86-17204 ; *Bull. civ. I*, n° 139, p. 92 ; *Rev. arb.* 1989, p. 494, note G. Couchez ; *JDI* 1989, p. 1045, note. B. Oppetit.

<sup>2</sup> Th. Clay : « Les mesures provisoires demandées par l'arbitre », in J.-M. Jacquet et E. Jolivet (dir.) : *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*. Litec, 2007, p. 9, *sp.* p. 11.

<sup>3</sup> J. Héron et Th. Le Bars : *Droit judiciaire privé*. Montchrestien, 4<sup>e</sup> éd., 2012, n° 401.

<sup>4</sup> Th. Clay : « Les mesures provisoires demandées par l'arbitre », in J.-M. Jacquet et E. Jolivet (dir.) : *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*. Litec, 2007, p. 9, *sp.* p. 11.

cassation a en effet décidé « qu'en l'absence de volonté contraire des parties, recourant à un arbitrage international, l'existence d'une convention d'arbitrage, tant que le tribunal arbitral *ad hoc* n'est pas constitué et ne peut donc être effectivement saisi du litige, n'exclut pas, en cas d'urgence, laquelle avait été constatée en la cause, la compétence exceptionnelle du juge des référés pour accorder une provision lorsque la créance n'est pas sérieusement contestable »<sup>1</sup>.

La mention de l'absence de la volonté contraire des parties incite à penser que si celles-ci choisissaient de radicalement exclure tout recours au juge des référés, un tel accord pourrait s'opposer à ce que ce juge connaisse de leur litige, que le tribunal arbitral soit ou non constitué. Une telle position permettrait aux parties d'avoir recours à des solutions contractuelles similaires au référé, telles que le recours au référé pré-arbitral de la CCI<sup>2</sup>. En l'absence d'un tel choix de substitution du référé judiciaire par un référé arbitral, l'exclusion du recours aux mesures provisoires ou conservatoires pourrait-elle réellement prospérer ? En d'autres termes, serait-il loisible aux parties de renoncer radicalement à l'accélération du traitement du litige en se fermant volontairement la voie des procédures rapides et du traitement de l'urgence ? Il semble qu'offrir une telle faculté aux parties ne serait pas opportune car elle reviendrait en définitive à les condamner à subir les affres des lenteurs, plus ou moins grandes, des procédures juridictionnelles au fond et les priverait de tout moyen de répondre à l'urgence d'une situation. S'il semble ainsi avoir été admis par la jurisprudence qu'en matière d'arbitrage les parties puissent aménager la compétence souhaitée par elles en cas d'urgence, il conviendrait de décider qu'il leur serait impossible d'exclure tout recours aux procédures rapides et d'organiser elles-mêmes des cas de déni de justice<sup>3</sup>. En l'absence d'une procédure de remplacement établie conventionnellement ou dans le cas où celle-ci ne pourrait fonctionner efficacement, le juge étatique devrait en conséquence redevenir compétent afin d'ordonner les mesures mentionnées dans l'article 1449 du CPC.

Hors le cas particulier de l'arbitrage, lorsque le litige est soumis aux juridictions étatiques, l'usage de la procédure en référé se fonde non exclusivement sur une créance non contestable comme le prévoit l'article 809 al. 2 du CPC à titre d'exception, mais sur l'urgence, laquelle peut justifier, dans certaines circonstances, une entorse provisoire au principe du contradictoire afin de préserver l'utilité du contentieux au fond.

## 2° La sécurisation du contentieux à venir

**595. *L'anticipation des suites du contentieux.*** Avant d'engager un débat sur le fond du litige, les parties peuvent souhaiter préserver les chances de succès de leur action, que ce soit en termes de preuves ou quant aux suites matérielles possibles du contentieux. À cette fin, il peut

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 6 mars 1990, n<sup>o</sup> 88-16369 ; *Bull. civ. I*, n<sup>o</sup> 64, p. 47 ; v. ég. Cass. 2<sup>o</sup> civ., 20 mars 1989, n<sup>o</sup> 87-20180 ; *Bull. civ. II*, n<sup>o</sup> 84, p. 40 ; *Gaz. Pal.* 1990, somm. 1, obs. S. Guinchard et T. Moussa ; *Rev. arb.* 1989, p. 494, note G. Couchez ; sur la même solution avant que le critère de l'urgence n'ait été posé, v. Cass. 1<sup>o</sup> civ., 18 nov. 1986, n<sup>o</sup> 85-11324 ; *Bull. civ. I*, n<sup>o</sup> 269, p. 257 ; « le pouvoir du juge étatique d'ordonner des mesures conservatoires (...) ne pouvait (*être écarté*) que par une convention expresse des parties ou par une convention implicite résultant de l'adoption d'un règlement d'arbitrage qui comporterait une telle renonciation » ; *Rev. arb.* 1987, p. 315, note G. Flécheux.

<sup>2</sup> Sur lequel, v. P. Tercier : « L'expérience de la Chambre de commerce internationale dans le cadre du référé pré-arbitral », in J.-M. Jacquet et E. Jolivet (dir.) : *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*. Litec, 2007, p. 47.

<sup>3</sup> Sur le sujet en matière d'arbitrage, v. A. Lacabarats : « Les mesures provisoires demandées au juge français en matière d'arbitrage international », in J.-M. Jacquet et E. Jolivet (dir.) : *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*. Litec, 2007, p. 3.

leur paraître préférable d'exercer des actions préparatoires afin de solliciter des mesures d'instruction *in futurum* dans le but d'éviter la disparition d'éléments de preuve. L'article 145 du CPC prévoit que de telles mesures peuvent être sollicitées par la voie des référés ou des requêtes, avant l'introduction de toute procédure au fond. Particulièrement utilisée en matière de concurrence déloyale, la procédure sur requête permet, par l'effet de surprise qu'elle provoque, de réunir des preuves que le demandeur n'aurait pas pu obtenir autrement. Par ces mesures d'instruction, le demandeur anticipe utilement sur la phase de mise en état de l'affaire, lui permettant d'acquérir une vision plus précise des éventuels éléments en sa faveur ou en sa défaveur et de fourbir ses armes. La procédure sur requête, qui constitue un des rares exemples de dissimulation admis en procédure civile<sup>1</sup>, peut également être employée afin de prévenir la disparition, fortuite ou volontaire, des actifs du débiteur. Le créancier pourra ainsi décider de solliciter des mesures conservatoires à l'insu du débiteur dans l'attente d'une décision sur le fond.

En faisant le choix d'avoir recours à ces procédures rapides permettant d'anticiper sur les suites du contentieux, les parties se ménagent des solutions de nature à préserver tant leurs arguments que l'utilité de la décision de justice. À cette fin, la voie des référés a déjà été évoquée. La procédure sur requête prévue par l'article 493 du CPC se révèle encore plus efficace car elle ménage au créancier un élément de surprise qui peut se révéler primordial. Le contradictoire y est en effet écarté de manière temporaire lorsque les circonstances l'exigent. L'ordonnance ainsi rendue sur requête est par ailleurs exécutoire « au seul vu de la minute »<sup>2</sup>. Cette procédure, exorbitante à plusieurs titres et d'une efficacité redoutable, a été qualifiée de « traduction temporelle d'une primauté excessive de l'efficacité sur les droits de la défense »<sup>3</sup>.

Le recours à ces procédures rapides est, le plus souvent, motivé par l'urgence de la situation : si le demandeur n'agit pas rapidement, les risques de voir disparaître les preuves ou les éléments d'actifs du débiteur ou de voir se réaliser la situation redoutée sont grands. Ce rôle primordial de l'urgence dans l'usage de ces procédures particulièrement efficaces incite à les concevoir de manière restrictive afin d'éviter que les situations d'urgence ne soient artificiellement provoquées dans le but surprendre l'adversaire. L'urgence nécessaire pour se voir octroyer le bénéfice d'une mesure provisoire a en effet, dans certains cas, fait l'objet d'une instrumentalisation par des plaideurs d'une bonne foi toute relative. La tactique procédurale consistant à créer artificiellement l'urgence pour justifier l'adoption d'une mesure provisoire doit être et a d'ailleurs été dans certaines hypothèses condamnée comme une tactique procédurale peu loyale. Ainsi, même si le fait d'avoir connaissance de longue date d'une situation n'exclut pas nécessairement l'urgence<sup>4</sup>, les juges ont sanctionné le fait pour le demandeur en référé d'avoir démontré une « attente passive » afin de provoquer l'urgence et d'éviter un débat au fond, énonçant que « l'urgence exigée par l'article 808 du Code de procédure civile ne peut résulter du comportement de celui qui l'invoque »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> K. Salhi : « Dissimulation et procédure civile », in A. Cerf-Hollender (dir.) : *Droit et dissimulation*. Bruylant, 2013, p. 169.

<sup>2</sup> Art 495 al. 2 CPC.

<sup>3</sup> S. Amrani-Mekki : *Le temps et le procès civil*. Dalloz, 2002, *sp.* n°509, p. 495.

<sup>4</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 oct. 1964 ; *Bull. civ.* II, n° 659.

<sup>5</sup> CA Paris, 14<sup>e</sup> ch. A, 14 octobre 2008 ; *D.* 2009, p. 852, note D. Lefranc : « Censurer Coluche, à quel titre ? ».



## B. L'allongement du temps de la procédure

596. **Retarder artificiellement l'achèvement du contentieux.** Le plaideur conscient de la faiblesse de ses arguments pourra souhaiter faire durer le contentieux à l'excès afin de retarder une issue dont il pressent qu'elle lui sera défavorable. À cette fin, il sera tenté de se réfugier dans les méandres de la procédure, parfois par le choix de manœuvres tactiques dont le seul but est de retarder le prononcé d'une décision ou l'exécution de celle-ci. Le recours aux manœuvres dilatoires, se caractérisant comme « des faits, des comportements qui viennent perturber le cours de l'instance, troubler le déroulement normal de la procédure, allonger la durée du procès »<sup>1</sup> représente alors une échappatoire temporaire. Aux côtés des plaideurs simplement habiles, « il est d'autres plaideurs qui, allant au-delà, franchissent la frontière, au reste difficile à préciser, qui sépare la simple habileté permise de la ruse, de la malice, de la malignité, de la mauvaise foi ou de la perversité interdites ; il détournent les institutions de la procédure de leurs fins légitimes dans le dessin, fermement arrêté, soit de faire obstacle au cours de la justice, soit d'allonger indéfiniment le procès dans l'espoir de lasser l'adversaire et de retarder une condamnation qu'ils savent menaçante, soit enfin, et par tous moyens, de nuire à leur adversaire »<sup>2</sup>. Le législateur et la jurisprudence, conscients de ces détournements de procédure, tentent de limiter les risques de l'emploi de ces techniques de dilution néfaste du procès permettant à une partie, par l'exercice de ses droits procéduraux, de freiner l'œuvre de justice. Si certaines pistes, désormais classiques, ont déjà été arpentées et balisées par la jurisprudence (1°), d'autres se révèlent plus difficiles à appréhender (2°).

### 1° Les manœuvres classiques

597. **Retarder la décision ou son exécution.** Certaines manœuvres sont classiquement utilisées par les parties pour tenter de retarder l'issue du procès ou de remettre en cause la décision qui leur est défavorable. Des garde-fous ont progressivement été instaurés par la loi et la jurisprudence afin de contenir les visées dilatoires des parties, en s'appuyant sur des principes émanant de la loyauté procédurale et du devoir de cohérence, nécessaires au bon déroulement d'une justice rapide et de qualité. Seront ainsi examinées les manœuvres les plus fréquemment employées aux fins de faire durer la procédure ou de remettre en cause une décision défavorable ainsi que les remèdes qui y sont apportés, tant par le législateur que par la jurisprudence, afin de contrer les turpitudes procédurales des plaideurs. Seront envisagées dans un premier mouvement les perturbations de la procédure elle-même (a), puis la résistance à l'exécution par l'exercice de voies de recours dans une fin dilatoire (b).

#### a) La perturbation de la procédure

598. **L'accroissement de la durée de la procédure.** Le plaideur qui pressent que la décision va tourner en sa défaveur sera nécessairement tenté de reculer les échéances que constitueront le prononcé de la décision puis, le cas échéant, son exécution forcée. À cette fin, il pourra polluer artificiellement la procédure afin de retarder son dénouement, en soulevant par exemple au fil du procès divers moyens tendant à faire diversion ou à gagner du temps. Il en est ainsi par exemple lorsque le plaideur soulève l'incompétence de la juridiction saisie au cours de débats

<sup>1</sup> E. Blary-Clément : « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », *JCP* 1991, I, 3534.

<sup>2</sup> H. Solus : « Les préoccupations d'ordre psychologiques du Code de procédure civile », in *Études juridiques offertes à L. Julliot de La Morandière*. Dalloz, 1964, p. 511, *sp.* p. 512.

déjà bien avancés. Donner effet à un tel comportement aurait pour conséquence de faire perdre un temps considérable tant aux plaideurs qu'au tribunal initialement sollicité. L'efficacité de la justice en pâtirait de manière évidente. C'est la raison pour laquelle certains moyens de défense procéduraux ne sont efficacement invoqués par les plaideurs que selon une temporalité particulière.

Pendant de nombreuses années, en présence d'un délai de forclusion, l'exception d'incompétence a constitué un moyen, incertain mais cependant radical lorsqu'il était accueilli, d'écarter définitivement toute action en justice en raison de l'écoulement du délai. Une partie de la jurisprudence considérait en effet l'action forclose lorsque la décision de renvoi à la juridiction compétente intervenait postérieurement à l'écoulement du délai de forclusion<sup>1</sup>. Une action ainsi intentée dans les délais était, en quelque sorte, « périmée » du seul fait que l'adversaire avait soulevé une exception d'incompétence. La solution semblait démesurément rigoureuse bien que pouvant s'appuyer sur une analyse des textes semblant induire une distinction en la matière entre les délais de forclusion et de prescription<sup>2</sup>. La chambre mixte est finalement venue mettre un terme aux incertitudes préjudiciables en décidant qu'« aux termes de l'article 2246 du Code civil, la citation en justice donnée même devant un juge incompétent interrompt la prescription ; que les dispositions générales de ce texte sont applicables à tous les délais pour agir et à tous les cas d'incompétence »<sup>3</sup>. L'article 2241 du Code civil<sup>4</sup> est venu asseoir textuellement une telle solution heureuse en visant explicitement la forclusion aux côtés de la prescription.

599. **Exceptions de procédure.** Les dispositions de procédure civile et les constructions jurisprudentielles ont, au fil des années, considérablement réduit les possibilités de détournement de la procédure à des fins dilatoires<sup>5</sup> par l'instauration de règles applicables aux exceptions de procédure utilisées par les plaideurs afin de retarder l'échéance du débat au fond. Les parties ont désormais l'obligation de soulever l'ensemble de ces exceptions « simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir »<sup>6</sup>, afin d'éviter qu'un plaideur animé d'intentions dilatoires n'égrène les exceptions une à une et disperse le contentieux. Il sera ainsi impossible à un plaideur de soulever efficacement l'incompétence de la juridiction saisie postérieurement à la présentation de ses défenses au fond. De même, afin d'éviter que les plaideurs ne puissent s'appuyer sur des irrégularités formelles sans conséquence pour contester la procédure, la nullité pour vice de forme, contrairement à la nullité de procédure pour raison de fond, doit être prévue par la loi et causer un grief à celui qui l'invoque.

---

<sup>1</sup> V. entre autres les décisions plus récentes : Cass. 1<sup>o</sup> civ., 14 juin 2005, n<sup>o</sup> 03-21101, non-publiée ; Cass. 1<sup>o</sup> civ., 18 mai 2004, n<sup>o</sup> 02-10181, non-publiée.

<sup>2</sup> Pour un exposé très détaillé de la situation avant que la chambre mixte ne vienne contredire cette position, v. l'avis de l'avocat général Cuinat, disponible :

[http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/chambres\\_mixtes\\_2740/avis\\_9584.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/avis_9584.html).

<sup>3</sup> Cass. Ch. Mixte, 24 nov. 2006, n<sup>o</sup> 04-18610 ; *Bull. ch. Mixte* n<sup>o</sup> 11 ; *D.* 2007, p. 1112, obs.

V. Avena-Robardet et note R. Wintgen ; *JCP* 2007, I, 139, obs. Y.-M. Serinet ; *JCP* 2007, II, 10058, note I. Pétel-Teysié.

<sup>4</sup> « La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion. Il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure ».

<sup>5</sup> V. les exemples cités par H. Solus : « Les préoccupations d'ordre psychologiques du Code de procédure civile », in *Mél. Offersts à L. Julliot de la Morandière*. Dalloz, 1964, p. 511.

<sup>6</sup> Article 74 CPC.

La demande de nullité est ainsi strictement encadrée de manière séquentielle : sous peine d'être couverte, elle doit être soulevée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir postérieure, sauf à ce que le demandeur n'ait eu que tardivement connaissance de l'irrégularité<sup>1</sup>. L'article 115 du CPC indique qu'elle est par ailleurs susceptible d'être valablement régularisée et ne pourra dès lors plus être invoquée si elle ne laisse subsister aucun grief et si aucune forclusion n'est intervenue. Cette dernière précision au sujet de l'absence de forclusion avait été interprétée largement par la jurisprudence comme comprenant également l'absence de prescription au sujet de la régularisation d'une irrégularité de fond<sup>2</sup>. Une régularisation intervenant une fois les délais pour agir écoulés était donc inopérante et l'acte devait en conséquence non seulement être annulé mais était par ailleurs insusceptible d'être réitéré valablement, la prescription ou la forclusion étant, par hypothèse, acquise. Une telle solution était sévère. Elle avait *de facto* pour effet de sanctionner les actions intentées de manière incorrecte peu de temps avant l'expiration de ces délais dans la mesure où la régularisation était ainsi impossible avant que l'exception de procédure n'ait été soulevée par le défendeur, potentiellement une fois le délai pour agir expiré. Par ailleurs, sanctionner par la prescription un plaideur qui avait manifesté son intention de faire valoir ses droits dans les temps semblait peu conforme à l'idée de sanction de l'inaction souvent invoquée au soutien de l'institution de la prescription. Il était donc souhaitable de faire évoluer cette position.

**600. *La contradiction de dispositions introduite par la réforme du droit de la prescription.***  
L'alinéa 2 de l'article 2241 du Code civil tel qu'issu de la loi du 17 juin 2008 ayant réformé le droit de la prescription est en conséquence venu contredire une telle position adoptée par l'article 115 du CPC. Cet alinéa 2 dispose que l'annulation de l'acte de saisine de la juridiction pour « vice de procédure » n'emporte pas les conséquences classiques de l'annulation, à savoir l'anéantissement rétroactif des effets de l'acte, et qu'une telle demande en justice ainsi annulée interrompt la prescription. La conciliation des deux textes semble impossible s'agissant des vices de forme qui font, sans l'ombre d'un doute, partie des « vices de procédure ».

Deux arguments militent en faveur du maintien de l'effet interruptif de l'acte de saisine de la juridiction. Non seulement la disposition est issue d'une loi postérieure, mais la solution qu'elle pose est, en opportunité, bien meilleure que celle de l'article 115 du CPC. Elle est de nature à éviter qu'un plaideur, agissant juste à l'aube de la prescription ou de la forclusion de son action, ne se retrouve privé du droit d'agir en justice en raison de la tardiveté de la régularisation de l'acte qui peut, dans certaines circonstances, se révéler radicalement impossible dès lors que le moyen de défense est soulevé postérieurement à l'expiration des délais pour agir. Par ailleurs, dès lors qu'il est admis que l'acte de saisine de la juridiction annulé pour vice de procédure conserve un effet interruptif de prescription<sup>3</sup>, il semble légitime de se demander si la référence à la condition temporelle imposée par l'article 115 du CPC ne devrait tout simplement pas disparaître. Prononcer l'annulation de l'acte en raison de la prescription ou de la forclusion alors que celle-ci sera, en toute hypothèse, tout de même interrompue par l'acte annulé imposerait des gesticulations processuelles dignes d'un serpent qui se mord la queue. Il semblerait dès lors opportun de réformer la règle posée par l'article 115 du CPC.

<sup>1</sup> V. par ex. Cass. 1<sup>er</sup> civ., 15 janv. 1991, n° 89-05003 ; *Bull. civ. I*, n° 18, p. 11.

<sup>2</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 févr. 1990, n° 88-18422 ; *Bull. civ. III*, n° 50, p. 26 ; *AJDI* 1991, p. 271 ; *RDI* 1990, p. 416, obs. Cl. Giverdon, décidant que « l'irrégularité de fond affectant la validité de l'assignation (...) n'était plus susceptible d'être couverte après l'expiration du délai d'exercice de l'action en garantie » ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 27 janv. 1988, n° 86-13451 ; *Bull. civ. III*, n° 20, p. 9 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 janv. 1985, n° 83-14446, *Bull. civ. III*, n° 13, p. 9 ; *JCP* 1987, II, 20724, note A. Blaisse.

<sup>3</sup> V. en ce sens Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 11 mars 2015, n° 14-15198 ; *D.* 2015, p. 689.

Le régime des exceptions de procédure fondées sur la forme semble désormais aménagé, dans le temps et quant à leurs conséquences, afin d'éviter que celles-ci ne soient invoquées dans le seul but de remettre en cause une décision défavorable ou de jouer la montre pour faire expirer les délais pour agir. Une recherche similaire a également été effectuée en matière d'arbitrage, afin d'éviter qu'une partie ne s'abstienne de relever une irrégularité lors de sa survenance pour se ménager ensuite la faculté de l'invoquer afin de faire annuler la procédure si celle-ci venait à tourner à son désavantage.

601. **Renonciation à se prévaloir des irrégularités en matière arbitrale.** La jurisprudence française a eu recours à la notion de renonciation pour sanctionner le fait qu'une partie tente de se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale aux fins de désorganiser ou de remettre en question la procédure de manière dilatoire. Selon ce principe, toute irrégularité prétendue n'ayant pas été soulevée devant les arbitres ne pourrait plus être invoquée dans le cadre du recours en annulation de la décision, ayant fait l'objet d'une renonciation au cours de la procédure d'arbitrage. L'article 1466 du CPC a transposé ce principe et dispose désormais que « 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 ». « C'est une véritable obligation de soulever les irrégularités de la procédure arbitrale en cours d'instance qui est ainsi mise à la charge des parties »<sup>1</sup>, du moins si elles entendent se prévaloir de ces irrégularités. La partie adverse pourrait ainsi faire échec à une demande d'annulation d'une sentence arbitrale en invoquant la renonciation à la sanction de l'irrégularité en cause par l'autre partie<sup>2</sup>.

Il est intéressant de noter que ce principe de « couverture » des irrégularités en cours de procédure concerne certains principes constituant le noyau dur du procès, comme le principe de la contradiction ou de l'impartialité du juge, auxquels on ne peut *a priori* pas renoncer mais qui semblent cependant susceptibles d'être privés de sanction en raison de la volonté taisante supposée d'une ou des parties<sup>3</sup>. L'arme dilatoire se retourne alors contre la partie qui caressait l'espoir de faire durer le contentieux ou de faire annuler une décision qui lui est défavorable en conservant dans son carquois le bénéfice d'une irrégularité qu'elle aurait pu invoquer lors de la procédure arbitrale. À titre d'exemple, la participation sans réserves d'une partie à un arbitrage lui interdit d'invoquer par la suite la nullité de la convention d'arbitrage<sup>4</sup>. De même, une partie se plaignant de la composition du tribunal arbitral alors qu'elle ne l'a pas contestée devant les arbitres ni n'a formulé aucune demande de récusation n'est plus recevable à solliciter l'annulation de la sentence sur ce fondement à l'issue de la procédure<sup>5</sup>. Il est ainsi impossible

---

<sup>1</sup> L. Cadiet : « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Rev. arb.* 1996, p. 3, *sp.* p. 21.

<sup>2</sup> Selon le professeur Loïc Cadiet, le moyen tiré de la renonciation à la sanction de la violation de la règle en cause a la nature d'une fin de non-recevoir d'intérêt privé, que le juge pourrait, à sa discrétion, relever d'office : L. Cadiet : « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Rev. arb.* 1996, p. 3, *sp.* p. 38.

<sup>3</sup> Ce n'est en effet pas au principe de la contradiction ou de l'impartialité en eux-mêmes auxquels renoncent les parties, mais « à leur droit d'en faire sanctionner la violation » (L. Cadiet : « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Rev. arb.* 1996, p. 3, *sp.* p. 35).

<sup>4</sup> *V.* par exemple Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 nov. 2002, n° 01-10047.

<sup>5</sup> CA Paris 4 mai 2006 ; *Rev. arb.* 2006, p. 488 ; très récemment, *v.* Cass. 1<sup>er</sup> civ., 25 juin 2014, n° 11-26529 ; *D.* 2014, p. 1387 : « la partie qui, en connaissance de cause, s'abstient d'exercer, dans le délai prévu par le règlement d'arbitrage applicable, son droit de récusation en se fondant sur toute circonstance de nature à mettre en

pour une partie de conserver un moyen d'annulation de la sentence au cas où celle-ci lui serait défavorable. Ce principe participe grandement à l'efficacité de la justice arbitrale et évite que les parties ne fourbissent des armes dilatoires afin de remettre la sentence arbitrale en question une fois celle-ci avérée défavorable. Au-delà de la renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure, l'arbitrage a également consacré le principe de l'estoppel.

602. **Estoppel.** Même si les deux notions ne peuvent être assimilées<sup>1</sup>, la proximité de la renonciation implicite avec le principe interdisant de se contredire au détriment d'autrui, également dénommé par la pratique principe d'estoppel, a été soulignée, les deux principes découlant des impératifs de cohérence et de loyauté processuelles<sup>2</sup>. Selon la définition donnée par Ph. Pinsolle, l'estoppel serait la « règle qui interdit à une partie de se prévaloir d'une position contraire à celle qu'elle a fait valoir auprès d'une autre partie et qui a conduit cette autre partie à modifier sa position initiale à son détriment ou à l'avantage de la première »<sup>3</sup>. Le principe de l'estoppel par représentation est depuis longtemps employé dans les instances arbitrales et est généralement considéré par les arbitres comme un principe général de la *lex mercatoria*<sup>4</sup>. Invoquée dans un premier temps en matière d'arbitrage<sup>5</sup>, la notion d'estoppel ne semble plus devoir être cantonnée au domaine arbitral et pourrait constituer un moyen intéressant à la disposition des juridictions étatiques pour refuser de donner effet à des manœuvres déloyales des parties.

#### b) La résistance à l'exécution

603. **L'encadrement de la procédure par des délais sous peine de radiation** L'exécution d'une décision de justice constitue la véritable voie d'achèvement d'un litige. En l'absence d'exécution d'une décision, le droit dit par le juge restera lettre morte et la situation de la partie ayant prévalu restera insatisfaisante. Or, l'effet suspensif classiquement attaché à certaines voies de recours tel que l'appel présente pour la partie succombant une opportunité de différer artificiellement l'achèvement du contentieux. « Entre les mains de plaideurs peu scrupuleux, l'effet suspensif de l'appel est instrument dilatoire de premier choix et peut à ce titre être perçu comme une regrettable cause d'encombrement du rôle des cours d'appel »<sup>6</sup>. C'est la raison pour laquelle il a semblé essentiel de canaliser la pratique de l'utilisation des voies de recours à des fins dilatoires ou abusives par des dispositions de procédure civile.

Pour éliminer les appels fantaisistes dont le seul but est de suspendre l'exécution d'une décision qui n'est pas réellement critiquable, l'article 915 du CPC impose que l'appelant dépose ses

---

cause l'indépendance ou l'impartialité d'un arbitre, est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir devant le juge de l'annulation ».

<sup>1</sup> V. sur la distinction *not.* Ph. Pinsolle, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 juill. 2005, *Rev. arb.* 2005, p. 993 et la note M. Béhar-Touchais, *JDI* 2006, p. 608, *sp.* p. 613.

<sup>2</sup> M.-E. Boursier : *Le principe de loyauté en droit processuel*. Préf. S. Guinchard, Dalloz, 2003, *sp.* p. 236 et s.

<sup>3</sup> Ph. Pinsolle, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 juill. 2005, *Rev. arb.* 2005, p. 995.

<sup>4</sup> E. Gaillard : « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. arb.* 1989, p. 241.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 6 juill. 2005, n° 01-15912, *Golshani* ; *Bull. civ.* I, n° 302, p. 252 ; *D.* 2005, somm. p. 3050, obs. Th. Clay ; *D.* 2006, p. 1424, note E. Agostini ; *Rev. arb.* 2005, p. 993, note Ph. Pinsolle ; *JCP* 2005, I, 179, n° 6, obs. J. Ortscheidt ; *RTD com.* 2006 p. 309, note E. Loquin ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 602, note H. Muir-Watt ; *JDI* 2006, p. 608, note M. Béhar-Touchais.

<sup>6</sup> J. Moury : « De la règle de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à J. Normand*. 2003, Litec, p. 353, *sp.* p. 356.

conclusions au greffe dans un délai maximum de quatre mois à compter de l'assignation, le délai pouvant par ailleurs être réduit par le conseiller de la mise en état. À défaut d'un tel dépôt, la radiation du rôle qui s'ensuit prive l'appel de tout effet suspensif. Une telle disposition ménage cependant un délai de 4 mois de répit à l'appelant qui ne disposerait d'aucun argument sérieux à faire valoir mais semble de nature à décourager les procédures les plus fantaisistes.

604. **La dissuasion par la sanction des recours abusifs ou dilatoires.** Les recours abusifs ou dilatoires peuvent être sanctionnés par une amende civile<sup>1</sup> pouvant être décidée d'office par le juge et dont la fonction est double : « réparer le préjudice social causé par l'abus du droit d'agir en justice ou l'utilisation des voies de droit à des fins purement dilatoires »<sup>2</sup> et dissuader de tels comportements. Une telle amende n'opère cependant pas nécessairement un effet dissuasif suffisant, pour deux raisons. D'une part en raison de la casuistique inhérente à l'appréciation du caractère dilatoire ou abusif de l'appel. On comprend en effet qu'afin de ne pas dissuader à l'excès des parties d'intenter un recours contre une décision, les critères de l'abus doivent être assez stricts et un examen au cas par cas nécessaire. « L'appel est abusif si son auteur n'a aucun moyen sérieux à faire valoir, et ne peut nourrir un quelconque espoir de succès »<sup>3</sup>. Un tel abus ne saurait cependant se déduire de la seule modicité de l'enjeu financier<sup>4</sup>. D'autre part, le montant de l'amende qui pourrait, éventuellement, être infligée peut sembler relativement faible par rapport au bénéfice de l'écoulement du temps pour l'appelant. Ce dernier inconvénient peut-être compensé par une condamnation à des dommages et intérêts supplémentaires<sup>5</sup>, destinés à réparer le préjudice subi par l'adversaire, également applicable au recours en annulation d'une sentence arbitrale<sup>6</sup>. Même si la jurisprudence semble intensifier la dissuasion opérée à l'encontre du plaideur abusif en attribuant des dommages et intérêts qui sonnent comme une sanction<sup>7</sup>, les critères du recours abusif ou dilatoire sont tels que de nombreux appels, pourtant alimentés par une intention dilatoire, ne seront pas qualifiés comme tels et donc pas sanctionnés.

Mise en perspective avec la faculté que peut se ménager le débiteur de gagner du temps en raison du caractère suspensif de l'appel, exploité dans le pire des cas pour chercher à soustraire ses biens à l'exécution de la décision, la dissuasion de la sanction d'appel abusif peut sembler dérisoire. C'est la raison pour laquelle il convient de d'interroger sur l'opportunité de s'attaquer au cœur du problème, à ce que représente le recours pour le plaideur tenté d'abuser de ce droit. L'intérêt essentiel de l'appel dilatoire ou abusif réside dans le fait que l'effet suspensif attaché à

---

<sup>1</sup> Dont le montant a doublé avec le décret n° 2005-1678 du 28 déc. 2005 pour désormais atteindre 3000 euros.

<sup>2</sup> E. Blary-Clément : « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », *JCP* 1991, I, 3534, *sp.* p. 340.

<sup>3</sup> J. Junillon, *in Droit et pratique de la procédure civile*. S. Guinchard (dir.), Dalloz action, 2012/2013, *sp.* n° 541.314, p. 1351.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 7 déc. 1999, n° 97-22505 ; *Bull. civ.* I n°335, p. 218 : « pour condamner les époux Pierre Y... à une amende civile la cour d'appel s'est bornée à se déterminer en fonction de la modicité financière de l'enjeu ; en quoi elle n'a pas caractérisé un appel dilatoire ou abusif ».

<sup>5</sup> Article 32-1, Article 559 CPC pour l'appel et pour les voies de recours extraordinaires, article 581 CPC.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 23 février 1994, n° 92-12309 ; *Bull. civ.*, I, n° 75, p. 58 ; *Dr. et patr. nov.* 1994, n° 754, p. 86, obs. Laroche de Roussane.

<sup>7</sup> H. Lécuyer : « Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire », *Rev. arb.* 2006, p. 573 ; Pour des exemples, *v. D.* 2006, *pan.* p. 3026, obs. Th. Clay, citant CA Paris, 2 déc. 2004, n° 03/14710, *Sté Sopra* ; *Rev. arb.* 2004, *Somm.* p. 989 ; CA Paris, 27 oct. 2005, n° 03/11412, *Sté Uzdon* ; *RTD com.* 2006, p. 310, obs. E. Loquin ; *Rev. arb.* 2005, *Somm.* p. 1100 ; Th. Clay : « Le dilatoire ne paie plus, il coûte », *D.* 2003 p. 2479, note sous CA Paris, 16 janv. 2003, *Intelcam* ; *Rev. arb.* 2004, p. 369, note L. Jaeger ; *JDI* 2004, p. 161, note C. Kessedjian.

la voie de recours paralyse en quelque sorte la décision attaquée qui ne peut être exécutée<sup>1</sup>, sauf si l'exécution provisoire est sollicitée. Le principe est donc la suspension, et l'exécution l'exception.

605. *Vers un renversement du principe de l'effet suspensif?* La question est depuis longtemps débattue. En 1997, le rapport *Coulon*<sup>2</sup> préconisait ainsi de renverser le principe et de faire de l'exécution immédiate des décisions de première instance la règle, afin notamment de revaloriser les décisions de première instance. Le premier rapport Magendie avait également proposé de renverser le principe et d'établir l'exécution de plein droit des jugements de première instance afin de fermer la voie du dilatoire aux plaideurs indécis sollicitant le service public à des fins détournées. Ce rapport énonçait que « l'exécution de plein droit de la décision représente l'obstacle qu'il convient d'opposer aux recours proprement dilatoires, principalement exercés pour bénéficier du répit que procure l'effet suspensif de l'appel »<sup>3</sup>.

Une partie de la doctrine<sup>4</sup> est farouchement opposée à un tel renversement du principe, qui « viderait l'appel de sa substance »<sup>5</sup>. Il est notamment craint que le contentieux dont l'évitement est recherché ne se reporte sur l'arrêt de l'exécution immédiate et ne procure ainsi pas le bénéfice escompté. D'autant qu'il existe d'ores et déjà un moyen d'écarter l'effet suspensif du recours en sollicitant du juge l'exécution provisoire qui permet ainsi de donner effet à une décision qui n'a pas encore la force de chose jugée. La partie ayant prévalu en première instance peut donc, en demandant l'exécution provisoire du jugement, compter sur le concours de la force publique afin de faire appliquer la décision. Il semble que dans les faits, l'exécution provisoire soit la règle et le refus de celle-ci l'exception : « si le droit dogmatique consacre toujours le principe de l'effet suspensif, la sociologie juridique nous enseigne que son exception, l'exécution provisoire, l'a absorbé de longue date, la grande majorité des décisions rendues en première instance étant aujourd'hui assorties de ce bénéfice, soit de plein droit, soit sur décision du juge »<sup>6</sup>.

Non seulement l'exécution de la décision de première instance est de nature à dissuader la partie perdante de former un appel dans une seule fin dilatoire, mais plus encore, elle est susceptible de l'en empêcher. En effet, depuis le décret du 28 décembre 2005, l'article 526 du CPC prévoit que l'intimé à la procédure d'appel puisse solliciter la radiation de l'affaire si la

---

<sup>1</sup> Article 539 CPC.

<sup>2</sup> J.-M. Coulon : « Réflexions et propositions sur la procédure civile », Rapport au garde des Sceaux, La documentation Française, 1997, p. 93, disponible <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/974024100/index.shtml>.

<sup>3</sup> 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, p. 62.

<sup>4</sup> V. not. S. Guinchard : « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », *PA*, n°112, 5 juin 2002, p. 4 ; Th. Le Bars : « La charrue avant les bœufs : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », *D*, 2002, p. 1987 ; J. Moury : « De la règle de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand*. Litec, 2003, p. 353.

<sup>5</sup> S. Guinchard : « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », *PA*, n°112, 5 juin 2002, p. 4 ; l'auteur avait cependant envisagé une piste de réflexion assez proche comme une des possibles solutions d'organisation procédurale en imposant « l'exécution provisoire de toutes les décisions de première instance, sauf suspension accordée par décision du premier président sur demande motivée » : S. Guinchard : « Les solutions d'organisation procédurale », in J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche (dir.) : *Le temps dans la procédure*. Dalloz, 1996, p. 51, *sp.* p. 55.

<sup>6</sup> P. Hoonakker : « L'exécution immédiate ou de l'incohérence à la cohérence du droit à l'exécution », in *La justice civile au vingt et unième siècle, Mélanges P. Julien*. Edilalx, 2003, p. 209, *sp.* p. 210.

partie qui a succombé en première instance n'a pas exécuté la décision bénéficiant de l'exécution provisoire. Cette nouvelle sanction à l'absence d'exécution de la première décision constitue désormais un « moyen particulièrement radical de décourager les appels dilatoires en donnant toute sa signification à l'exécution provisoire »<sup>1</sup>. « Ce mécanisme s'avère une arme redoutable en ce qu'il permet au gagnant d'un jour de faire échec au droit d'appel du perdant en première instance tant que ce dernier n'a pas exécuté la décision »<sup>2</sup>.

À nouveau, des voix en doctrine se sont élevées contre une telle mesure. « Il s'agit d'une atteinte grave au double degré de juridiction qui est pour les parties une garantie de justice »<sup>3</sup>. Cette atteinte au double degré de juridiction ne semble cependant pas constituer un obstacle majeur<sup>4</sup>. On sait que ce double degré de juridiction n'est ni un principe à valeur constitutionnelle<sup>5</sup>, ni imposé par la Convention européenne des droits de l'homme<sup>6</sup> et qu'il est possible d'y renoncer, d'autant que subsiste en toute hypothèse le recours en cassation. Plusieurs limites ressortant clairement du texte sont par ailleurs posées à cette faculté de faire obstacle au second degré de juridiction. D'une part, la radiation du rôle ne peut être prononcée d'office. Le texte précise en effet que c'est à la seule demande de l'intimé qu'une telle sanction de l'absence d'exécution peut être prononcée. D'autre part, le juge conserve l'ensemble de son pouvoir d'appréciation. La sanction apparaît en effet être une simple faculté pour le juge, qui « peut » décider de radier l'affaire du rôle.

Enfin, deux situations d'exception font interdiction au juge de prononcer une telle sanction. Il ne pourrait la prononcer si l'exécution provisoire entraînerait des « conséquences manifestement excessives » ou si elle se révélait impossible pour le débiteur. Le président ou le conseiller de la mise en état endossent ainsi un rôle de premier filtre des appels dilatoires. Si la décision de première instance leur apparaît mal fondée, il est fort probable qu'ils considéreront que l'obstacle qu'ils ont la faculté d'imposer pour que l'appelant ait effectivement accès à un re-jugement de l'affaire ne se justifie pas. L'absence d'automatisme de la sanction, laissée à l'appréciation du juge, ne porte ainsi pas réellement un coup d'arrêt au second degré de juridiction. Enfin une telle décision de radiation n'est pas définitive. Une fois la décision exécutée, l'appelant aura la faculté, sous réserve de l'écoulement du délai de péremption, d'enrôler à nouveau l'affaire.

L'exécution provisoire ne présente pas que des intérêts, en particulier lorsque la décision en bénéficiant s'avère être infirmée en appel<sup>7</sup>. L'efficacité de la justice peut justifier ce risque, surtout si celui-ci est soupesé avec discernement par le juge décidant d'accorder ou de suspendre l'exécution provisoire. Cette pesée du juge serait de nature à permettre de n'écarter que les intentions apparaissant, de prime abord, manifestement dilatoires. C'est ce choix qui a été effectué en matière d'arbitrage international, l'article 1536 du CPC réservant également la faculté pour le premier président statuant en référé ou pour le conseiller de la mise en état

---

<sup>1</sup> M. Thiberge : « L'exécution provisoire du jugement et l'équilibre des intérêts des parties », *D.* 2011, p. 610.

<sup>2</sup> V. Norguin, note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ. 18 juin 2009, *D.* 2009, p. 2532.

<sup>3</sup> R. Martin : « Les détournements de la procédure judiciaire », *RTD civ.* 2007, p. 723.

<sup>4</sup> Sur la question au sujet de l'exécution immédiate, v. L. Cadet : « Feu l'exécution immédiate des jugements ? Regrets de la France du milieu », *JCP* 2002, I, 1489.

<sup>5</sup> Conseil constitutionnel, jeudi 12 février 2004 - Décision N° 2004-491 DC.

<sup>6</sup> CEDH 17 janv. 1970, *Delcourt c/ Belgique*, n° 2689/65, §25, *préc.*

<sup>7</sup> M. Thiberge : « L'exécution provisoire du jugement et l'équilibre des intérêts des parties », *D.* 2011, p. 610.



d' « arrêter ou aménager l'exécution de la sentence si cette exécution est susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties », ce qui n'est pas sans rappeler le recours également disponible à la partie succombant en première instance en matière d'exécution provisoire judiciaire.

## 2° Les manœuvres habiles difficiles à appréhender

606. ***Le risque dilatoire résultant des approches amiables.*** L'évolution du droit et de la pratique judiciaire penche à reprendre périodiquement le travail de réflexion sur les manœuvres de plaideurs. Les nouveaux modes de résolution des conflits ainsi que les procédures nouvelles élaborées dans le but louable d'accélérer le temps contentieux ouvrent de nouveaux champs de détournement de la procédure aux plaideurs désireux de se défilier. Certaines manœuvres dilatoires sont ainsi susceptibles d'être mises en œuvre par le dévoiement de nouveaux processus basés sur la bonne foi et en particulier sur le temps aménagé pour la résolution amiable des conflits.

Il en va ainsi notamment des manœuvres tendant à faire croire à l'autre partie que l'on désire négocier de bonne foi une issue au conflit alors qu'en réalité, aucun esprit de conciliation n'anime la partie proposante. Une partie pourrait en ce sens proposer à son adversaire le retrait conventionnel du rôle sous couvert de négocier alors que ce qu'elle recherche en réalité est la péremption de l'instance en vue d'anéantir la procédure engagée et de faire repartir le procès de son point de départ. De même, à réception d'une assignation, le défendeur pourrait proposer à son adversaire de négocier de manière informelle, tout en jouant la montre pour obtenir la caducité de l'assignation pour défaut d'enrôlement dans le délai<sup>1</sup>. Il en va de même lorsqu'une des parties s'engage dans une procédure participative sans réelle intention de négocier ou d'utiliser une telle procédure à bon escient. Il est ainsi envisageable qu'une des parties utilise cette procédure particulière, fondée en grande partie sur la bonne volonté des participants, afin de gagner du temps avant que ne soit intentée une action sur un fondement différent par le retour à la procédure de droit commun, ayant incité son adversaire à révéler ses arguments lors de la « mise en état » réalisée au cours de la procédure participative.

Par un tel comportement, une des parties peut radicalement retourner le bénéfice de l'empêchement temporaire d'agir en justice afin d'aiguiser ses armes et d'affiner l'argumentaire qu'elle compte développer devant le juge. La preuve de l'inexécution de l'obligation de négocier de bonne foi étant ardue à rapporter, une telle manœuvre sera difficilement sanctionnable. Parfois, le dilatoire se cache à couvert de la bonne foi.

Par le recours, à un moment choisi, à certains moyens de défense pouvant être, selon la loi, présentés « en tout état de cause » (a), les parties sont susceptibles de perturber la procédure alors qu'elle est très avancée sur le fond. Il convient de s'interroger sur les pistes envisageables pour dissuader les plaideurs de faire un usage purement dilatoires de ces moyens de défense (b).

- a) L'utilisation détournée des moyens de défense « en tout état de cause »

607. ***L'exploitation de qualifications procédurales.*** Certaines qualifications procédurales, réalisées par la jurisprudence puis par le législateur lui-même, sont susceptibles de permettre à

---

<sup>1</sup> Article 757 du CPC.

une partie peu scrupuleuse de mettre un frein à une procédure déjà engagée, voire d'en contester son existence. Deux moyens de défense processuelle peuvent en particulier apparaître potentiellement dangereux en raison de leur possible invocation « en tout état de cause ». Le premier de ces moyens de défense pose un problème spécifique car il est susceptible d'être aménagé au sein d'un contrat. La fin de non-recevoir pourrait en définitive se révéler potentiellement fatale pour le contractant devenu plaideur. Les fins de non-recevoir ont en effet pour but de contester le droit d'agir d'une partie, qui est une circonstance suffisamment grave pour qu'elle puisse être invoquée à tout moment de la procédure. Si cette qualification se justifie dans les hypothèses envisagées de manière non-limitative dans l'article 126 du CPC, la qualification de fin de non-recevoir, conçue comme un instrument au service de la justice consensuelle, de certaines inexécutions contractuelles semble plus problématique à cet égard (1). Le second moyen de défense qui risquait, avant la réforme du droit de la prescription, d'être utilisé de manière déloyale par le défendeur est celui des nullités pour vice de fond. À l'instar des fins de non-recevoir, les exceptions de nullité fondées sur une irrégularité de fond sont en effet également considérées comme suffisamment graves pour pouvoir être soulevées en tout état de cause. Elles sont cependant susceptibles, en raison de leur effet potentiel sur les délais pour agir, de permettre au défendeur de priver radicalement et définitivement son adversaire de la possibilité de faire valoir sa prétention (2).

#### 1) La problématique qualification de fin de non-recevoir d'origine contractuelle

608. ***Une exploitation à des fins dilatoires de la fin de non-recevoir.*** La sanction processuelle de l'inexécution d'une clause de médiation ou de conciliation préalable est, comme celle opposable en cas de saisine d'un juge alors qu'une convention de procédure participative est en vigueur, une fin de non-recevoir, laquelle peut être invoquée en tout état de cause et non uniquement à l'orée des débats au fond. Cette sanction échappe ainsi à la règle imposant que les exceptions de procédure soient invoquées avant toute défense au fond, ce qui emporte des conséquences regrettables. Ce choix est d'autant plus malheureux, tant pour les clauses de médiation ou de conciliation préalable que dans le cadre d'une procédure participative<sup>1</sup>, que d'autres qualifications que la fin de non-recevoir étaient envisageables<sup>2</sup>, telles le sursis à statuer<sup>3</sup>, l'exception de procédure<sup>4</sup> ou encore, pour les clauses de médiation et de conciliation, l'imposition et l'organisation par le juge de la procédure de négociation<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Les références à suivre portent sur les clauses de médiation ou de conciliation préalable, mais les remarques semblent pouvoir être étendues à la convention de procédure participative.

<sup>2</sup> D'autant que la deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait dans un premier temps refusé de consacrer cette qualification de fin de non-recevoir : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 janv. 1992, n° 90-19097, non-publée ; *Rev. arb.* 1992, p. 646, note D. Cohen ; v. Ch. Jarrosson : « La portée des clauses de recours au règlement amiable », in P. Chevalier, Y. Desdevises et Ph. Milburn (dir.) : *Les modes alternatifs de règlement des litiges : Les voies nouvelles d'une autre justice*. Mission de recherche Droit et Justice, La documentation française, 2003 p. 145, *sp.* p. 148.

<sup>3</sup> V. X. Lagarde in S. Guinchard et alii : *Droit processuel*. Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2013, *sp.* n°588.

<sup>4</sup> Qui doit être soulevée *in limine litis* ; plus particulièrement exception dilatoire pour le professeur Xavier Lagarde (« Contrats et situations litigieuses - clauses de conciliation : le régime se précise », à propos de Cass. com., 22 févr. 2005, *RDC* 2005, n° 4, p. 1141 et *s.*) ; *contra* L. Cadiet : « L'effet processuel des clauses de médiation », *RDC* 2003, n°1, p. 182 ; Ch. Jarrosson : « La sanction du non respect d'une clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation », note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 juill. 2000, Cass. 1<sup>e</sup> civ., 23 janv. 2001 et 6 févr. 2001, *Rev. arb.* 2001, p. 752.

<sup>5</sup> Proposition du professeur Xavier Lagarde : « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. arb.* 2000, p. 377, *sp.* p. 396.

Le choix de la fin de non-recevoir ouvre aux parties un échappatoire que l'on peut déplorer : l'absence de mise en œuvre de la procédure de négociation prévue par la clause ou la violation de l'interdiction conventionnelle de saisir le juge dans le cadre d'une procédure participative peuvent en conséquence être invoquées, à tout moment, pour faire échec à l'action intentée. Ces procédures pourtant, en participant de la résolution amiable du conflit, n'ont pas vocation à définitivement exclure la procédure judiciaire. Ainsi, « admettre cette clause au rang des fins de non-recevoir opposables en tout état de cause, c'est en faire le possible outil d'une stratégie dilatoire, ce au mépris du devoir de loyauté processuelle mais aussi de l'esprit conciliatoire dont la clause entend assurer la promotion »<sup>1</sup>.

**609. L'opportunité de la reconnaissance d'une renonciation tacite tirée du comportement des parties.** La tentation dilatoire représentée par la qualification de fin de non-recevoir aurait pu être contournée par la reconnaissance d'une renonciation des parties à se prévaloir de la clause de conciliation préalable dès lors qu'elle n'aurait pas été invoquée avant toute défense au fond. La jurisprudence a cependant emprunté une autre voie : elle admet que la fin de non-recevoir puisse être soulevée et régularisée en cours d'instance<sup>2</sup>. Il a également été décidé qu'une telle fin de non-recevoir pouvait être soulevée pour la première fois en cause d'appel<sup>3</sup>, ce qui a pu sembler « incongru »<sup>4</sup>. En effet, ne pas reconnaître que la défense au fond vaut renonciation à la clause de médiation ou de conciliation préalable semble à la fois dangereux et incohérent. Dangereux, car cela pourrait mener à l'anéantissement de la procédure antérieure, puisque le demandeur était dépourvu du droit d'agir en justice, et ce dès l'introduction de la première instance<sup>5</sup>. Incohérent par rapport à la solution prévalant en matière d'arbitrage, celle de la renonciation à l'arbitrage qui est caractérisée par le fait de débattre au fond du litige devant les juridictions étatiques.

La stricte qualification juridique justifie en droit la distinction opérée par la Cour de cassation entre la clause compromissoire et la clause de conciliation préalable mais cette différence de qualification peine à convaincre. Les deux clauses ont en effet pour objet commun de « désertter les juridictions étatiques, définitivement avec la clause d'arbitrage, et temporairement avec la clause de conciliation obligatoire »<sup>6</sup> ou avec la convention de procédure participative. Il eut de ce fait semblé logique que la renonciation au bénéfice de ces stipulations soit appréciée dans des conditions proches. La position actuelle, qualifiant de fin de non-recevoir la sanction prononcée en cas d'irrespect de l'obligation de ne pas saisir la justice avant d'avoir tenté de traiter le différend à l'amiable, apparaît en ce sens laisser libre court aux manœuvres dilatoires des parties. Ces dernières auront le loisir de sortir, au moment le plus opportun, une fin de non-recevoir de leur chapeau, laquelle pourrait leur permettre de retarder l'issue d'une procédure déjà engagée dans le cas où la régularisation en cours d'instance est possible. Plus radicalement encore, l'invocation de la fin de non-recevoir pourrait réduire à néant les efforts déjà déployés.

<sup>1</sup> X. Lagarde : « Contrats et situations litigieuses- clauses de conciliation : le régime se précise », à propos de Cass. com. 22 févr. 2005, *RDC* 2005, n° 4, p. 1141 ; cette remarque peut s'appliquer également à la convention de procédure participative.

<sup>2</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 déc. 2010, n° 09-71575 ; *Bull. civ.* II, n° 212 ; *D.* 2011, somm. p. 172 ; *Rev. arb.* 2011, p. 229, obs. J.-Ph. Tricoit ; *RTD civ.* 2011, p. 170, note R. Perrot ; *RDC* 2011, n° 3, p. 916, note crit. C. Pelletier.

<sup>3</sup> Cass. com., 22 févr. 2005, n° 02-11519, non publiée ; *Procédures* n° 5, mai 2005, comm. 120 ; *RDC* 2005, n° 4, p. 1141, note X. Lagarde ; *JCP* 2005, n° 44, I, 183, *sp.* n°3, obs. Th. Clay ; *Dr. et patr.* 2006, n° 144, p. 94, obs. S. Amrani-Mekki ; *RTD civ.* 2005, p. 450, obs. crit. R. Perrot.

<sup>4</sup> X. Lagarde : « Contrats et situations litigieuses- clauses de conciliation : le régime se précise », à propos de Cass. com. 22 févr. 2005, *RDC* 2005, n° 4, p. 1141.

<sup>5</sup> En ce sens *not.* R. Perrot, note sous Cass. com., 22 févr. 2005, *RTD civ.* 2005, p. 450.

<sup>6</sup> R. Perrot, obs. sous Cass. com., 22 févr. 2005, *RTD civ.* 2005, p. 450.

Certes, l'utilisation abusive de ces instruments procéduraux est susceptible d'être sanctionnée par des dommages et intérêts si une intention dilatoire est décelée par le juge. Ce dernier ne semble cependant pas disposer du pouvoir de sanctionner une telle manœuvre plus efficacement en matière procédurale, ce qui pourra aboutir à l'anéantissement de la procédure intentée.

Les clauses de médiation et de conciliation préalable ainsi que la convention de procédure participative ne dressent qu'un obstacle potentiellement temporaire à l'action en justice. Les motivations animant la partie qui soulève cette fin de non-recevoir sont, en théorie, louables, s'agissant de négocier plutôt que de s'affronter. On peut néanmoins redouter qu'une telle imposition de négociations en cours de procédure n'incite pas nécessairement les parties à la concorde et ne corresponde pas aux objectifs assignés à ces processus de règlement amiable. Il apparaît en ce sens que le choix d'une autre qualification eut été plus judicieux puisque l'intérêt de pouvoir soulever ce moyen de défense sera probablement nul à un stade avancé de la procédure et ne servira probablement dès lors qu'à des fins dilatoires.

L'exception dilatoire par exemple, permettant la suspension de l'instance plutôt que son anéantissement, semblerait ainsi plus appropriée que la fin de non-recevoir et permettrait d'éviter les éventuelles longueurs contentieuses. En présence d'une fin de non-recevoir, l'irrecevabilité est écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue<sup>1</sup>. Dans le cas contraire, l'irrecevabilité entraînera le rejet de la demande sans examen au fond. Ainsi, face à l'échec des négociations intervenues au cours des processus de médiation ou de conciliation ou de la procédure participative, les parties seront contraintes de recommencer la procédure à moins que le juge n'ait sursis à statuer dans l'attente de la régularisation de cette « fin de non-recevoir en l'état »<sup>2</sup>. Une telle position ne contribue pas à l'efficacité de la justice, que ce soit en termes de délais ou en termes de coûts.

610. ***Irrecevabilité en l'état et autorité de la force jugée.*** La question même de savoir si les parties pourraient reprendre la procédure à zéro postérieurement à la déclaration de l'irrecevabilité a pu faire frémir : l'autorité de chose jugée du jugement d'irrecevabilité n'interdirait-elle pas de reformer une demande identique ? La jurisprudence a fort heureusement écarté cet écueil en décidant que la mise en œuvre de la clause de conciliation obligatoire, alors même que l'irrecevabilité avait préalablement été prononcée, était susceptible de constituer une circonstance nouvelle<sup>3</sup> permettant d'écarter l'autorité de la chose jugée relativement à la demande réitérée. Un des commentateurs de l'arrêt a noté que « la partie qui n'a pas mis en œuvre la procédure de conciliation préalable n'est irrecevable qu'en l'état. Tant que son action n'est pas prescrite, elle dispose d'une session de rattrapage qui consiste précisément à tenter la conciliation, laquelle échouera fort probablement (...). Au moins elle contournera ainsi l'effet négatif de la chose jugée. C'est reculer pour mieux sauter »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 déc. 2010, n° 09-71575 ; *Bull. civ.* II, n° 212 ; *D.* 2011, p. 172 ; *RTD civ.* 2011, p. 170, obs. R. Perrot ; Cass. com., 11 juill. 2006, n° 05-13659 ; *Bull. civ.* IV, n° 174, p. 193 ; *D.* 2006, p. 2100, obs. A. Lienhard ; *D.* 2007, p. 42, obs. P. M. Le Corre et F. X. Lucas ; *RTD civ.* 2006, p. 800, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2007, p. 231, obs. A. Martin-Serf.

<sup>2</sup> I. Petel-Teyssier : V<sup>o</sup> Défenses, exceptions, fins de non-recevoir, *in Rep. Proc. Civ.*, n° 132 ; G. Bolard : « Les jugements "en l'état" », *JCP* 1997, I, 4003.

<sup>3</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 avr. 2005, n° 03-10237, non-publiée ; *JCP* 2005, II, 10153, note H. Croze ; *Procédures* 2005, n° 267, obs. R. Perrot.

<sup>4</sup> H. Croze, note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 avr. 2005, *JCP* 2005, II, 10153.

611. **Irrecevabilité et prescription.** La faculté du plaideur d'intenter une nouvelle action à la suite d'une demande déclarée irrecevable sera fonction de l'écoulement du temps. La décision déclarant la demande irrecevable peut en effet présenter un grand danger relativement aux délais pour agir. Une décision récente a réaffirmé qu'une décision « qui a déclaré irrecevable la demande (...) a rendu non avenue l'interruption de la prescription »<sup>1</sup>. Rendue sous l'empire de la loi ancienne, la solution n'en serait pas moins identique en droit positif. L'irrecevabilité de la demande a pour effet d'inciter à considérer que la prescription, valablement interrompue par une citation en justice, ne serait pas interrompue si la demande venait à être déclarée irrecevable<sup>2</sup>. Les conséquences sont dommageables pour le plaideur dont la demande est ainsi déclarée irrecevable puisqu'au jour où le juge statuera sur l'irrecevabilité de la demande, les délais pour agir seront peut être déjà écoulés. Cela aura pour effet de laisser le demandeur dépourvu de droit d'agir postérieurement à la décision d'irrecevabilité, dans l'incapacité de recommencer un procès en raison de la prescription ou de la forclusion de l'action. En ce sens, la conservation « en réserve » de la fin de non-recevoir qui peut être invoquée en tout état de cause, particulièrement lorsque sa source est conventionnelle et que le défaut de droit d'action n'est que temporaire, semble présenter des effets aussi dangereux que les irrégularités de fond des actes de procédure.

## 2) Irrégularités au fond et délais pour agir

612. **La volonté unilatérale dans la recherche de la prescription de l'action.** Un moyen de défense susceptible d'être présenté en tout état de cause et affectant l'acte interrompant la prescription peut constituer une arme redoutable pour le plaideur qui, en la conservant soigneusement jusqu'à expiration du délai pour agir, pourrait ainsi se mettre à l'abri de tout recours. En effet, l'annulation de l'acte de saisine de la juridiction ayant pour conséquence, en application de l'adage « *quod nullum est, nullum producit officium* », d'anéantir tous ses effets, y compris son effet interruptif de prescription, le demandeur pourrait se voir dénier le droit d'agir à nouveau. Le défendeur se sera ainsi mis définitivement à l'abri en ne soulevant que tardivement<sup>3</sup> l'irrégularité de fond. Certes, il pourra se voir condamné à des dommages et intérêts par le juge qui se rendrait compte de la manœuvre, mais le procès redouté n'aura au final jamais lieu. Les relations entre les délais pour agir et l'annulation de l'acte introductif d'instance ont déjà été envisagées à propos des irrégularités formelles des actes de procédure. La question de ces relations n'est cependant pas clairement résolue s'agissant des irrégularités de fond. Une interrogation reste en suspens : les irrégularités de fond rentrent-elles dans la qualification de « vice de procédure » adoptée par l'article 2241 du Code civil ?

Il est à cet égard éclairant de considérer l'état de la jurisprudence antérieure à la réforme pour déterminer si la catégorie des irrégularités de fond, dont il semble désormais établi que la liste

---

<sup>1</sup> Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-10852 ; *Bull. civ.* IV, n° 97 ; *Procédures*, comm. 287, obs. B. Rolland ; *JCP* 2010, doctr. 958, obs. M. Cabrillac ; *JCP E* 2010, 1633 ; *D.* 2010, p. 1414, obs. A. Lienhard.

<sup>2</sup> L'évolution opérée par la réforme de la prescription a en effet modifié sur ce point le sort d'une assignation annulée, mais pas celui d'une demande rejetée pour irrecevabilité.

<sup>3</sup> L'article 771 du CPC pose cependant une limite au terme « en tout état de cause » : l'exception ne peut être soulevée que devant le juge de la mise en état de l'affaire lorsqu'une telle mise en état a lieu devant le tribunal de grande instance ou devant la cour d'appel. Toute exception soulevée postérieurement au dessaisissement du juge de la mise en état (sauf si elle survient ou est révélée postérieurement à ce dessaisissement), sera déclarée irrecevable : Cass. 2° civ., 10 nov. 2010, n° 08-18809 ; *Bull. civ.* II, n° 184 ; *D.* 2010, p. 2711 ; *D.* 2011, chron. p. 265, obs. N. Fricero.

donnée à l'article 117 du CPC est limitative<sup>1</sup>, devrait ou non être considérée comme appartenant à celle des « vice de procédure » visée par l'article 2241 du Code civil.

613. ***Irrégularité de fond.*** L'influence de la prescription sur la couverture des irrégularités affectant l'assignation, pourtant non visée spécifiquement par la loi contrairement à l'article 115 du CPC qui précise une telle influence sur les vices de forme, trouve cependant à s'illustrer dans plusieurs décisions<sup>2</sup>. La position de la jurisprudence semble quelque peu étrange, puisque la régularisation devrait en principe, en vertu de l'article 121 du CPC, être possible jusqu' « au moment où le juge statue ». Une telle position est susceptible de permettre la régularisation pendant un délai bien plus long que celui potentiellement laissé par les délais pour agir. La jurisprudence semblait pourtant clairement fixée dans le sens de l'absence de régularisation possible de l'acte de procédure affecté d'un vice de fond lorsque les délais pour agir étaient écoulés à la date de cette régularisation. Antérieurement à la réforme du droit de la prescription, rien ou presque ne s'opposait à ce que le défendeur soulève une irrégularité une fois les délais pour agir écoulés, ce qui revenait ainsi à priver le demandeur dont l'acte de saisine était annulé de la possibilité de formuler à nouveau une prétention. Le défendeur avait tout intérêt à n'invoquer une telle exception qu'une fois les délais pour agir écoulés, la condamnation possible par le juge à des dommages et intérêts pouvant sembler plus avantageuse que la perspective de voir les prétentions du demandeur accueillies.

Une décision, non publiée, rendue postérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme de la prescription du 17 juin 2008 mais sur la base du droit antérieur à celle-ci, s'était pourtant détachée de la position précédemment adoptée par la jurisprudence en décidant qu'« une assignation affectée d'une irrégularité de fond, couverte avant que le juge ne statue, interrompt le délai de prescription »<sup>3</sup>. Une telle position impliquait que même si la couverture de l'irrégularité avait eu lieu postérieurement à l'expiration du délai de prescription, l'assignation serait valable et la même procédure pouvait alors être poursuivie dès lors que l'acte avait pu être régularisé avant que le juge ne statue. Cela se justifiait particulièrement au regard de la différence de rédaction entre les articles 115 et 121 du CPC, le dernier ne mentionnant à aucun moment la prescription ou la forclusion comme conditions temporelles de la régularisation. Dès lors, le défendeur n'avait plus d'intérêt à conserver cette nullité dans le but de pouvoir opposer la prescription à son adversaire puisqu'il suffisait que l'acte soit régularisé avant que le juge ne statue pour que l'interruption de la prescription soit considérée comme valablement réalisée. L'intention dilatoire ne pouvait être exclue, mais les conséquences les plus rigoureuses d'un tel comportement étaient écartées.

Une telle position permettait d'éviter que la volonté individuelle d'un des plaideurs ne s'épanouisse dans cette tactique dilatoire tendant à écarter totalement l'action en justice par le dévoiement de cette défense procédurale, du moins lorsque l'irrégularité était susceptible d'être

---

<sup>1</sup> Cass. ch. mixte, 7 juill. 2006, n° 03-20026 ; *Bull. ch. Mixte*, n°6, p.18 ; *D.* 2006, p. 1984, obs. E. Pahlawan-Sentilhes ; *RTD civ.* 2006, p. 820, obs. R. Perrot ; *JCP* 2006, II, 10146, note E. Putman ; Cass. 2° civ., 15 mars 1989, n° 87-19599 et 87-45773 ; *Bull. civ.* II, n° 72, p. 34 ; *D.* 1989, somm. p. 275, obs. crit. P. Julien

<sup>2</sup> Cass. 3° civ., 13 janv. 2010, n° 09-10398 ; *Bull. civ.* III, n° 11 ; *D.* 2010, p. 267, obs. Y. Rouquet ; Cass. 2° civ., 22 oct. 2009, n° 08-15034, non-publée ; Cass. 3° civ., 14 févr. 1990, n° 88-18422 ; *Bull. civ.* III, n° 50, p. 26 ; *AJDI* 1991, p. 271 ; *RDI* 1990, p. 416, obs. Cl. Giverdon, décidant que « l'irrégularité de fond affectant la validité de l'assignation (...) n'était plus susceptible d'être couverte après l'expiration du délai d'exercice de l'action en garantie ».

<sup>3</sup> Rendue sous l'empire de la loi ancienne en matière de prescription Cass. 2° civ., 8 sept. 2011, n°10-18342, non-publée ; *AJDI* 2012 p. 136, note F. de la Vaissière.

couverte. Lorsque l'acte est insusceptible de régularisation, celui-ci ne peut qu'être annulé. La jurisprudence regroupe sous cette catégorie toutes les irrégularités de fond dans lesquelles « le vice confine à une absence totale de volonté »<sup>1</sup>. Il a été décidé que tel était le cas d'inexistence de la personne à l'origine de l'acte<sup>2</sup>. « L'inexistence pure et simple de la personne au nom de laquelle l'acte de procédure a été accompli est une irrégularité trop fondamentale pour souffrir la moindre régularisation, fût-ce par l'intervention de la personne existante »<sup>3</sup>. Il avait également été décidé que l'irrégularité est insusceptible d'être couverte lorsque, par exemple, une filiale délivre un commandement de payer au nom de sa société mère sans pouvoir de représentation<sup>4</sup>. Or, pour ces irrégularités, il semble que l'interruption de la prescription en raison de l'acte nul, prévue par la réforme du droit de la prescription, n'ait aucune incidence : insusceptible de régularisation, l'acte sera annulé et la prescription interrompue, mais uniquement à l'égard de la personne à l'origine de l'acte. La personne détenant toutes les qualités pour agir en justice à la place de l'auteur de l'acte ne pourra pas en bénéficier. La tactique consistant à ne soulever que tardivement, une fois les délais pour agir écoulés, l'irrégularité de fond tenant à la personne incapable ou dépourvue de pouvoir d'agir en justice aura pour conséquence de tromper l'adversaire véritable qui aurait éventuellement pu agir et de lui fermer la possibilité d'action en raison de l'acquisition de la prescription.

614. **La qualification actuelle des vices de fond.** Compte tenu des écueils dilatoires que pouvaient exploiter les plaideurs malicieux sous l'empire de la jurisprudence antérieure, il convient de déterminer si les irrégularités de fond sont comprises dans le terme « vice de procédure » employé par l'article 2241 du Code civil. L'enjeu est important : si les irrégularités de fond constituent des vices de procédure, l'exception fondée sur des irrégularités insusceptibles d'être régularisées ne pourra pas être instrumentalisée par les défendeurs afin de prescrire l'action du demandeur. En revanche, si une telle exception est exclue de la qualification de vice de procédure, les défendeurs conserveront cette faculté de priver leur adversaire de la possibilité de toute action suite à l'annulation de la procédure.

Les travaux préparatoires de la loi portant réforme de la prescription semblent cependant indiquer que seules les irrégularités de forme devaient, aux côtés des problématiques d'incompétence, être considérées comme des vices de procédure<sup>5</sup>. Une grande partie de la doctrine<sup>6</sup> se prononce cependant en faveur de l'intégration de la catégorie des irrégularités affectant le fond dans le terme englobant de vice de procédure. Il a été remarqué que l'absence

<sup>1</sup> L. Mayer : V° Nullités in *Rep. Proc. Civ.*, n° 228.

<sup>2</sup> V. par ex. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 sept. 2003, n° 01-14493 ; *Bull. civ.* II, n° 253, p. 209 ; *D.* 2003, p. 2543 ; *JCP E* 2004, 832, note G. Chabot ; *Bull. Joly* 2004, p. 263, note B. Saintourens ; *RTD civ.* 2004, p. 766, obs. Ph. Théry : « l'irrégularité d'une procédure engagée par une partie dépourvue de personnalité juridique est une irrégularité de fond qui ne peut être couverte » ; pour un cas d'absorption de société : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 sept. 2012, n° 11-22278, non-publiée ; *Rev. sociétés* 2013, p. 30, note S. Prévost.

<sup>3</sup> L. Mayer, V° Nullités in *Rep. Proc. Civ.*, n° 229.

<sup>4</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 29 oct. 2008, n° 07-14242 ; *Bull. civ.* III, n° 165 ; *AJDI* 2009, p. 618, note M.-P. Dumont-Lefrand.

<sup>5</sup> Rapport au nom de la commission des lois de M. E. Blessig du 30 avril 2008, n° 847, disponible : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0847.asp> : « quelle que soit l'erreur commise – juge incompétent ou défaut de forme – les effets devaient être les mêmes dès lors que ces erreurs étaient “similaires” ». v. L. Mayer, V° Nullités in *Rep. Proc. Civ.*, n° 238.

<sup>6</sup> L. Cadiet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*. Litec, 7<sup>e</sup> éd., 2011, *sp.* n° 474 ; J.-P. Chazal et S. Wattel : « Prescription et vices de procédure : contrariété entre le Code civil et le Code de procédure civile ? », *Procédures* 2009, alerte n° 50 ; N. Fricero : « La prescription extinctive un an après la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 : ce qu'il faut savoir ! », *Procédures* 2009, ét. 6, n° 16 ; d'avis contraire, M. Bandrac : « La nouvelle nature juridique de la prescription extinctive en matière civile », *RDC* 2008, p. 1420, n° 17, note 13.

de distinction dans la loi pouvait apparaître préjudiciable : « en l'absence de distinction, les actes nuls pour vices de fond peuvent également interrompre les délais. Or, le vice y est alors grave et ne permet pas de s'assurer du réveil du créancier »<sup>1</sup>.

Ces irrégularités de fond font cependant partie des « exceptions de procédure ». La jurisprudence s'est en effet prononcée en ce sens en matière d'appel<sup>2</sup>, mais pour en déduire une conclusion qui semble trop rigoureuse, assimilant la fin de l'instance à la date à laquelle l'irrégularité a eu lieu, c'est à dire à la date de l'acte irrégulier de saisine de la juridiction d'appel. Une telle solution relative à la fin de l'interruption effectuée par un acte invalide a pour conséquence de toujours permettre l'utilisation dilatoire de l'exception de procédure, puisqu'il suffira à l'adversaire de ne soulever cette invalidité qu'une fois le « second » délai pour agir expiré, pour pouvoir par la suite lui opposer la prescription ou la forclusion de son action. L'écueil qui avait été relevé par un auteur ne peut donc être écarté<sup>3</sup>. Il aurait semblé préférable de considérer que « l'extinction de l'instance » telle que visée par l'article 2242 du Code civil ne soit reconnue qu'une fois qu'il a été statué sur l'irrégularité en question, et non à la date de celle-ci, afin de permettre une régularisation utile de l'acte entaché de nullité.

615. **La modification de la date limite de régularisation.** Dans la droite ligne de la réflexion menée au sujet de la régularisation des actes entachés d'une irrégularité de forme, le changement de perspective opéré par la réforme du droit de la prescription incite, par ailleurs, à abandonner radicalement la jurisprudence antérieure qui imposait sans aucun fondement textuel que la régularisation de l'acte ait lieu antérieurement à l'expiration du délai pour agir. La date limite de régularisation d'un acte entaché d'une irrégularité au fond devrait ainsi être fixée à celle, mouvante, plus souple et surtout conforme à la lettre de l'article 121 du CPC, à laquelle le juge statue.

La réforme de la prescription a opéré un changement souhaitable permettant de priver, en partie, d'intérêt la manœuvre d'un plaideur consistant à retenir une exception pour pouvoir l'invoquer au moment le plus opportun, une fois les délais pour agir expirés, relativement à la nullité des actes de saisine des juridictions. La conception de l'extinction de l'instance adoptée par la jurisprudence laisse cependant encore une porte entrouverte aux manœuvres des plaideurs, tout comme le fait de soulever tardivement, après expiration des délais pour agir, une irrégularité de fond insusceptible d'être régularisée. D'autre part, s'agissant des fins de non-recevoir, le danger de l'écoulement du temps, sous l'œil malicieux du plaideur retenant ce moyen de défense est réel et ne semble pas pouvoir être utilement paralysé par la seule menace de dommages et intérêts. Le constat de la perméabilité des actes de procédure à la mauvaise foi et à l'intention dilatoire d'un plaideur incite à se demander s'il est souhaitable, ou même possible, qu'une éventuelle « police de la loyauté de l'instance » soit réalisée par le biais de dispositions extérieures au problème et s'il ne serait pas adéquat de consacrer un outil à vocation générale de nature à sanctionner ces tactiques dilatoires habiles.

---

<sup>1</sup> S. Amrani-Mekki : « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription. À propos de la loi du 17 juin 2008 », *JCP* 2008, I, 160, *sp.* n° 67.

<sup>2</sup> Cass. com., 20 nov. 2012, n° 11-26581 ; *Bull. civ.* IV, n° 206 ; *Gaz. Pal.* 8-9 mars 2013, p. 40, obs. L. Mayer.

<sup>3</sup> J. Junillon : « Conséquence de la loi réformant la prescription : une déclaration d'appel irrégulière peut-elle interrompre le délai d'appel ? », *Procédures* 2009, prat. 2.



- b) Les moyens pour écarter l'utilisation dilatoire des défenses procédurales pouvant être invoquées en tout état de cause

616. **La relative inefficacité de la condamnation à des dommages et intérêts.** La propension au dilatoire des fins de non-recevoir et des nullités de procédure pour raison de fond est envisagée par la loi elle-même. L'article 123 du CPC pour la fin de non-recevoir et l'article 118 pour la nullité des actes entachés d'irrégularités de fond prévoient tous deux, selon une même formule, la sanction de l'utilisation dilatoire de ces moyens de défense : « la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt ». La jurisprudence indique que les juges bénéficient d'un pouvoir souverain d'appréciation de l'intention dilatoire au sujet de l'exception pour irrégularité touchant au fond<sup>1</sup>.

La condamnation à des dommages et intérêts peut cependant sembler représenter une sanction faible d'un comportement susceptible d'engendrer la remise en cause de tout ou partie de la procédure. Elle pourrait en conséquence ne pas être de nature à dissuader le plaideur de retenir le moyen de défense pouvant être invoqué en tout état de cause afin de perturber ou de radicalement écarter l'action en justice de son adversaire. Dans la quête d'une justice rapide et efficace, il convient pourtant de restreindre les manifestations de volonté individuelles de nature à délayer ou entraver l'œuvre de justice. Il serait souhaitable de condamner ces comportements par un principe général plutôt que par des dispositions de circonstance. Le renforcement du principe de loyauté et de bonne foi au sein du contentieux judiciaire pourrait utilement être réalisé par la réception, dans l'ordre judiciaire, du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, l'estoppel.

617. **La réception du principe « nul ne peut se contredire au détriment d'autrui ».** La reconnaissance du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui était déjà amorcée depuis longtemps sans pour autant dire son nom. On songe par exemple à l'impossibilité, pour le demandeur, de soulever l'incompétence de la juridiction saisie relativement à sa propre demande<sup>2</sup>. Par touches successives, la jurisprudence s'est dirigée vers la complète intégration de ce principe en droit processuel. L'achèvement de cette intégration semble avoir été réalisé en droit interne par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 20 septembre 2011<sup>3</sup>. Cette décision a visé ce principe avant d'infirmer la décision de la cour d'appel sur ce fondement afin de rejeter le recours intenté de mauvaise foi. De manière intéressante, ce qui était en cause en l'espèce était l'invocation d'une irrégularité de fond tenant à ce qu'une des sociétés contre laquelle avait été dirigée l'action était dépourvue de personnalité juridique. La jurisprudence considère généralement une telle irrégularité de fond comme étant insusceptible de régularisation<sup>4</sup>. Cette irrégularité de fond aurait ainsi dû entraîner

---

<sup>1</sup> Cass 2<sup>e</sup> civ., 23 oct. 2003, n° 01-17806 ; *Bull. civ.* II, n° 325, p. 264.

<sup>2</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 déc. 2000, n°99-14902 ; *Bull. civ.* II, n° 163, p. 17.

<sup>3</sup> Cass. com., 20 sept. 2011, n°10-22888 ; *Bull. civ.* IV, n° 132 ; *D.* 2011, p. 2345, obs. X. Delpéch ; *JCP* 2011, 1250, note D. Houtcieff ; *RTD civ.* 2011, p. 760, obs. B. Fages ; *JCP E* 2012, 1075, note F. Meuris ; O. Baldes : « L'estoppel ou l'approche renouvelée des systèmes d'interdiction de l'auto-contradiction en procédure civile », *Procédures* n°3, Mars 2013, ét. 5 ; C. Maréchal : « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme un principe général du droit », *D.* 2012, p. 167.

<sup>4</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 sept. 2003, n° 01-14493 ; *Bull. civ.* II, n° 253, p. 209 ; *D.* 2003, p. 2543 ; *JCP E* 2004, 832, note G. Chabot ; *Bull. Joly* 2004, p. 263, note B. Saintourens ; *RTD civ.* 2004, p. 766, obs. Ph. Théry :

l'annulation de l'action. Se fondant sur le fait que la société en question avait elle-même formé un précédent pourvoi contre une décision dans le cadre de la procédure antérieure, la haute juridiction a décidé, en citant le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, que la société en question ne pouvait dès lors faire valoir son absence de personnalité juridique pour faire annuler la procédure. L'utilisation à des fins déloyales ou dilatoires des moyens de défense pouvant être invoqués en tout état de cause semblait ainsi sanctionnée de manière adéquate par l'invocation du principe de l'estoppel par la juridiction.

Une autre décision<sup>1</sup>, rendue sur l'opposition d'une fin de non-recevoir et non d'une irrégularité de fond, a cependant refusé de faire application du principe de l'estoppel et a semblé réaffirmer que la sanction d'une utilisation détournée d'une fin de non-recevoir était la condamnation à des dommages et intérêts. Les faits de l'espèce étaient pourtant assez semblables à ceux ayant donné lieu au visa du principe : la partie qui invoquait son défaut de qualité de locataire par le biais d'une fin de non-recevoir avait interjeté appel d'une décision et exercé une option réservée au locataire.

La contradiction entre les deux décisions semble injustifiable en droit. En effet, les deux moyens de défense en cause, irrégularité de fond et fin de non-recevoir, avaient la même capacité à être invoqués en tout état de cause. Le rejet de l'application de l'estoppel et la réaffirmation de la sanction, bien moins efficace, de la condamnation à des dommages et intérêts incite à penser que la chambre civile pourrait être moins encline que la chambre commerciale à sanctionner radicalement la contradiction d'une partie au détriment de l'autre en déclarant le moyen irrecevable. L'opposition entre ces deux décisions démontre que la jurisprudence n'est pas encore fixée sur l'utilisation de l'estoppel en matière de procédure judiciaire. On ne saurait que souhaiter que le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui soit pleinement reconnu comme un instrument de lutte contre les manœuvres dilatoires des parties permettant de sanctionner plus adéquatement des comportements processuels confinants à la déloyauté.

Force est de constater que la volonté individuelle d'un plaideur peut toujours, dans certaines hypothèses, rallonger ou écarter une procédure gênante. Il convient donc de réfléchir aux conséquences potentiellement délétères de la qualification des nouveaux outils à la disposition des plaideurs et de progresser dans la sanction des comportements dilatoires ou déloyaux tendant à faire échec à la réalisation du droit, afin d'éviter que « la procédure ne devienne le terrain de jeu des plaideurs dont le procès est mauvais au fond »<sup>2</sup>. S'écartant du combat contentieux et des moyens à la disposition des plaideurs pour perturber celui-ci, la volonté individuelle d'une des parties peut également tendre à l'achèvement du contentieux.

## Section 2 La volonté d'une partie dans l'achèvement du contentieux

618. ***Achèvement du contentieux et intérêt de l'adversaire.*** La volonté individuelle d'un des litigants peut se manifester dans un but d'apaisement afin d'offrir une voie d'achèvement matiniée de consensuel au contentieux. La liberté des parties de mettre fin à l'instance est

---

« l'irrégularité d'une procédure engagée par une partie dépourvue de personnalité juridique est une irrégularité de fond qui ne peut être couverte ».

<sup>1</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 nov. 2013, n°12-25835 ; *Bull. inf. Cour de Cassation* n° 797, n° 448 ; *Procédures* 2014, comm. 1, R. Perrot.

<sup>2</sup> S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand : *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*. Dalloz, 32<sup>e</sup> éd., 2014, n° 946.

déclarée dans le premier article du Code de procédure civile comme le corollaire de leur liberté de l'introduire. Une telle manifestation de volonté de mettre fin au litige peut avoir lieu à tout moment, y compris au cours de l'instance postérieurement à l'ordonnance de clôture<sup>1</sup>. Une partie peut ainsi manifester sa volonté de mettre fin au litige ou à une partie de celui-ci de manière unilatérale, sous plusieurs formes. Lorsqu'elle est en demande, la renonciation en question prendra la forme d'un désistement, par lequel le demandeur originel manifesterait son intention de ne pas voir tranchée la prétention préalablement formulée. L'acquiescement porte quant à lui la renonciation à contester soit la demande de l'adversaire, soit une décision déjà rendue. La volonté individuelle d'un plaideur de mettre fin au litige peut produire seule des effets de nature à achever le contentieux (§1<sup>er</sup>). Parfois, cependant, la volonté d'une partie de mettre fin au litige peut lui échapper et être contrariée soit en raison de l'intérêt que représente l'instance pour son adversaire, soit par son comportement (§2).

### §1<sup>er</sup> Volonté unilatérale et achèvement du contentieux

619. **Renonciation à l'instance ou renonciation à l'action.** La volonté unilatérale et non équivoque d'un plaideur est-elle susceptible de mettre fin à un contentieux en toute hypothèse, ou une fois la procédure lancée, celle-ci peut-elle lui échapper ? La réponse à cette question diffère selon que la renonciation considérée concerne l'action elle-même ou simplement l'instance qui en est issue. La volonté des litigants ne présente pas la même force en fonction des hypothèses. Le pouvoir de la volonté unilatérale d'une partie décroît en effet au fur et à mesure que grandit l'intérêt du créancier dans l'action. Seront en premier lieu envisagées les hypothèses de renonciation à contestation (A), puis celles dans lesquelles est à l'œuvre une renonciation au droit d'agir (B).

#### A. La renonciation à la contestation

620. **La force de la volonté individuelle dans l'acquiescement à la demande.** La volonté unilatérale d'une des parties semble être plus puissante lorsque l'acte considéré emporte une renonciation à un droit. Cette force est en réalité fonction de l'autorité à laquelle se confronte cette volonté. Insusceptible d'être contredite par celle de son adversaire, la volonté d'une partie acquiesçant à une demande est cependant circonscrite par l'étendue de la libre disponibilité des droits objets de la renonciation. Le pouvoir d'une partie d'acquiescer à la demande de son adversaire n'est pas susceptible d'être limité par ce dernier. Selon l'article 408 du CPC, « l'acquiescement à la demande emporte reconnaissance du bien-fondé des prétentions de l'adversaire et renonciation à l'action ». L'adversaire n'a en effet aucun intérêt à contester une renonciation d'action réalisée à son profit. Ce défaut d'intérêt emporte que l'acquiescement à la demande de l'adversaire ne sera jamais conditionné à l'acceptation de celui-ci<sup>2</sup>. La volonté unilatérale du défendeur à la demande est, dans ses rapports avec la volonté de son adversaire, totalement libre. Une décision a en ce sens énoncé que « l'instance est éteinte dès que le défendeur acquiesce aux demandes »<sup>3</sup>. Le défendeur à l'action peut ainsi, en toute circonstance, mettre fin à l'instance en acquiesçant à la demande de son adversaire. Cette même décision avait par ailleurs énoncé qu'une telle circonstance ne saurait cependant priver l'adversaire de la

<sup>1</sup> Au sujet d'un désistement en cours de délibéré CA Paris, 15 déc. 1976 ; *Cah. prud'h.* 1977, n° 874, p. 88.

<sup>2</sup> *V. par. ex.* Cass. 2<sup>e</sup> civ. 18 nov. 1999, n° 97-15921, non-publiée ; *RTD civ.* 2000, p. 157, obs. R Perrot : « l'acquiescement pur et simple à la demande, n'appelant pas l'acceptation de la partie adverse, est pleinement efficace par lui-même ».

<sup>3</sup> Cass. soc., 4 oct. 2011, n° 10-15249 ; *Bull. civ.* V, n° 223 ; *Procédures* 2011, comm. 372, A. Bugada ; *Cah. Soc.*, 1er déc. 2011, n° 236, p. 308, obs. S. Nouredine ; *PA* 11 avr. 2012, n° 73, p. 10, note H. Peschau.

faculté de présenter de nouvelles demandes dans une instance distincte, et ce même en matière sociale en dépit du principe de l'unicité de l'instance prévalant en ce domaine<sup>1</sup>.

621. **Le conditionnement de l'acquiescement à la demande à la libre disponibilité des droits.** Le défendeur dispose ainsi de la faculté de mettre fin, par sa seule volonté, au lien d'instance qui l'unit au demandeur. Ce pouvoir de la volonté portée par la renonciation à une action n'est cependant pas sans limites. Ses frontières sont en effet tracées non par l'adversaire mais par l'indisponibilité des droits en cause, ce qu'expose l'alinéa 2 de l'article 408 du CPC. Certains droits et, par suite, les actions qui les concernent, sont insusceptibles de renonciation. Il en va ainsi par exemple en matière de filiation, sauf lorsque par sa seule volonté une des parties dispose de la faculté de créer la situation de droit considérée par la demande. L'exemple classiquement donné est celui de l'action en recherche de paternité qui peut faire l'objet d'un acquiescement puisque le père peut, de manière volontaire, reconnaître l'enfant. Il en est de même relativement à l'état des personnes.

622. **Le conditionnement de l'acquiescement à la décision au comportement procédural de l'adversaire.** En raison de l'existence d'une décision, l'acquiescement au jugement n'est pas soumis à la même limite que l'acquiescement à l'action. La renonciation à former un quelconque recours<sup>2</sup> contre le jugement en question opérée par cet acquiescement s'appuie en effet sur une décision du juge qui a, en principe, déjà tranché les points litigieux une première fois. L'obstacle de l'indisponibilité des droits est ainsi écarté puisque ceux-ci ont été judiciairement déterminés. L'ordre public ne semble ainsi plus pouvoir faire obstacle à la volonté d'une partie d'acquiescer au jugement, que l'autre partie ne peut pas contrer. L'adversaire peut seulement, par la suite, remettre l'acquiescement en cause en raison de sa propre contestation de la décision objet de l'acquiescement<sup>3</sup>. En ce cas, l'évolution du litige implique que l'intimé soit en mesure de se défendre et, le cas échéant, de répliquer. La jurisprudence a adopté une position souple relativement à l'antériorité de l'acquiescement considéré par rapport à l'exercice de la voie de recours. L'acquiescement sera ainsi privé d'effet dès lors que la partie renonçant au recours n'a appris l'existence du recours de son adversaire que postérieurement à la manifestation de sa volonté d'acquiescer<sup>4</sup>.

La forme de l'acquiescement au jugement est libre. La volonté d'acquiescer peut ainsi être explicite et prendre la forme d'une déclaration du renonçant mais peut également être inférée d'actes traduisant une volonté implicite de renoncer à la contestation du jugement<sup>5</sup>. C'est par exemple le cas lorsque la décision non exécutoire fait l'objet d'une exécution spontanée<sup>6</sup>. Il est cependant des circonstances dans lesquelles un acte qui semble traduire un acquiescement implicite doit être considéré avec plus de finesse, en recherchant si la volonté d'acquiescer est

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 4 oct. 2011 *préc.*

<sup>2</sup> Il est renoncé à toutes les voies de recours contre le jugement, y compris les voies de recours extraordinaires : v. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 ct. 1985, n<sup>o</sup> 84-12441 ; *Bull. civ.* II, n<sup>o</sup> 146, p. 97.

<sup>3</sup> La solution est posée par l'article 409 du CPC : « l'acquiescement au jugement emporte soumission aux chefs de celui-ci et renonciation aux voies de recours sauf si, postérieurement, une autre partie forme régulièrement un recours ».

<sup>4</sup> Cass. soc., 16 nov. 1993, n<sup>o</sup> 91-44768 ; *Bull. civ.* V, n<sup>o</sup> 267, p. 182.

<sup>5</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juin 1976, n<sup>o</sup> 75-12806 ; *Bull. civ.* II, n<sup>o</sup> 198, p. 155.

<sup>6</sup> L'hypothèse est spécifiquement visée par l'article 410 du CPC.

réelle<sup>1</sup>. Une telle volonté non équivoque d'acquiescer ne peut pas ressortir du simple fait que la partie ayant prétendument renoncé au recours n'a soulevé aucune objection<sup>2</sup>.

#### B. Les limites à l'efficacité sur l'instance de la renonciation unilatérale au droit d'agir

623. **Désistement d'action.** Le désistement d'action affecte le droit d'action lui-même. Il concrétise en quelque sorte la renonciation par le demandeur à son droit d'agir en justice pour une action déterminée. Or, la renonciation à un droit est un acte grave puisqu'il traduit l'abandon de la faculté de faire sanctionner en justice un droit substantiel et emporte l'extinction, à titre accessoire, de l'instance. À l'instar de l'acquiescement à la demande, un tel désistement d'action ne peut porter que sur des droits dont les parties ont la libre disposition. Il est donc classiquement déclaré nul lorsqu'il concerne des actions relatives à la filiation<sup>3</sup> puisque l'article 323 du Code civil prévoit que ces actions sont insusceptibles de faire l'objet de la renonciation qu'opère le désistement d'action. Il est par ailleurs admis depuis fort longtemps que le caractère non équivoque de la manifestation de la volonté d'une partie de se désister relève de l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>4</sup>.

Le désistement du droit d'action peut être distingué de la transaction par le fait qu'un tel acte est unilatéral alors que la transaction implique des concessions réciproques. Transaction et désistement ont cependant pour point commun d'impliquer la renonciation au droit d'action, de manière conventionnelle pour la transaction et unilatérale pour le désistement d'action. « En pratique, ce type de désistement consacre souvent un accord entre les parties qui, éteignant le droit litigieux, rend inutile la poursuite de l'action »<sup>5</sup>. La proximité entre la transaction et l'intégration du désistement d'action au sein d'une convention tend à brouiller les frontières. Tout comme la transaction, le désistement d'action emporte renonciation au droit d'agir en justice et interdit donc au plaideur qui en est l'auteur de réintroduire une action identique à celle à laquelle il a renoncé. Le désistement d'action entraîne ainsi logiquement la volonté de renoncer à l'instance ou à une partie de celle-ci lorsque le désistement n'est que partiel. En raison de son caractère unilatéral, sa perfection ne nécessite pas l'acceptation de l'adversaire puisqu'une telle renonciation est censée lui bénéficier. Il a ainsi été décidé que « le désistement d'action est parfait dès la manifestation de volonté du renonçant »<sup>6</sup>. Des limites tendant à l'intérêt que peut représenter l'instance considérée pour l'adversaire sont cependant susceptibles de conditionner la perfection du désistement d'action à l'assentiment de l'adversaire.

624. **Désistement en première instance.** Le désistement de demande en première instance est particulièrement intéressant à cet égard. Destiné à mettre fin à l'instance introduite par une

---

<sup>1</sup> J. Junillon : « La volonté d'acquiescer au jugement », *Procédures* 2003, chron. 13.

<sup>2</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 déc. 2004, n° 03-12642 ; *Bull. civ.* II, n° 525, p. 449 ; *Procédures* 2005, comm. 56, obs. R. Perrot : « l'absence de contestation à l'audience lors d'une procédure orale ne caractérise pas la volonté non équivoque d'acquiescer » ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 mai 1994, n° 93-10881 : *Bull. civ.*, II, n° 134 ; *D.* 1995, somm. p. 107, obs. N. Fricero : « l'acquiescement à la demande doit être certain, c'est-à-dire résulter d'actes ou de faits démontrant avec évidence l'intention de la partie à laquelle on l'oppose de reconnaître le bien-fondé des prétentions de l'adversaire et de renoncer à l'action ».

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 20 janv. 1981, n° 79-12605 ; *Bull. civ.* I, n° 22 ; *D.* 1981, IR p. 297, obs. D. Huet-Weiller.

<sup>4</sup> Cass. civ., 5 déc. 1911 : *DP* 1915, 1, p. 78 ; Cass. civ., 21 mai 1912 : *DP* 1920, 1, p. 162.

<sup>5</sup> L. Cadiet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*. Litec, 7<sup>e</sup> éd., 2011, n° 409.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 28 févr. 2008, n° 06-16277, non-publée.

demande que le plaideur a lui même formulée, il serait de prime abord tentant de considérer que le demandeur disposerait du droit de retirer celle-ci sans devoir obtenir l'accord de son adversaire puisqu'il avait, à l'origine, la faculté de ne pas engager l'instance. Cependant, une telle solution négligerait le fait que le désistement d'instance ne concerne que l'instance en question et non le droit qui la sous-tend, ce qui implique que bien que le demandeur se désiste de l'instance, ce seul fait ne saurait lui interdire d'introduire à nouveau une action aux mêmes fins. Dès lors, le défendeur est susceptible de trouver un intérêt à ce que la prétention suspendue de son adversaire soit définitivement réglée afin qu'elle ne ressurgisse pas à une date ultérieure. La loi impose en conséquence qu'une fois l'instance liée, le désistement soit accepté par l'adversaire. L'instance ainsi provoquée par le demandeur lui échappe en quelque sorte puisque sa volonté unilatérale n'est plus seule décisionnaire de la suite du litige porté devant les tribunaux. Le litige n'ayant pas encore reçu de solution juridictionnelle en première instance, les cas dans lesquels le désistement doit être accepté par l'adversaire sont plus nombreux que lorsque le désistement intervient lors de l'exercice de voies de recours.

625. **Désistement d'une voie de recours.** La solution prévalant en matière de désistement des voies de recours est différente de celle en première instance dans la mesure où le différend a déjà fait l'objet d'une décision de justice qui a tranché la situation litigieuse. C'est la raison pour laquelle le principe inverse de celui posé pour le désistement d'une demande en première instance prévaut. L'article 401 du CPC précise en effet que le désistement d'appel « n'a besoin d'être accepté que » si l'adversaire a formé un appel incident ou une demande incidente ou si le désistement contient lui-même des réserves. Peu importe ainsi que des moyens de défense aient d'ores et déjà été soulevés au moment de la déclaration de volonté de se désister puisqu'en l'absence de demandes ou d'appel incident, l'intimé conclut à la confirmation du jugement. Or c'est précisément ce résultat qui sera atteint par le désistement de l'appelant qui vaut renonciation à recours et acquiescement à la décision de première instance. Quant au désistement d'opposition, il n'a à être accepté qu'en cas de demande additionnelle du demandeur initial.

La force de la volonté individuelle des parties dans l'extinction du contentieux est conditionnée par les circonstances entourant sa manifestation. Il est en effet des hypothèses dans lesquelles l'intérêt que peut représenter l'instance pour l'adversaire peut empêcher une partie de mettre fin au litige par sa seule volonté, en particulier lorsqu'elle est instigatrice de la procédure.

## §2 L'intérêt de l'instance pour l'adversaire

626. **L'opposition à la renonciation de l'adversaire.** L'acquiescement à la demande ou au jugement et le désistement d'action ou d'instance, s'ils sont censés profiter à l'adversaire qui, soit, voit ses prétentions consacrées par la volonté de son adversaire, soit est libéré de l'action qui était intentée contre lui, ne sont pas nécessairement à son plein avantage. L'adversaire peut en effet avoir un intérêt à ce que la contestation, plutôt que d'être temporairement écartée, soit définitivement vidée et ainsi s'opposer au désistement d'instance de son adversaire. Il peut également avoir intérêt à contester la décision ayant fait l'objet de l'acquiescement par son adversaire, laquelle ne lui a peut-être pas donné entièrement satisfaction. En ce cas, le recours exercé par l'adversaire anéantira les effets de l'acquiescement au jugement<sup>1</sup>. La volonté individuelle d'une partie de mettre fin au conflit est ainsi susceptible d'être contrariée par le

---

<sup>1</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 déc. 2002, n° 00-10099, non-publiée ; Cass. civ., 19 févr. 1958 ; *JCP* 1958, II, 10642, note H. Sinay ; *RTD civ.* 1958, p. 455, obs. P. Raynaud.

comportement de son adversaire qui conserve un intérêt à l'instance. Ce même intérêt porté à l'instance justifie que l'adversaire puisse également, dans certains cas, opposer sa volonté contraire au renonçant dès lors qu'il poursuit un intérêt légitime.

Il a déjà été constaté que plus la renonciation se rapproche du droit substantiel considéré, plus la volonté du renonçant est strictement considérée mais également plus forte. Le désistement d'action est cependant conditionné en raison des conséquences qu'il produit sur l'instance. Le désistement d'action entraînant mécaniquement le désistement d'instance corrélatif, l'adversaire qui peut conserver un intérêt à voir se poursuivre l'instance aura le pouvoir d'empêcher la volonté du demandeur d'obtenir son extinction. Il en va ainsi lorsque l'adversaire a formé une demande reconventionnelle<sup>1</sup>. Si l'action du renonçant est valablement abandonnée sans que l'assentiment de l'adversaire ne soit nécessaire, sauf s'il y a un intérêt légitime, l'instance peut cependant se poursuivre, en dépit du désistement d'instance opéré par le désistement d'action, en raison de la demande reconventionnelle formée par son adversaire. Les conditions posées à la perfection du désistement d'instance considéré seul ne sont cependant pas imposées en matière de désistement d'action, puisque l'action ne risque pas de refaire surface à une date ultérieure.

**627. Le caractère conventionnel du désistement d'instance une fois l'instance liée en présence d'un intérêt légitime.** L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 395 du CPC concernant le désistement d'instance dispose que « le désistement n'est parfait que par l'acceptation du défendeur ». Cette disposition consacre l'existence d'un véritable lien d'instance, qui échappe en quelque sorte à la partie qui en est à l'initiative. Cette disposition reconnaît en effet que l'instance est également susceptible de présenter un intérêt particulier pour le demandeur, et ce même si ce dernier n'a pas formé de demande reconventionnelle. Le second alinéa de l'article 395 du CPC précise cependant que la nécessité de l'acceptation du défendeur est conditionnée au fait qu'il ait, préalablement au désistement d'instance du demandeur, présenté des demandes au fond ou soulevé des fins de non-recevoir. Cet article implique ainsi que les exceptions de procédure ne sont pas susceptibles d'empêcher le désistement du demandeur pour que celui-ci intente une nouvelle action. Une telle solution est particulièrement heureuse. Elle permettra au demandeur qui a pris conscience de l'existence d'une irrégularité affectant, par exemple, son assignation, de recommencer rapidement la procédure en question sans craindre l'épée de Damoclès que l'irrégularité suspend au dessus de son action. Le désistement d'instance pour incompetence postérieurement à l'introduction d'une autre instance devant le juge compétent a été jugé<sup>2</sup> comme faisant exception au principe selon lequel le désistement d'instance rend non avenue l'interruption de la prescription<sup>3</sup>. Une telle solution permet ainsi au demandeur, sous réserve de l'enchaînement particulier de la saisine de la juridiction compétente puis du désistement de l'instance initialement engagée, de régulariser son action spontanément sans en craindre la prescription.

---

<sup>1</sup> CA Lyon, 7 janv. 1957 ; *Gaz. Pal.* 1957, I, 370 ; *RTD civ.* 1958, p. 135, obs. P. Raynaud.

<sup>2</sup> Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 07-60468 ; *Bull. civ.* V, n° 158 ; *D.* 2008, p. 2153 ; *RTD civ.* 2008, p. 721, obs. R. Perrot ; selon la décision, « le désistement ne permet de regarder l'interruption de la prescription comme non avenue que lorsqu'il s'agit d'un désistement d'instance pur et simple ; (que) quand il est motivé par l'incompétence de la juridiction devant laquelle il est formulé et qu'il fait suite à la saisine d'une autre juridiction compétente pour connaître de la demande, le désistement maintient l'effet interruptif que l'article 2246 du code civil attache à la citation en justice ».

<sup>3</sup> Article 2243 du Code civil.

Une fois que le défendeur aura conclu au fond ou soulevé une cause d'irrecevabilité de l'action du demandeur, le désistement d'instance de ce dernier sera alors conditionné à l'acceptation de l'adversaire, et ce même si celui-ci se borne à se défendre sans émettre d'autres prétentions. La jurisprudence a, fort logiquement, ajouté aux cas dans lesquels le désistement doit être accepté par l'adversaire l'hypothèse dans laquelle l'adversaire a formé une demande reconventionnelle, une demande ou un appel incident. Une telle nécessité d'acceptation tombe si l'adversaire se désiste de sa demande reconventionnelle<sup>1</sup>. Une autre limite, propre au désistement d'instance en cause d'appel<sup>2</sup> ou en cassation<sup>3</sup> tient aux réserves ou autres conditions auxquelles pourrait le renonçant subordonner le désistement.

L'article 395 du CPC consacre le droit du défendeur à ce que le juge tranche un litige qui serait susceptible de ressurgir à l'avenir. Une limite est cependant posée à l'intérêt du défendeur de voir trancher le litige qu'il s'est, en quelque sorte, approprié par la présentation de défenses au fond ou de fins de non-recevoir. Cet intérêt doit en effet, en application de l'article 396 du CPC, être « légitime ». L'existence d'un tel intérêt légitime est appréciée souverainement par les juges du fond<sup>4</sup>. Que recouvre cette notion d'intérêt légitime à refuser à son adversaire le droit de se désister de l'instance ? Il semble plus aisé de répondre à cette question par une définition en contrepoint. Ainsi, n'est pas légitime le refus du mari d'accepter le désistement d'instance de son épouse afin de faire obstacle à une décision étrangère qui lui est défavorable<sup>5</sup>. Il en va de même lorsque la prétention dont le maintien est souhaité par l'adversaire du renonçant n'a en réalité pas d'objet sans la prétention du demandeur<sup>6</sup>. De manière logique, le défaut de fournir un tel motif est considéré comme son absence<sup>7</sup>, de même que le défaut de réponse à la demande de désistement ne constitue pas par hypothèse un motif légitime de refus<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 22 oct. 1981, n° 79-42489 ; *Bull. civ.* V, n° 817 ; *JCP* 1982, IV, 15.

<sup>2</sup> Article 401 du CPC.

<sup>3</sup> Article 1024 du CPC.

<sup>4</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 juill. 2008, n° 07-16130 ; *Bull. civ.* II, n° 163 ; *D. act.* 17 juillet 2008, obs. V. Egea ; *Dr. et proc.* 2008, p. 295.

<sup>5</sup> CA Paris, 19 févr. 1960 ; *Rev. crit. DIP* 1961, p. 182, note P. Lagarde ; *JCP* 1960, II, 11665, note P. Aymond.

<sup>6</sup> Ainsi la prétention tendant à maintenir une indivision en réponse à une demande de partage dont le demandeur souhaite se désister : Cass. 1<sup>e</sup> civ., 16 déc. 1986, n° 83-10501 ; *Bull. civ.* I, n° 303, p. 288 ; *Gaz. Pal.* 1987, I, pan. 60.

<sup>7</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 mai 1976, n° 75-12700 ; *Bull. civ.* II, n° 151, p. 118.

<sup>8</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 juill. 2008 *préc.*



\*  
\*   \*  
\*

### *Conclusion du Chapitre 1<sup>er</sup>*

628. ***La disposition de la procédure par la volonté individuelle.*** Les parties disposent individuellement d'un pouvoir certain d'impulsion sur le contentieux, dans son initiation, son orientation, sa cadence et son achèvement. La volonté unilatérale des parties est donc susceptible d'influencer de manière déterminante la gestion du litige soumis aux juridictions étatiques. Les choix de stratégie procédurale effectués par les parties à l'aube de l'instance peuvent se révéler décisifs pour la poursuite du contentieux. La volonté des parties peut déterminer la compétence mais également d'influer de manière essentielle sur le temps contentieux. Par le choix des procédures rapides par exemple, un plaideur sera en mesure d'obtenir une satisfaction « provisoire » très rapidement et se désintéresser du fond du litige. Le choix de la procédure peut également lui permettre de sécuriser les éléments centraux du contentieux tels que les éléments de preuve ou les biens sur lesquels il pourrait souhaiter faire valoir sa créance éventuelle. La volonté du défendeur est également susceptible d'influer sur le temps contentieux par des manœuvres procédurales confinant à la mauvaise foi. Si la jurisprudence et la loi se sont déjà appliquées à enrayer de telles pratiques, certaines subsistent et restent peu sanctionnées, ce qui incite à rechercher dans des principes nouveaux les moyens de lutter contre de telles diversions du contentieux. Le principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui pourrait utilement jouer le rôle correcteur nécessaire afin de fonder une sanction procédurale dissuasive.

629. ***Les limites à la disposition de la procédure par la volonté d'un seul.*** Le pouvoir d'impulsion reconnu aux parties en matière d'introduction et de circonscription du litige ne se traduit pas par un véritable pouvoir absolu conféré à la volonté des parties en matière d'extinction du contentieux. Ainsi, si le demandeur peut, par sa seule volonté, intenter une procédure afin de faire valoir ses droits, la procédure initiée est par la suite susceptible de lui échapper. Peut en effet entrer en ligne de compte l'intérêt que représente pour l'adversaire l'action ainsi mise en mouvement. Cet intérêt à voir tranchée une contestation et vidé un contentieux susceptible de ressurgir à une date ultérieure justifie que, dans certaines hypothèses, l'accord de l'autre partie soit nécessaire afin que le demandeur puisse valablement se retirer d'une procédure qu'il a initiée. La renonciation d'une partie à une instance ou à une action peut, en conséquence, être privée d'effet par la volonté de l'adversaire. Elle peut également l'être en raison de l'indisponibilité des droits concernés qui sont insusceptibles de renonciation. En ce cas, aucune autre échappatoire que la décision de justice ne permet au plaideur de mettre fin au contentieux.

La volonté unilatérale d'une des parties au litige apparaît, à l'issue de ces développements, bien plus restreinte. Ses effets peuvent néanmoins se révéler déterminants, s'agissant de gérer la compétence, le temps contentieux ou encore l'achèvement du litige. À cet égard, il peut à nouveau être constaté que si l'action est très réceptive à la volonté d'une partie dans la mesure où il s'agit d'un droit qui lui est propre et auquel elle peut, sous certaines réserves, renoncer, l'instance échappe au contraire bien plus volontiers à la volonté des parties, que celle-ci soit conjointe ou unilatérale. Les effets de la volonté des tiers sur l'instance, s'ils ne sauraient être négligés, apparaissent logiquement encore plus limités.

## Chapitre 2 - La volonté des tiers au litige

630. *Les tiers à l'origine de la procédure.* La volonté des parties à la procédure telle qu'initialement introduite n'est pas seule à pouvoir influencer sur son dénouement. Le lien d'instance instauré entre les plaideurs par le procès est susceptible d'être étendu à certains tiers en cours de procédure, que ce soit par leur propre volonté ou par celle d'une des parties originaires, le tiers étant défini comme n'étant ni un acteur principal de la procédure, ni représenté dans cette même procédure par une partie. Si la qualité de partie ne semble faire que peu débat, les limites de la représentation suscitent dans certaines circonstances des hésitations et fondent des solutions originales<sup>1</sup>. La force qu'est susceptible de présenter la volonté des tiers, entendus ici comme tiers à l'origine de la procédure dès lors que leur statut est susceptible d'évoluer par la suite, diffère cependant selon qu'elle a vocation à s'épanouir devant les juridictions étatiques (Section 1<sup>ère</sup>) ou devant les juridictions arbitrales (Section 2).

### Section 1<sup>ère</sup> La puissance de la volonté des tiers dans les procédures judiciaires

631. *La raison de la reconnaissance de la volonté des tiers : l'opposabilité des décisions de justice.* L'influence d'un procès sur les droits et obligations des tiers est généralement considérée comme inexistante dans la mesure où prévaut la règle de la relativité de l'autorité de la chose jugée, posée par l'article 1351 du CPC. Cet article dispose que l'autorité de la chose jugée ne vaut qu'entre les mêmes parties ayant la même qualité, ce qui implique que les effets du jugement sont en théorie limités aux seules parties. Les droits des tiers ne sont donc pas, en principe, directement affectés par la décision rendue à la suite d'un procès auquel ils n'ont pas participé.

La modification de la situation juridique entre les parties est néanmoins opposable à tous, la décision de justice ayant force de vérité légale. Les droits des tiers peuvent ainsi être affectés, par ricochet, par la situation consacrée par un contrat ou par une décision de justice<sup>2</sup>. En ce sens, « il est artificiel de penser que l'on peut isoler les individus, limiter à deux personnes les conséquences d'un contrat ou d'un jugement. Tout fait juridique, tout acte juridique, même quand il ne concerne apparemment qu'une ou deux personnes, est susceptible d'un plus grand rayonnement. La relativité de la chose jugée, comme celle des contrats, tente de limiter les conséquences de la solidarité naturelle qui relie entre eux les sujets de droit ; elle ne saurait empêcher que tout jugement, tout contrat, par le fait même qu'il existe, prenne place dans le réseau complexe et continu des relations sociales et doive être respecté de chacun »<sup>3</sup>.

Une décision de justice rendue entre les parties à un litige peut ainsi intéresser des tiers à la procédure d'origine. L'opposabilité de la décision aux tiers peut à elle seule entraîner des conséquences importantes sur la situation de ces derniers. Les tiers peuvent ainsi parfois avoir intérêt à intervenir à l'instance afin de préserver leurs droits. Dans d'autres hypothèses, les tiers se voient parfois contraints d'intervenir à l'instance en raison d'une mise en cause par une des parties au lien d'instance originel. Il semble ainsi impossible d'ignorer la volonté des tiers dans

<sup>1</sup> V. *infra* n° 642.

<sup>2</sup> V. *not.* sur le sujet L. Boyer : « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *RTD civ.* 1951, p. 163.

<sup>3</sup> S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand : *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*. Dalloz, 32<sup>e</sup> éd., 2014, n° 1270.

la gestion des conflits, que ce soit du point de vue des parties qui pourraient craindre l'ingérence des tiers en cours ou postérieurement à la procédure ou du point de vue des tiers qui ne sauraient rester parfaitement étrangers à une procédure susceptible d'affecter leur propre situation juridique. On constate ainsi que « l'acte de volonté d'où procède la qualité de partie ne se manifeste pas exclusivement au début de l'instance, qu'il introduit ; il peut aussi se manifester en cours d'instance »<sup>1</sup>. Lorsque le tiers a une position à faire valoir, la faculté lui est offerte par la loi d'intervenir volontairement à l'instance afin d'appuyer les prétentions d'une des parties ou de faire valoir ses propres prétentions. Sa manifestation de volonté aura pour effet, sous certaines conditions, d'étendre le lien d'instance à son profit afin qu'il puisse y trouver sa place.

632. **Le ministère public, tiers privilégié.** Les liens entre tiers et procès des parties originelles apparaissent donc bien plus complexes que ne voudrait laisser l'entendre le principe de la relativité de la chose jugée. Certaines procédures concernant des personnes privées sont d'ailleurs susceptibles d'affecter la société dans son ensemble. De ce fait, un tiers privilégié, le ministère public, chargé de défendre l'intérêt général, apparaît dans certaines procédures comme constituant une partie nécessaire à l'action en justice. Il en va par exemple ainsi en matière de nationalité<sup>2</sup>. Le ministère public est également susceptible de s'imposer comme partie jointe « lorsqu'il intervient pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans une affaire dont il a communication »<sup>3</sup>. Son champ d'action couvre les procédures susceptibles de mettre en jeu les intérêts de la société toute entière. Le ministère public étant un tiers privilégié, les hypothèses ainsi que les spécificités de son intervention<sup>4</sup> ne seront pas envisagées en détail dans les développements à suivre qui se focaliseront sur la volonté des tiers « ordinaires » et ses relations avec les procédures auxquelles ceux-ci sont susceptibles de participer, volontairement ou sous la contrainte.

La volonté du tiers n'est en effet pas nécessairement à l'origine de son attraction à la procédure. L'intervention forcée des tiers à la demande d'une des parties ne sera pas envisagée en détail dans les développements qui suivent car le tiers est alors contraint à participer à la procédure en qualité de défendeur et ne fait pas particulièrement usage de sa volonté propre dans le processus, pas plus du moins qu'un quelconque défendeur. Il est cependant deux hypothèses particulières dans lesquelles la volonté des tiers pourrait attirer l'attention dans le cadre de cette étude dans la mesure où cette volonté est susceptible de subir une contrainte particulière, emportant des questionnements relativement à certains principes fondamentaux du procès. Seront ainsi envisagés les manifestations volontaires de tiers à l'instance (§1<sup>er</sup>), puis les questionnements relatifs à la légitimité de la contrainte exercée sur la volonté de certains tiers attirés devant le juge dans des circonstances particulières (§2).

### §1<sup>er</sup> L'incidence de la volonté des tiers

633. **La nature de l'intervention du tiers.** La volonté des tiers à l'instance originelle peut être distinguée selon le but qu'elle poursuit. L'implication volontaire du tiers peut en effet avoir

<sup>1</sup> L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp.* n° 208, p. 718.

<sup>2</sup> Selon l'article 29-3 du Code civil.

<sup>3</sup> Article 424 CPC.

<sup>4</sup> Par exemple concernant l'absence d'obligation pour le ministère public de communiquer ses conclusions écrites aux parties avant l'audience : v. Cass. com., 30 oct. 2007, n° 05-20363, non-publiée ; *Procédures* 2007, n° 277, obs. R. Perrot ; sur la question, v. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010, *sp.* n° 212, p. 728.

pour objet de faire valoir ses propres prétentions relativement à une procédure par laquelle il est directement intéressé (A). Le tiers peut également se contenter d'intervenir au soutien de la prétention d'une des parties (B).

#### A. La volonté d'un tiers de s'immiscer dans le litige des parties

634. **En amont ou en aval de la décision.** Le tiers dont les intérêts sont susceptibles d'être affectés par un litige auquel il n'est, à l'origine, pas partie, dispose de deux options lui permettant de s'assurer du respect de ses propres droits dans la procédure en question. La première lui permet d'intervenir en amont à l'instance afin de faire valoir ses propres prétentions (1°). La seconde, sorte de pendant à l'action du tiers en amont de la décision, lui donne la faculté, par une « attaque différée »<sup>1</sup>, de remettre en cause une décision préalablement rendue lors d'un litige auquel il n'était pas partie afin de faire valoir ses droits (2°).

##### 1° La volonté du tiers lors de l'instance originelle

635. **Les conditions à l'intervention d'un tiers personnellement intéressé.** L'intervention volontaire principale d'un tiers au sein d'un litige qui ne le concerne pas dans sa forme originelle peut sembler une institution étrange qui « complique le procès en cours, étendant les limites du litige, y introduisant des données nouvelles et retardant la marche de la procédure »<sup>2</sup>. Il s'agit en effet de lui permettre de s'immiscer dans un procès qui n'est pas encore le sien afin de faire valoir ses propres intérêts. Son intervention aura pour effet d'éviter la multiplication des instances susceptibles de graviter autour d'un même noyau contentieux, en devenant lui-même partie au litige.

Afin de ne pas permettre la déviation déraisonnable de l'instance originellement intentée par les plaideurs, des conditions à une telle intervention « agressive » d'un tiers ont été posées. La nécessaire restriction de cette immixtion de tiers dans une procédure qui, à l'origine, ne le concerne pas est ainsi opérée par la notion de « lien suffisant » qui apparaît dans l'article 325 du CPC. Cette disposition précise que « l'intervention n'est recevable que si elle se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant ». L'existence de ce lien, souverainement apprécié par les juges du fond<sup>3</sup>, est susceptible de modifier radicalement la physionomie originelle du litige, constituant la condition de l'exception au principe de l'immutabilité du litige puisque le tiers intervenant émet de nouvelles prétentions étendant les limites de celui-ci. En greffant sa propre prétention à celles des parties originelles, le tiers repousse les frontières du litige initial. Pour ce faire il doit donc disposer du droit d'agir en tant que véritable partie.

636. **Intervention principale et clause attributive de juridiction.** L'intervention principale du tiers constitue pour lui une opportunité de contourner les règles relatives à la compétence matérielle d'une juridiction. Il est en effet admis que, dès lors que la compétence dont relèverait la demande du tiers en l'absence de rattachement à l'action déjà engagée ne ressort pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction, la greffe sur une action intentée devant le tribunal de grande instance serait possible.

<sup>1</sup> S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand : *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*. Dalloz, 32<sup>e</sup> éd., 2014, n° 1270.

<sup>2</sup> G. Wiederkehr : V° Intervention in *Rep. Proc. Civ.*, n°6.

<sup>3</sup> Cass. Ch. Mixte, 9 nov. 2007, n° 06-19508 ; *Bull. ch. Mixte* n°10 ; « l'appréciation de l'intérêt à agir de l'intervenant volontaire et du lien suffisant qui doit exister entre ses demandes et les prétentions originaires relève du pouvoir souverain des juges du fond ».

En présence d'une clause attributive de compétence territoriale cependant, la question semble plus délicate. Une telle clause conclue entre le tiers et une des parties au litige pourrait-elle empêcher un tiers d'intervenir à une instance alors qu'il peut se prévaloir d'un lien suffisant avec le contentieux en cours ? Il a été suggéré qu'une telle opposition à la dérogation à un choix de compétence pourrait être contestée par l'abus de droit<sup>1</sup>. Il semble qu'il faille s'attacher à la finalité de la clause attributive de juridiction pour déterminer si son invocation est susceptible de dégénérer en comportement digne de sanction. Des considérations tenant à la proximité géographique, à l'avantage ou au désavantage pour l'adversaire que pourrait présenter en pratique telle juridiction par rapport à telle autre mais également relativement à une tendance jurisprudentielle dégagée dans une juridiction donnée semblent pouvoir rentrer en ligne de compte lors du choix d'une attribution de compétence. Une clause attributive de compétence territoriale pourrait-elle être invoquée, non pour ces raisons, mais aux seules fins de rendre un contentieux artificiellement divisible ? Même si la fragmentation artificielle de contentieux liés ne semble pas souhaitable, les nombreux paramètres pouvant intervenir dans le choix d'une juridiction ne semblent pas permettre de trancher clairement dans le sens d'un abus de droit et de sanctionner l'opposition d'une clause attributive à un tiers par un des litigants. La volonté contractuelle ne saurait être privée de son pouvoir sans raison réellement impérieuse.

637. *Volonté des parties et objectif de concentration du contentieux.* Des arguments militent cependant en faveur de l'admission d'une telle intervention nonobstant l'existence d'une clause attributive de compétence territoriale. D'une part, en effet, la concentration du contentieux peut permettre d'opérer un règlement plus complet de la question litigieuse et éviter la multiplication néfaste des instances. D'autre part, si une exception à la puissance de la volonté des contractants peut être admise dans le cadre de l'intervention forcée de l'un d'entre eux en qualité de tiers à une procédure, pourquoi ne le pourrait-elle pas lorsque celui-ci dispose d'un intérêt à faire valoir en raison de la connexité des conflits ? Certes, admettre une telle faculté de déroger aux stipulations contractuelles tend à amoindrir la force de la volonté conjointe des contractants et permet à l'un d'entre eux de faire fi de son engagement, voire de profiter d'une procédure intentée par un autre dans le but d'y échapper. Une telle entorse n'est-elle pas cependant justifiée par les objectifs d'une justice efficace, embrassant une situation contentieuse dans son ensemble ?

L'intervention semble de manière générale jouir d'une certaine faveur du législateur, qui prévoit notamment que devant le TGI elle puisse avoir lieu y compris après l'ordonnance de clôture<sup>2</sup>, c'est à dire une fois que les parties originelles ont fait le tour des questions litigieuses. L'intervention serait donc susceptible de retarder considérablement le déroulement de la procédure originelle, ce qui ne serait pas acceptable. L'article 326 du CPC prévoit ainsi que si « l'intervention risque de retarder à l'excès le jugement sur le tout, le juge statue d'abord sur la cause principale, sauf à statuer ensuite sur l'intervention ». Ce texte incite à penser que si le retard reste raisonnable, l'affaire sera jugée dans son ensemble mais que les instances pourraient être disjointes en cas d'excès. En l'absence de retard excessif, le déroulement du procès sera pourtant nécessairement retardé en conséquence de l'intervention volontaire du tiers. Ce retard raisonnable semble justifié par les mêmes objectifs que ceux qui pourraient être invoqués au soutien d'une dérogation à la clause attributive de compétence territoriale.

---

<sup>1</sup> G. Wiederkehr, V° Intervention, in *Rep. Proc. Civ.*, n° 28.

<sup>2</sup> Article 783 du CPC.

638. **Intervention volontaire et double degré de juridiction.** La loi prévoit que l'intervention principale peut être formée en première instance et en appel<sup>1</sup>, mais pas en cassation<sup>2</sup>. Cela permet au tiers de choisir le moment le plus approprié pour son intervention. Celui-ci pourrait ainsi avoir intérêt à intervenir dans une procédure déjà bien engagée en faveur de ses intérêts. Cette faculté d'intervention lui permet en conséquence de venir se greffer en appel contre une décision de première instance qu'il peut estimer plus ou moins favorable à ses propres prétentions. Ce faisant, le tiers intervenant peut en quelque sorte sauter un degré de juridiction au détriment de celui qui deviendra son adversaire lors de la procédure en appel. Cette faculté ne semble pas problématique dès lors qu'une telle impasse est issue de son propre consentement. Les réserves tenant au double degré de juridiction qui peuvent être formulées au sujet de l'intervention forcée en cause d'appel ne semblent, de prime abord, pas trouver à s'appliquer dans une telle hypothèse.

Pourtant, l'effet privatif de double degré de juridiction n'est-il alors pas subi de manière identique par la partie à l'encontre de laquelle le tiers intervenant en cause d'appel formule ses prétentions ? En effet, c'est dans ce cas l'une des parties originelles qui se voit privée du bénéfice du double degré de juridiction relativement aux prétentions issues de l'intervention. Les interrogations suscitées par l'intervention forcée en cause d'appel semblent pouvoir être étendues au sujet de la partie au détriment de laquelle est formulée une intervention principale volontaire en cause d'appel. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence décidait que l'intervention principale agressive n'était pas recevable dès lors que les condamnations personnelles demandées par l'intervenant n'avaient « pas subi l'épreuve du premier degré de juridiction »<sup>3</sup>. Dans le même ordre d'idée, l'intervention principale en cause d'appel n'était considérée recevable qu'en raison de l'évolution du litige<sup>4</sup>, dans le but de préserver les intérêts de la partie à l'encontre de laquelle une telle prétention est dirigée, en lui assurant le bénéfice du respect du double degré de juridiction. Le litige principal restait ainsi préservé par les limites établies par les parties en première instance, l'intervention du tiers en cause d'appel ne pouvant pas faire évoluer le périmètre de celui-ci.

639. **L'évolution jurisprudentielle.** La jurisprudence semble avoir amorcé une évolution à pas feutrés en la matière. Des décisions plus récentes ont, en effet, exclu la condition de l'évolution du litige<sup>5</sup> posée auparavant pour une intervention en cause d'appel, sans distinction du caractère principal ou accessoire de l'intervention. Une intervention principale en cause d'appel, formulant par hypothèse une demande nouvelle, serait donc possible<sup>6</sup> même en l'absence d'évolution du litige, permettant ainsi à l'intervenant de priver la ou les parties

---

<sup>1</sup> Article 327, alinéa 1<sup>er</sup>.

<sup>2</sup> L'alinéa 2 de l'article 327 du CPC réserve en effet cette faculté aux interventions portées au soutien de la prétention d'une des parties.

<sup>3</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 2 juin 1981, *RTD civ.* 1981, p. 907, obs. R. Perrot.

<sup>4</sup> « Si en principe un tiers ne peut intervenir pour la première fois en cause d'appel pour demander la condamnation personnelle de l'un des parties à l'instance, il en va autrement quand l'évolution du litige fonde cette intervention » : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 11 janv. 1983, n° 80-14950 ; *Bull. civ.* I, n°13 ; *Gaz. Pal.* 1983. 1. Pan. 138, obs. crit. S. Guinchard ; *RTD civ.* 1983, p. 392, obs. R. Perrot.

<sup>5</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 janv. 2004, n° 02-10745 ; *Bull. civ.* II, n° 6, p. 4 ; *Procédures* avr. 2004, n° 72, obs. R. Perrot ; *RTD civ.* 2004, p. 350, obs. R. Perrot ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 février 2011, 09-72821, non publiée.

<sup>6</sup> Le professeur Georges Wiederkehr (V<sup>o</sup> Intervention, *in Rep. Proc. Civ.*, n° 105) interprète également une décision non publiée en un sens écartant l'interdiction des prétentions nouvelles en cause d'appel en cas d'intervention (Cass 3<sup>e</sup> civ., 9 nov. 2005, n°04-14046, non publiée). Il nous semble cependant que l'attendu de la décision soit particulièrement imprécis et ne permette pas nécessairement de l'interpréter ainsi, l'auteur émettant par ailleurs des réserves quant à l'absence de portée que la Cour de cassation a souhaité donner à la décision.

originelles du bénéficiaire du double degré de juridiction dès lors cependant que le lien entre ses prétentions propres et celles des parties originelles est suffisant. La condition de l'évolution du litige ne semble pas nécessairement devoir s'imposer à qui n'est pas dès l'origine à l'initiative de la procédure : le tiers intervenant en cause d'appel n'aurait en effet pas le choix de concentrer ses demandes et de choisir d'étendre, dès l'origine, le cercle des personnes éventuellement impliquées.

Ainsi, « le développement des devoirs procéduraux du plaideur conduit à éviter les initiatives à retardement de celui qui avait déjà tout loisir d'attirer en justice des personnes ou d'exprimer des prétentions dès la première instance. On comprend que ces considérations disciplinaires ne puissent valoir pour l'intervenant volontaire, par hypothèse extérieur jusqu'alors au procès, quitte à ce que cela l'affranchisse, au préjudice de ses adversaires, des contraintes du double degré de juridiction »<sup>1</sup>. Cette reconnaissance de l'existence d'un choix délibéré lors de l'introduction de l'action pour les parties originaires, choix dont ne dispose pas l'intervenant principal, pourrait justifier une admission plus large de l'intervention des tiers en cause d'appel. La dérogation au double degré de juridiction serait ainsi appréciée différemment en fonction de l'existence ou de l'absence d'un tel choix de concentration du contentieux dès son origine. L'absence de mise en cause du tiers dès la procédure initiale résultant de la volonté du plaideur originel, l'intervention forcée d'un tiers continuerait ainsi d'être admise de manière plus restrictive, uniquement en cas d'évolution du litige.

640. **L'évolution du lien d'instance en raison de l'intervention.** L'autonomie de la demande du tiers intervenant, qui devient une vraie partie au litige, emporte plusieurs conséquences relativement au lien d'instance à tel point que celui-ci pourrait, en certaines circonstances, se trouver radicalement modifié. Le tiers, par son intervention, devient en effet partie au litige sur un pied d'égalité avec les parties originelles et son action est nettement indépendante de celle des parties originelles. Cette qualité de partie peut notamment avoir une réelle incidence sur les effets de la volonté unilatérale d'une partie. Ainsi, en cas de désistement d'instance du demandeur originaire, l'instance se poursuivra entre le défendeur et l'intervenant<sup>2</sup>. Il en sera de même si est prononcée la nullité ou l'irrecevabilité de la demande du demandeur originel<sup>3</sup>, sous réserve toutefois que les délais pour agir du tiers ne soient pas expirés<sup>4</sup> et que l'intervention se greffe à l'origine sur une instance initiale existante<sup>5</sup>. Un nouveau lien d'instance est ainsi créé indépendamment de l'action initiale, le tiers s'appropriant dès lors, en quelque sorte par sa seule volonté, une action qu'il n'a pas, à l'origine, initiée.

---

<sup>1</sup> Y.-M. Serinet, note sous Cass. ch. mixte, 9 nov. 2007, n° 06-19508, *JCP* 2008, II, 10070.

<sup>2</sup> Cass. com., 14 mai 1991, n° 89-16696 ; *Bull. civ.* IV, n° 160, p. 115 ; Cass. com., 21 oct. 1975, n° 74-11667 ; *Bull. civ.* IV, n° 237, p. 195 ; Cass. soc., 25 oct. 1961, *Bull. civ.* IV, n° 894 ; *D.* 1962, p. 3, note J.-M. Verdier ; *RTD civ.* 1962, p. 185, obs. P. Raynaud.

<sup>3</sup> Cass. 2° civ., 13 juill. 2006, n° 05-16579 ; *Bull. civ.* II, n° 213, p. 202 ; Cass. com., 27 mai 2003, n°99-18472, non-publiée ; Cass. 3° civ., 21 févr. 1990, n° 88-13188 ; *Bull. civ.* III, n° 61, p. 33 ; *D.* 1990, IR p. 71 ; Cass. 3° civ., 14 juin 1972, n° 71-11637 ; *Bull. civ.* III, n° 400, p. 292 ; Cass. 1° civ., 20 mai 1969 ; *Bull. civ.* I, n° 195 ; *JCP* 1969, II, 15982, note R. L. ; Cass. 1° civ., 20 déc. 1965 ; *Bull. civ.* I, n° 719 ; *D.* 1966. Somm. 68 ; Cass. 3° civ., 26 janv. 1965, n° 61-12921 ; *Bull. civ.* I, n° 79 ; *D.* 1965, p. 212, note R. Lindon ; *Gaz. Pal.* 1965, I, 238 ; *RTD civ.* 1965, p. 426, obs. P. Raynaud.

<sup>4</sup> Cass. com., 21 oct. 1975, n° 74-11667 ; *Bull. civ.* IV, n° 237, p. 195.

<sup>5</sup> Cass. 2° civ., 6 mai 2004, n° 02-14070 ; *Bull. civ.* II, n° 215, p. 182 ; *D.* 2004, p. 2347 et les obs. ; *JCP* 2004, IV, 2296 ; *RTD civ.* 2004, p. 552, obs. R. Perrot.

641. **La volonté du tiers intervenant a posteriori.** En l'absence d'intervention volontaire, principale ou accessoire, le sort des tiers en est-il jeté une fois la décision susceptible d'affecter ses intérêts rendue ? La réponse est évidemment négative et semble entraîner chez les praticiens du droit un véritable dilemme de tactique dès lors qu'ils ont connaissance de la procédure entre les parties originaires : agir de manière préventive en intervention ou se contenter de contester, le cas échéant, par la voie de la tierce opposition, la décision rendue à la suite de la procédure dans le cas où elle se révélerait finalement défavorable aux intérêts de son client. Dans d'autres cas, point de dilemme : le tiers n'a tout simplement pas eu connaissance de la procédure et n'a ainsi pas eu d'occasion d'y intervenir. Or, il serait dans ce cas inadmissible que les droits des tiers puissent être affectés par une décision sans même qu'ils n'aient eu connaissance de l'existence celle-ci. C'est la raison pour laquelle ces tiers disposent d'un recours extraordinaire, sorte de pendant de l'intervention volontaire<sup>1</sup> postérieurement à la procédure, la tierce opposition, « ouverte à tous les tiers quand ils sont lésés ou même simplement menacés d'un préjudice par l'effet d'un jugement auquel ils sont restés étrangers »<sup>2</sup>. L'intérêt à former une tierce opposition découle du préjudice subi par le tiers du fait de la décision en question. L'existence du préjudice et donc de l'intérêt à agir est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>3</sup>.

642. **Tiers et représentation.** Le tiers, par définition, ne doit avoir été ni partie ni représenté à la procédure dont il tente de remettre en cause la décision à son égard. Cette condition est cependant écartée pour les créanciers et les ayants-droits d'une partie qui, même représentés, ont la faculté de former une tierce opposition, selon l'alinéa 2 de l'article 583 du CPC, dès lors qu'ils « invoquent des moyens qui leur sont propres ». Par moyen propre, il est classiquement entendu « un moyen personnel à l'intéressé, que lui seul peut faire valoir, ce qui explique que ne pouvant être représenté pour sa mise en œuvre, il puisse accéder à la tierce-opposition »<sup>4</sup>. On peut cependant se demander s'il n'est pas antinomique de prétendre que ces tiers ont été représentés dans la procédure initiale et d'admettre, dans l'alinéa 2, que ces mêmes personnes représentées sont susceptibles de disposer de moyens propres à faire valoir. Dans ce cas, n'est-ce pas, plutôt qu'une exception au principe de la représentation, une absence de représentation qui fonde l'exception ? Dès lors, cette dérogation en cas de représentation partielle ne devrait-elle pas être étendue à toutes les hypothèses de représentation, et non limitée aux seuls créanciers et ayant-droits ? Il semble en effet que la condition du moyen propre soit seule

---

<sup>1</sup> Le tiers formant la tierce opposition ne peut en effet tenter de remettre en cause que les points critiqués, dans la mesure de ce qui aurait le cas échéant été admis dans le cadre d'une intervention. En ce sens, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a décidé que « si, sur tierce opposition, le juge doit statuer à nouveau en fait et en droit, l'effet dévolutif de cette voie de rétractation est limité à la remise en question relativement à son auteur des points jugés qu'elle critique et ne l'autorise à invoquer que les moyens qu'il aurait pu présenter s'il était intervenu à l'instance avant que la décision ne fût rendue » (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 janv. 1999, n° 95-21197 ; *Bull. civ.* II, n° 5, p. 4 ; *RGDP* 1999/4, 630, obs. G. Wiederkehr ; Cass. 1<sup>e</sup> civ., 25 juin 2008, n° 07-16581, non-publiée ; *RTD civ.* 2008, p. 555, obs. R. Perrot.

<sup>2</sup> S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand : *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*. Dalloz, 32<sup>e</sup> éd., 2014, n°1269.

<sup>3</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 mai 1990, n° 88-16854 ; *Bull. civ.* II, n° 91, p. 48 : « l'appréciation de l'existence de préjudice en matière de tierce opposition et de l'intérêt du demandeur à exercer cette voie de recours relève du pouvoir souverain des juges du fond ».

<sup>4</sup> J. Junillon : « Tierce opposition » in *Droit et pratique de la procédure civile*. S. Guinchard (dir.), Dalloz action, 2012/2013, *sp.* n° 551.121, p. 1427.



réellement pertinente afin de délimiter le cercle des personnes qui devraient être recevables à former une tierce opposition.

Deux types de tierce-opposition peuvent être distingués selon qu'il s'agit pour le tiers de critiquer la décision de manière indépendante ou bien de la remettre en cause dans le cadre d'une procédure liée à cette décision. Le premier type, la tierce-opposition principale, « formée à titre agressif en dehors de toute procédure par une partie qui entend contester une décision rendue hors de sa présence »<sup>1</sup> ne nécessite aucun support pour se déployer. Le second type de tierce opposition a une visée défensive : dans le cadre d'une autre procédure, la tierce opposition incidente a pour but d'interdire à une partie de se prévaloir de la décision qui porte préjudice au tiers originel. Dans les deux cas cependant, l'ambition du tiers est d'éviter que la décision ne porte préjudice à ses intérêts, ce qui peut être réalisé soit par la rétractation ou par la réformation de la décision en question.

643. ***L'inopposabilité ou la modification restreinte de la situation.*** En cas de succès de la procédure de tierce opposition, le tiers à la procédure originelle ne pourra ainsi pas se voir opposer la situation consacrée à l'origine par la décision objet du recours. Dès lors, seuls les « chefs préjudiciables au tiers opposant »<sup>2</sup> sont écartés et ce, uniquement par rapport au tiers à l'origine de la tierce opposition. L'article 591 du CPC précise ainsi que « le jugement primitif conserve ses effets entre les parties, même sur les chefs annulés ». Les conséquences de la remise en cause de la décision sont ainsi limitées, que ce soit pour les « autres » tiers ou pour les parties. La solution de la seule inopposabilité, par opposition à la remise en cause de l'ensemble de la décision, apparaît raisonnable compte tenu des délais particulièrement longs<sup>3</sup> pour exercer ce recours, sauf lorsque la décision en question a été notifiée au tiers. Il semble en effet impératif de ne bousculer l'ordre juridique déjà établi de longue date par la décision que dans la seule limite nécessaire à la sauvegarde des intérêts du tiers, sauf à engendrer un effet domino désastreux. Les situations juridiques consolidées par le temps qui n'attendent pas aux intérêts du tiers consacrés par la décision accueillant la tierce opposition ne doivent ainsi pas être affectées par ce recours qui, en définitive, ne concerne que le tiers. Il est cependant des situations dans lesquelles la seule inopposabilité « laisse parfois un goût d'amertume »<sup>4</sup>.

644. ***La situation de la partie « pivot ».*** S'il est nécessaire d'assurer la stabilité de la situation juridique créée par la décision objet de la tierce opposition, le résultat bicéphale auquel aboutit la décision accueillant la tierce opposition peut néanmoins sembler dérangent. La partie qui joue en quelque sorte le rôle de pivot se retrouve dans une position inconfortable. D'une part, elle est liée par le jugement originel envers son adversaire dans la procédure initiale, et se retrouve, d'autre part, dans une situation inverse dans ses rapports avec le tiers opposant. Le résultat semble alors insatisfaisant puisque s'en dégage la relativité des droits de cette partie pivot : comment expliquer une telle position envers l'un et la position contraire envers l'autre ? On peut en effet dans cette situation se demander si la tierce opposition n'est pas susceptible de

---

<sup>1</sup> J. Junillon : « Tierce opposition » in *Droit et pratique de la procédure civile*. S. Guinchard (dir.), Dalloz action, 2012/2013, sp. n° 551.141, p. 1428.

<sup>2</sup> Article 591 CPC.

<sup>3</sup> Le délai posé par l'article 586 CPC, de 30 ans, pour former tierce opposition principale apparaît en effet particulièrement long, surtout depuis que les délais de prescription ont été raccourcis, mais par ailleurs nécessaire dans la mesure où le tiers désireux de former la tierce opposition n'a pas nécessairement connaissance de la décision en question.

<sup>4</sup> J. Junillon : « Tierce opposition » in *Droit et pratique de la procédure civile*. S. Guinchard (dir.), Dalloz action, 2012/2013, sp. n° 551.271, p. 1434.

créer des situations d'injustice pour cette partie pivot qui, si le tiers était intervenu à l'instance, aurait obtenu une décision cohérente tant à son propre égard que relativement aux droits du tiers opposant. En effet, « la simple inopposabilité (...) est plus choquante si la solution rendue sur tierce-opposition l'aurait été également à l'instance d'origine, à raison des arguments plus solides avancés ou des pièces pertinentes produites. Il reste alors un sentiment d'une décision inadéquate ou injuste, du moins dans l'un des cas, même si le principe d'autorité de la chose jugée s'oppose à la remise en question de décisions définitives »<sup>1</sup>. La volonté du tiers manifestée dans la tierce opposition pourrait donc modifier la situation juridique de la partie pivot, pourtant créée ou consolidée par une décision de justice. Plus radicalement encore, cette volonté est susceptible d'entraîner l'anéantissement de la situation juridique entre les parties originelles. Cette remise en cause sera particulièrement lourde de conséquences lorsque la situation était, depuis longtemps, figée par la décision originelle.

645. **La nécessaire cohérence en cas d'indivisibilité.** La position inconfortable de la partie pivot se transforme radicalement en position intenable lorsque les décisions se révèlent inconciliables, ne pouvant être toutes les deux exécutées. Le litige étant indivisible, la scission artificielle opérée par l'inopposabilité de la décision ne serait pas envisageable. Il en va ainsi par exemple lorsque la propriété d'un bien attribuée par la première décision est contestée avec succès par la voie de la tierce opposition<sup>2</sup>. En ce cas la procédure de tierce opposition doit nécessairement mettre aux prises toutes les parties concernées par la décision à intervenir, laquelle primera alors sur la décision antérieure rendue entre les deux seules parties originelles. La remise à plat de l'ensemble de la situation et le re-jugement, dans son ensemble, du litige en question, restaure la cohérence d'ensemble de la situation des parties. En ce dernier cas, la volonté du tiers fait preuve d'une puissance toute particulière puisqu'elle est à l'origine de l'anéantissement d'une situation juridique établie judiciairement et aboutit à la création d'une situation juridique nouvelle, incompatible avec celle qui avait été antérieurement consacrée par le juge. La volonté du tiers opposant, pour défendre ses intérêts, est donc particulièrement rigoureuse dans ses effets et est susceptible d'avoir un impact déterminant sur le litige des parties originelles.

La volonté du tiers n'a cependant pas nécessairement pour ambition de faire valoir un droit qui lui est propre. Elle peut également s'exercer dans le seul but de venir appuyer la prétention d'une des parties.

## B. Les lumières ou le soutien d'un tiers

646. **Le caractère intéressé de l'intervention du tiers.** Le tiers à la procédure originelle peut, par sa volonté, souhaiter apporter ses lumières ou son soutien à une partie au procès. Deux modalités semblent alors à la disposition du tiers en fonction du but recherché. S'il s'agit pour lui de préserver ses intérêts en se joignant à la partie à laquelle il est lié, le tiers soutiendra la prétention de cette partie par une intervention accessoire volontaire (1°) à celle de ladite partie. S'il s'agit en revanche pour lui d'éclairer le débat sans intervenir à l'instance, le tiers assumera alors la qualité d'« ami de la cour » (2°).

---

<sup>1</sup> J. Junillon : « Tierce opposition » in *Droit et pratique de la procédure civile*. S. Guinchard (dir.), Dalloz action, 2012/2013, sp. n° 551.271, p. 1434.

<sup>2</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 nov. 1970, n° 69-12332 ; *Bull. civ.* III, n°595.

## 1° L'intervention accessoire volontaire

647. **Un soutien à une partie en vue de préserver ses propres intérêts.** Également appelée « intervention conservatoire », l'intervention volontaire accessoire permet à un tiers, le plus souvent une personne morale<sup>1</sup>, de soutenir, dans son propre intérêt, la position d'une des parties originelles au litige. L'intervenant accessoire est une simple partie jointe, ni « vraie partie », ni « vrai tiers au procès »<sup>2</sup>. Le périmètre du litige reste en ces circonstances rigoureusement identique à celui défini par les prétentions des parties puisque ce « tiers amélioré » n'élève pas de prétention distincte de celles déjà soumises par les parties. Cela justifie donc que les conditions relatives à l'exercice d'une telle intervention soient assouplies, notamment concernant l'intérêt à agir du tiers.

648. **L'assouplissement des conditions relatives à l'intérêt.** À la différence de l'intervention principale, l'intervention accessoire ne nécessite en effet pas un intérêt à agir aussi rigoureusement entendu. Ne faisant qu'appuyer la position d'une partie, le tiers intervenant de manière accessoire peut, selon l'alinéa 2 de l'article 330 du CPC<sup>3</sup>, se contenter d'un intérêt à soutenir la prétention de la partie en faveur de laquelle il intervient pour la conservation de ses droits. La jurisprudence semble en effet désormais consacrer cette nécessité d'un intérêt en quelque sorte « dégradé » pour que l'intervention accessoire soit considérée comme recevable<sup>4</sup>, ce qui amène à admettre assez largement la recevabilité des interventions accessoires. En ce sens par exemple, l'intérêt de l'intervenant accessoire peut n'être qu'indirect<sup>5</sup> contrairement à celui exigé d'un véritable intérêt à agir.

Cette distance par rapport au litige des parties originelles permet au tiers de conserver une grande liberté en matière de procédure. L'article 330 du CPC, dans son alinéa 3, indique en effet que l'intervenant accessoire volontaire peut se retirer à sa guise de la procédure, puisque son désistement n'a pas besoin d'être accepté. Il semble s'inviter à la procédure et ne jouer qu'un simple rôle d'appui. Il ne peut en effet porter de prétentions propres, mais seulement invoquer des moyens nouveaux au soutien des prétentions de la partie en faveur de laquelle il intervient ou encore demander de nouvelles mesures d'instruction<sup>6</sup>. Il ne peut par ailleurs pas, du seul fait de son intervention accessoire, être condamné dans le cadre de son intervention<sup>7</sup> et celle-ci sera entièrement soumise à la validité de la prétention au soutien de laquelle elle intervient. Ainsi, contrairement à la solution prévalant en matière d'intervention principale, l'intervention accessoire est par ricochet nécessairement affectée des mêmes tares que la prétention sur laquelle elle se greffe. L'intervention accessoire suit ainsi le sort de la prétention qu'elle appuie et l'intervenant accessoire ne dispose pas du pouvoir d'initiative d'une voie de recours qui n'est pas propre à sa seule intervention. En ce sens ses pouvoirs sont logiquement limités en fonction de la mission qui est assignée à cette intervention : le soutien d'une prétention, non une initiative propre.

---

<sup>1</sup> Telle que les associations, les ordres ou les syndicats : J. Héron et Th. Le Bars : *Droit judiciaire privé*. Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 2012, *sp.* n° 1169.

<sup>2</sup> J. Héron et Th. Le Bars : *Droit judiciaire privé*. Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 2012, *sp.* n° 1170.

<sup>3</sup> Article 330 CPC : « L'intervention est accessoire lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie. Elle est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie. »

<sup>4</sup> Cass. com., 8 déc. 1954, *Bull. civ.* III, n° 384.

<sup>5</sup> CA Paris, 7 juin 1969, *JCP* 1969. II. 15954, concl. Fortier, note D. Ruzié.

<sup>6</sup> Selon G. Wiederkehr, V° Intervention, *in Rep. Proc. Civ.*, n° 88.

<sup>7</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 31 oct. 1956, *Bull. civ.* I, n° 379, p. 303.

Contrairement à l'intervention principale, l'intervention accessoire du tiers n'altère pas fondamentalement la physionomie du litige telle que façonnée par les parties originelles. Le périmètre de celui-ci n'est en effet pas modifié, la volonté du tiers n'intervenant réellement que dans un rôle d'appui des prétentions d'une des parties afin de préserver son propre intérêt, sans lui-même émettre de prétention. Il semble en ce sens pouvoir être rapproché du tiers « ami de la cour » qui peut également user de sa volonté pour influencer le dénouement du litige en participant à l'enrichissement du débat porté devant les juges.

## 2° L'*amicus curiae*, un « ami » désintéressé ?

649. **Une institution relativement nouvelle.** Employée devant certaines juridictions étrangères et supranationales<sup>1</sup>, l'intervention d'un « ami de la cour » est en droit français une institution nouvelle. Elle fut d'abord employée par la Cour d'appel de Paris<sup>2</sup>, puis sollicitée par la Cour de cassation à l'occasion d'affaires présentant des considérations notamment éthiques et juridiques essentielles dessinant les contours de notre société. Sollicitée pour la première fois par la plus haute juridiction dans le cadre d'une décision portant sur une convention de mère porteuse rendue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation<sup>3</sup> pour obtenir un avis<sup>4</sup>, en matière d'éthique, l'institution fut par la suite utilisée à quelques autres reprises, notamment comme un « sondage de la science »<sup>5</sup>. Il a été remarqué que « la finalité de la procédure ne consiste plus toujours à permettre à une autorité de délivrer un avis, mais vise parfois aussi à recueillir les arguments de tiers intéressés par la solution d'un problème juridique »<sup>6</sup>.

Le statut de cet ami de la cour est particulier puisqu'il n'est ni un témoin, ni un expert<sup>7</sup>. La qualification d'intervenant lui est déniée par la plupart des auteurs qui semble s'accorder sur le fait qu'il ne saurait être qualifié de partie au procès dans la mesure où « il n'a aucun intérêt à agir au sens du Code de procédure civile »<sup>8</sup> même si, manifestement, l'orientation de la solution l'intéresse.

650. **Le volontarisme de l'intervention de l'ami de la cour.** Le recours à ce tiers éclairé peut être mis en œuvre sous l'impulsion du juge qui, selon l'article 181 du CPC, peut entendre « toute personne dont l'audition paraît utile à la manifestation de la vérité ». Mais le tiers peut également se manifester spontanément et proposer d'intervenir en qualité d'ami de la cour de manière volontaire, se rapprochant dans ce cas de manière troublante de l'intervenant accessoire. En effet dans ce cas, si l'*amicus curiae* se manifeste spontanément en vue d'éclairer

---

<sup>1</sup> Notamment en Angleterre, aux Etats-Unis, au Canada et devant les juridictions internationales telles que la CEDH ; v. Y. Laurin : « L'*amicus curiae* », *JCP* 1992, I, 3603 ; Y. Laurin : « Les notions d' *amicus curiae* et de partie dans la procédure », *Gaz. Pal.*, 09 octobre 2012 n° 283, p. 13.

<sup>2</sup> CA Paris, 21 juin et 6 juill. 1988 : *Gaz. Pal.* 1988, 2, 699, note Y. Laurin ; *RTD civ.* 1989, p. 138, obs. R. Perrot (qui considère, de manière discutable, que dans ce « personnage énigmatique » il y ait « un peu de consultant » et « beaucoup de médiateur »).

<sup>3</sup> Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, n° 90-20105 ; *Bull. Ass. Plén.* n° 4, p. 5 ; *JCP* 1991, II, 21752, note F. Terré ; *D.* 1991, p. 417, rapp. Chartier et note D. Thouvenin ; M. Gobert : « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.* 1992, p. 489.

<sup>4</sup> Qui pour le professeur Michelle Gobert serait en réalité plutôt un aval (« Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.* 1992, p. 489).

<sup>5</sup> J.-Cl. Woog : *V° Amicus curiae in Rep. Proc. Civ., sp.* n° 6.

<sup>6</sup> R. Encinas de Munagorri : « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* » *RTD civ.* 2005, p. 88.

<sup>7</sup> Selon les décisions de la Cour d'appel de Paris du 21 juin et du 6 juillet 1988 préc.

<sup>8</sup> Ch. Coslin et D. Lapillonne : « Quel futur pour l' *amicus curiae* en France ? », *Gaz. Pal.* 08 janvier 2013 n° 8, p. 7.

le débat, c'est qu'il y trouve un intérêt. Il semble dès lors que ce qui puisse distinguer un ami de la cour volontaire d'un tiers intervenant accessoire soit la caractéristique personnelle ou non de l'intérêt. Il est en effet classiquement décidé que si l'intérêt de l'intervenant accessoire est plus souplement apprécié que celui nécessaire pour agir en tant que véritable partie principale, un tel intérêt doit cependant nécessairement être personnel à l'intervenant. Les différents groupements tels que les associations, les syndicats ou autres groupements qui tendent à faire valoir leurs points de vue pourraient-ils intervenir sous la forme d'*amicus curiae*, qualité qui les dispenserait d'avoir à démontrer l'intérêt nécessairement requis pour intervenir à titre accessoire ? Peut-être précisément est-ce l'absence d'intérêt personnel de l'*amicus curiae* qui doit présider à sa distinction de l'intervenant accessoire ?

651. **Sélection des amis de la cour.** Détachées de toute contrainte processuelle qui pourrait être dictée par un statut d'ami de la cour inexistant, quelles limites pourraient dès lors être posées afin de restreindre et de sélectionner les avis valables et ceux qui ne le sont pas ? Il ne semblerait en effet pas souhaitable que dans tout procès puissent intervenir spontanément des tiers dans le but de faire valoir la position qu'ils défendent, sauf à voir dériver chaque litige privé en oppositions d'intérêts collectifs plus ou moins liés au litige. Une admission trop large de l'*amicus curiae* serait susceptible de créer un forum d'expression trop libre sans rapport direct avec la cause en question. L'accaparement de cette faculté d'élargir les horizons des débats transformerait alors de nombreux litiges en terrain de jeu pour lobbyistes. On peut remarquer à cet égard qu'aux Etats-Unis, il est apparu utile d'imposer l'identification des financeurs autres que gouvernementaux d'un tel avis fourni sous couvert d'*amicus curiae*, afin de détecter toute potentielle partialité de celui-ci, qu'il émane d'une des parties ou de groupes d'intérêts, et de prendre en considération les opinions avancées en connaissance de cause<sup>1</sup>.

La volonté de l'*amicus curiae* serait-elle seule suffisante à permettre son intervention ? De manière évidente, la réponse doit être négative. Il n'est pas envisageable de laisser un quelconque tiers s'immiscer, par son opinion, dans le procès des parties, sauf à consacrer au bénéficiaire des tiers un véritable droit à la participation au procès des parties. En la matière, il semble que les juges soient seuls à même de restreindre, en les autorisant ou en les écartant, les interventions des tiers. Reste alors à définir selon quels critères, le cas échéant, le juge pourrait accepter ou refuser la participation de l'ami de la cour. Il semble en réalité qu'une telle sélection ne puisse, comme c'est d'ailleurs le cas devant la Cour suprême des États-Unis<sup>2</sup>, relever que du pouvoir discrétionnaire du juge ou de l'accord des deux parties dans la mesure où aucun critère juridique ne semble élaboré en la matière.

652. **Principe du contradictoire, égalité des armes et amicus curiae.** Quelle serait la relation entre le principe du contradictoire, l'égalité des armes et les interventions volontaires des tiers, par hypothèse jouissant d'une certaine notoriété ? Pour un auteur<sup>3</sup>, il est essentiel de rechercher en cas d'intervention d'un tel tiers « le pluralisme des points de vue ». Il semble en effet fondamental que le point de vue que porte un tel ami de la cour dans le but d'éclairer celle-ci ne se transforme pas en vecteur de pression pour faire prévaloir un point de vue sur un autre. Le principe du contradictoire, même s'il ne semble pas trouver à s'appliquer en tant que tel au sein de ce processus informel de consultation des tiers, devrait cependant inspirer l'institution, qui

---

<sup>1</sup> Règle 37.6 de la Cour Suprême des États-Unis, disponible : <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf>

<sup>2</sup> Règle 37. 2 (b) pour les écritures.

<sup>3</sup> R. Encinas de Munagorri : « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* » *RTD civ.* 2005, p. 88.

suscite par ailleurs un grand nombre d'interrogations<sup>1</sup>. Cette problématique avait été adéquatement envisagée par la toute première décision faisant référence à cet ami de la cour, qui avait affirmé le principe de la contradiction en prévoyant la présence des parties à l'exposé de l'*amicus curiae* et sa faculté de présenter ses observations à la suite de cette intervention de l'ami de la cour. Plus avant encore, afin de préserver l'égalité des parties qui pourrait être affectée par l'intervention d'un tel tiers, la Cour d'appel de Paris avait reconnu à la partie contestant cette intervention de l'*amicus curiae* « le droit (...) de proposer à la Cour l'audition de telle ou telle personnalité de son choix, à l'effet de compléter son information objective et "équilibrée" »<sup>2</sup>.

## §2 La contrainte exercée sur la volonté des tiers

653. **La particularité de certaines contraintes sur la volonté des tiers au regard de leur finalité.** La contrainte exercée sur la volonté des tiers attrait de force à un procès qui n'est, à l'origine, pas le leur ne diffère pas fondamentalement de celle exercée sur une partie défenderesse qui se voit attrait en justice. Ces tiers originels vont passer du statut de tiers à celui de partie sans que leur volonté ne trouve réellement à s'exprimer avec un particularisme spécifique par rapport au défendeur classique. Il est cependant deux hypothèses dans lesquelles la volonté des tiers apparaît sacrifiée au nom de l'objectif de célérité de la justice. Il conviendra en premier lieu d'étudier les cas dans lesquels la volonté des tiers à un procès se voit particulièrement contrainte (A) puis d'apprécier si les entorses ainsi consacrées aux droits de ces tiers peuvent être justifiées par l'objectif louable qu'elles poursuivent (B).

### A. La contrainte particulière de la volonté des tiers

654. **Les atteintes aux droits des tiers.** La volonté des tiers semble particulièrement contrainte dans deux hypothèses. La première amène le tiers, sujet d'une intervention forcée en cause d'appel, sous certaines circonstances, à se voir privé du bénéfice du double degré de juridiction (1°). Dans la seconde, la volonté des tiers et, bien au-delà, leurs droits, semblent victimes d'une atteinte, certes temporaire, mais particulièrement vive (2°).

1° La contrainte privant les tiers du double degré de juridiction

655. **Deux hypothèses d'atteinte au double degré de juridiction.** Deux cas d'intervention forcée d'un tiers peuvent être distingués. En premier lieu, le tiers peut être attrait de force à une procédure en cause d'appel par une des parties originaires du litige. Dans ce cas, l'article 555 du CPC exige que l'attraction de ces tiers à la procédure soit justifiée par l'évolution du litige. Ce n'est qu'en ce cas qu'un tiers, qui n'avait pas été sollicité en première instance, pourrait se voir priver du double degré de juridiction. La solution inverse engendrerait certainement la mise en œuvre de tactiques judiciaires. À n'en pas douter, une des parties aurait intérêt à ce que le tiers ainsi appelé lors du réexamen de l'affaire ne puisse bénéficier de la faculté de voir ses arguments en défense examinés que lors d'une seule instance. En second lieu, en vertu de l'alinéa 3 de l'article 552 du CPC, l'attraction du tiers à la procédure hors sa volonté en cause d'appel peut avoir lieu sur ordre du juge lui-même lorsqu'il estime que ceux-ci doivent être mis

<sup>1</sup> R. Encinas de Munagorri : « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* » *RTD civ.* 2005, p. 88.

<sup>2</sup> CA Paris, 6 juill. 1988 *préc.*

en cause. Ces deux hypothèses posent, en définitive, des questions semblables : sous quelles conditions un tiers, étranger au procès, peut-il se voir privé du double degré de juridiction ?

a) Sur initiative d'une partie

656. **La justification de l'évolution du litige.** Le droit au second degré de juridiction n'est, certes, pas absolu. Il est susceptible de connaître certaines dérogations dès lors que celles-ci sont justifiées. C'est la raison pour laquelle l'article 555 du CPC restreint les hypothèses d'interventions forcées en imposant qu'une telle dérogation au principe du double degré de juridiction soit rendue nécessaire en raison de l'évolution du litige. Il serait, dans le cas contraire, choquant qu'un tiers puisse se voir autoritairement forcé à se défendre directement en appel sans pouvoir bénéficier du premier degré de juridiction alors que la trame de fond sur laquelle s'est déroulé la première instance est restée identique. Ainsi, « les juges vérifient si le demandeur à l'intervention forcée n'a pas eu un comportement négligeant, voire malveillant, en omettant de faire participer le tiers au procès dès la première instance »<sup>1</sup>. Comme en d'autres hypothèses, l'évolution du litige ne saurait par ailleurs logiquement résulter du seul fait du demandeur à l'intervention<sup>2</sup>.

Une fois la condition de l'évolution du litige posée, il convient de préciser quels sont les contours d'une telle évolution permettant la mise à l'écart, pour le tiers, du double degré de juridiction. La notion a peu à peu été précisée par la Cour de cassation. Dans une décision rendue par son Assemblée plénière, la Cour de cassation a ainsi défini étroitement l'évolution du litige : « L'évolution du litige impliquant la mise en cause d'un tiers devant la cour d'appel, au sens de l'article 555 du nouveau code de procédure civile, n'est caractérisée que par la révélation d'une circonstance de fait ou de droit, née du jugement ou postérieure à celui-ci, modifiant les données juridiques du litige »<sup>3</sup>. Cette formulation a ainsi permis aux juges d'écarter l'intervention forcée d'un sous-traitant fondée sur une évolution purement économique du litige, les sommes en jeu ayant décuplé suite à l'expertise réalisée lors de la procédure d'appel. Les données juridiques, notamment les causes d'engagement de la responsabilité de l'entrepreneur principal n'ayant pas changé, celui-ci ne pouvait invoquer l'évolution des dommages et intérêts réclamés pour priver son sous-traitant du bénéfice du double degré de juridiction.

L'interprétation restrictive de la notion d'évolution du litige semble ainsi préserver les intérêts du tiers qui n'a pas participé à la première instance et limiter les éventualités d'atteinte au double degré de juridiction. Cependant, comme l'ont fait remarquer plusieurs commentateurs de l'arrêt, la notion pourrait alors être circonscrite à l'excès du point de vue du demandeur à l'intervention. Les montants en jeu dans un litige constituent une composante qui ne doit pas être mésestimée. En l'espèce, la réévaluation du préjudice était sans commune mesure avec l'estimation qui avait été effectuée lors de la première instance. Or, « la distinction entre le " juridique " et " l'économique " n'est peut être pas aussi simple qu'on veut bien le penser. Il y a des cas où les deux visions interfèrent de façon si intime qu'il est bien difficile de faire le départ entre l'une et l'autre. Plutôt que de limiter l'évolution du litige à la modification exclusive des

<sup>1</sup> E. Ficher, note sous Cass. Ass. Plén., 11 mars 2005, *D.* 2005, p. 2368.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 21 nov. 1979, n° 77-14137 ; *Bull. civ.* II, n° 273 ; *RTD civ.* 1980, p. 426, obs. R. Perrot.

<sup>3</sup> Cass. Ass. Plén., 11 mars 2005, n° 03-20484 ; *Bull. Ass. Plén.* n° 4 ; *D.* 2005 p. 855, et p. 2368, note E. Ficher ; *JCP* 2005, I, 183, obs. Y.-M. Serinet ; *JCP* 2005, II, 10161, avis J. Cédras ; *RTD civ.* 2005, p. 455, obs. R. Perrot ; *Procédures* 2005, comm. 118, obs. R. Perrot ; dans le même sens, v. Cass., ch. mixte, 9 nov. 2007, n° 06-19508 ; *Bull. civ.*, n° 10 ; *JCP* 2008, II, 10070, note Y.-M. Serinet ; *JCP* 2008, I, 138, obs. S. Amrani-Mekki.

données juridiques, sans doute est-il plus raisonnable d'interpréter cet arrêt en ce sens que l'évolution des seuls intérêts économiques ne suffit pas, en soi, à franchir le seuil de l'article 555 nouv. c. pr. Civ »<sup>1</sup>.

b) Sur initiative du juge lui-même

657. **Appréciation du pouvoir du juge.** Au-delà de la faculté offerte, tant au juge qu'aux parties, par l'article 555 du CPC, d'attraire de force un tiers en cause d'appel, en cas de solidarité ou d'indivisibilité, l'article 552 du CPC permet au juge seul d'ordonner d'office la mise en cause de toutes les personnes cointéressées par le litige. Une telle faculté peut sembler de prime abord moins choquante dès lors que le juge ne saurait être accusé d'avoir un intérêt à priver les tiers, présentant par ailleurs un lien très fort avec le litige, du double degré de juridiction, contrairement aux parties. Cela semble être la raison pour laquelle n'est pas exigée par la loi, dans ce cas, l'évolution du litige<sup>2</sup>. Cependant, le résultat pour le tiers est rigoureusement le même : il ne bénéficiera pas du double degré de juridiction, alors même qu'il eut été loisible au juge de le mettre en cause dès la première instance. Dans cette perspective, le critère de l'évolution du litige imposé s'agissant des parties n'aurait en réalité pour seule finalité de pénaliser le plaideur imprévoyant qui n'aurait pas, dès l'origine du litige, envisagé toutes ses implications. En effet, comment comprendre que les tiers cointéressés aient été négligés par le juge lors de la première instance ? Ces tiers se retrouveront similairement privés du double degré de juridiction, l'efficacité et la rapidité de la justice semblant désormais, dans certains cas, prévaloir sur des impératifs fondamentaux de procédure. Ces deux objectifs dénie au tiers le droit d'exposer sa cause en première instance. Plus radicalement encore, ils semblent sous-tendre une faculté d'imposer, dans un nombre de cas certes marginaux, une décision de justice à un tiers qui n'y a pas été partie ni n'a eu l'occasion d'exercer sa défense.

2° La contrainte liée à l'absence d'individualisme :  
l'extension d'une décision à des tiers

658. **L'appel artificiel à la notion de représentation.** Dans certaines circonstances, des tiers à la procédure peuvent se voir appliquer personnellement la décision rendue à l'encontre de leurs représentants de fait. À l'occasion de l'expulsion des grévistes de leur lieu de travail, la décision *Ferodo* a réalisé la mise à l'écart des droits des tiers, plus particulièrement de leurs droits de la défense et au contradictoire. Cette procédure exceptionnelle a, par la suite, été étendue à d'autres hypothèses telles l'expulsion de squatters ou d'occupants d'un terrain agricole<sup>3</sup>. Dans ces cas en effet les grévistes ou autres tiers, dont l'identification aux fins d'assignation apparaît impossible, sont considérés représentés par des meneurs de la grève ou du mouvement en question, qui sont, eux, identifiés. Seuls assignés, ces meneurs sont considérés comme représentants de fait de l'ensemble des grévistes ou des autres tiers et sont réputés pouvoir valablement présenter les moyens de défense pour ceux-ci. Le mécanisme tout à fait exceptionnel permettant d'étendre une décision à des personnes non assignées individuellement et n'ayant pu personnellement présenter des moyens de défense est rigoureusement encadré.

<sup>1</sup> R. Perrot, obs. sous Cass. Ass. Plén., 11 mars 2005, *RTD civ.* 2005, p. 455 ; dans le même sens, v. la note de E. Ficher, *D.* 2005, p. 2368.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 18 juil. 1995, n° 93-13681 ; *Bull. civ.* I, n° 324, p. 227 ; *D.* 1996, p. 391 ; v. R. Perrot : « Appel : évolution du litige, demande nouvelle et intervention forcée », *RTD civ.* 1995, p. 962.

<sup>3</sup> S. Pierre-Maurice : V<sup>o</sup> Ordonnance sur requête *in Rep. Proc. Civ.* n°68.



La jurisprudence, à l'origine de cette dérogation aux droits de la défense, à la règle nul ne plaide par procureur, au principe du contradictoire et à celui de l'effet relatif des décisions de justice, s'est appuyée sur l'article 812 du CPC. Elle a assorti cette faculté exorbitante de nombreuses conditions, tenant en particulier à l'urgence à faire cesser un trouble manifestement illicite, à l'impossibilité d'identification de tous les membres concernés et à la faculté pour les « dirigeants de fait du mouvement de présenter les moyens de défense communs à l'ensemble du personnel »<sup>1</sup>. L'atténuation des atteintes aux droits de la défense présentées par cette ordonnance sur requête est par ailleurs réalisée par la faculté offerte au tiers, une fois la décision rendue, d'en référer au juge ayant rendu la décision. Le contradictoire est ainsi rétabli *a posteriori*. L'atteinte aux droits procéduraux des tiers ainsi réalisée par commodité, si elle n'est que temporaire, n'en reste pas moins certaine.

Reste à déterminer si la contrainte ainsi exercée sur la volonté des tiers et les atteintes à leurs droits procéduraux est légitime au regard des objectifs poursuivis. Il est intéressant de noter que sont en balance l'efficacité et la rapidité de la justice, dont on a constaté l'influence en matière arbitrale. Ces objectifs se retrouvent évidemment devant les juridictions étatiques mais il est plus rare de constater qu'ils fondent non des atteintes à la volonté des parties mais des dérogations aux impératifs de procédure tels que les droits de la défense.

#### B. La légitimité de la contrainte sur la volonté des tiers

659. **Efficacité et pragmatisme.** Dans les deux exemples cités ci-avant, il semble que l'efficacité de la justice et son pragmatisme soient susceptibles d'attirer des tiers en justice en leur faisant de force renoncer à certains des droits dont ils auraient normalement pu, en tant que véritable partie, bénéficier. Dans le second exemple, le tiers auquel la décision est imposée de manière autoritaire sans qu'il n'ait eu la faculté de faire valoir ses arguments dispose de la possibilité de le faire *a posteriori*. Sa situation n'est en ce cas pas inédite au regard des autres procédures dans lesquelles le contradictoire est temporairement écarté de manière exceptionnelle et semble justifiée par le pragmatisme nécessaire à la justice. Les conditions ainsi posées tenant à la nature de l'atteinte, à l'urgence de la situation et la possibilité d'une défense, certes impersonnelle, des intérêts d'un « troupeau anonyme »<sup>2</sup>, semblent justifier et atténuer une telle entorse. L'intervention forcée des tiers en appel porte atteinte au principe du double degré de juridiction et à l'égalité des parties. Il convient désormais d'apprécier si la célérité de la justice, son efficacité mais également sa cohérence constituent des impératifs suffisamment forts pour justifier ces atteintes à ce principe ainsi qu'à celui de l'égalité des armes, lesquels participent tous deux des droits de la défense.

660. **Une décision rapide et cohérente.** D'une part, l'intervention des tiers en appel permet d'obtenir une décision définitive au terme d'une procédure plus rapide puisque, par définition, un degré de juridiction est tout simplement « sauté ». Une telle célérité ne semble cependant pas nécessairement assurée en toutes circonstances. Si dans son ensemble le litige sera résolu

---

<sup>1</sup> Cass. soc., 17 mai 1977, n° 75-11474, *Férodo* : *Bull. civ.* V, n° 327, p. 259 ; *D.* 1977, p. 645, note A. Jeammaud ; *JCP* 1978, II, 18992 ; *Dr. soc.* 1978, p. 119, obs. J. Savatier ; G. Lyon-Caen : « L'occupation des lieux de travail et la procédure civile, à propos de l'arrêt Ferodo du 17 mai 1977 », *Dr. ouvrier* 1977. Chron. p. 467 ; *RTD civ.* 1977, p. 602, note J. Normand ; v. ég. Cass. soc., 23 juin 2004 n° 02-31071 et 02-31999 ; *Bull. civ.* V, n° 180 p. 169.

<sup>2</sup> G. Lyon-Caen : « L'occupation des lieux de travail et la procédure civile, à propos de l'arrêt Ferodo du 17 mai 1977 », *Dr. ouvrier* 1977, chron. p. 467.

plus rapidement, l'intervention du tiers en cause d'appel, qu'elle soit forcée ou volontaire, est susceptible d'engendrer des délais au sein de la procédure déjà engagée et ainsi défavoriser l'autre partie qui aurait peut-être obtenu une décision et donc une satisfaction plus rapide sans l'intervention du tiers. De son point de vue, l'intervention forcée du tiers, dans le cadre d'un appel en garantie, ne présente ainsi pas d'avantage mais bien plutôt des inconvénients en termes de délai et potentiellement de complexité de la procédure.

D'autre part, il pourrait être avancé que le regroupement des différentes composantes gravitant autour d'un même litige assure une certaine cohérence de la justice. L'intervention permet en effet d'éviter les éventuelles contrariétés de décision si une nouvelle procédure venait à être intentée contre le tiers attrait de force en cause d'appel ou contre la partie originaire d'un litige qui voit un tiers se muer en nouvel adversaire, au stade de l'appel, alors qu'il n'était pas partie en première instance. L'appel se transforme ainsi d'une simple voie de réformation en une véritable voie d'achèvement du litige. Ces objectifs, louables et emprunts de pragmatisme, semblent cependant porter une atteinte certaine aux principes fondamentaux de la procédure civile, garante d'un procès équitable. Si le principe du double degré de juridiction n'est pas un principe intangible de notre droit, le principe de l'égalité des armes dans les rapports entre les parties constitue, en revanche, un impératif qui ne devrait pouvoir souffrir qu'assez peu d'exceptions.

661. ***La distinction entre intervention volontaire et intervention forcée du tiers.*** Or, « est-elle équitable, la procédure qui accorde deux degrés de juridiction à un plaideur et un seul à son adversaire ? »<sup>1</sup>. La question ne se pose de ce point de vue que pour l'intervention forcée en cause d'appel. En effet, si l'intervention volontaire en cause d'appel pose le problème du double degré de juridiction, il n'engendre pas de disparité dans l'application des recours par rapport aux prétentions soulevées par le tiers. Le principe de l'égalité des armes ne semble pas affecté de ce fait, la partie originaire et le tiers intervenant volontaire étant tous deux soumis à un seul degré de juridiction.

En revanche, lorsqu'un tiers est attrait de force devant la juridiction d'appel, le litige principal dont découle sa mise en cause a déjà été défriché lors de la première instance, en particulier lorsque l'intervention forcée est décidée par le juge hors cas d'évolution du litige. Dans ce cas, qui semble en définitive le plus attentatoire aux droits du tiers puisqu'il n'est pas justifié par des circonstances nouvelles, le tiers se voit seul privé du double degré de juridiction, alors même que ce dernier est en position défensive et qu'il aurait parfaitement pu être décidé de l'attirer en intervention forcée dès l'initiation de la procédure puisque les données du litige sont inchangées. Il n'apparaît dès lors pas certain que l'atteinte ainsi portée aux droits des tiers soit justifiée. Même décidée par le juge, la renonciation forcée au double degré de juridiction peut être déplorée. Force est cependant de constater que l'arbitrage à réaliser implique nécessairement un sacrifice. En effet, ne pas attirer le tiers reviendrait à prendre le risque de ne régler que partiellement le litige ou exposerait une des parties à la potentialité de décisions contraires.

Cette atteinte à la volonté individuelle et au droit commun du procès semble par ailleurs particulièrement interpellé au regard des conditions, posées par l'article 41 du CPC, tenant au caractère exprès de l'accord des parties pour la validité de la renonciation conventionnelle à l'appel. D'une part, en matière conventionnelle, la volonté des parties renonçantes est

---

<sup>1</sup> J. Cédras, avis sous Cass. Ass. Plén., 11 mars 2005, *JCP* 2005, II, 10161.

envisagée avec rigueur, démontrant la gravité d'une telle renonciation ; en total contrepoint, dans le cadre de l'intervention, elle est totalement déconsidérée, le tiers se voyant imposer un saut de juridiction non souhaité au bénéfice de la célérité et de l'efficacité de la justice. Ces attributs sont généralement considérés comme le fer de lance de l'arbitrage. Pourtant, l'incidence de la volonté des tiers y est nettement plus limitée en raison de la prévalence absolue de la volonté des parties.

## Section 2 L'impuissance de la volonté des tiers en matière d'arbitrage

662. **Les obstacles de l'invisibilité et de l'isolement de la procédure arbitrale.** Le fondement conventionnel de l'arbitrage engendre un certain isolement, parfois souhaité, parfois déploré, selon les circonstances, de la procédure arbitrale. En effet, seules les parties à la convention d'arbitrage sont en principe en mesure d'agir devant la juridiction arbitrale. Le rayonnement de la clause compromissoire permet cependant, sous certaines circonstances, d'élargir son emprise à des tiers à celle-ci<sup>1</sup>. Certains tiers sont ainsi déjà susceptibles d'être attirés, contre leur volonté, à une procédure d'arbitrage et ce de manière croissante, peut-être même trop large. Le rayonnement reconnu à la clause compromissoire ne semble cependant pas de nature à couvrir toutes les hypothèses dans lesquelles les tiers pourraient être intéressés par ou liés à la procédure arbitrale. Ces « autres » tiers devraient-ils être nécessairement exclus de la procédure d'arbitrage susceptible de concerner leurs intérêts ?

Au delà de la confidentialité qui représente un obstacle pratique qu'il convient de ne pas minorer s'agissant des rapports entre les tiers et la procédure arbitrale, le fondement conventionnel de cette dernière apparaît constituer un second obstacle de taille en la matière, pouvant se résumer ainsi : sans volonté, pas d'arbitrage. Ainsi, pour un auteur, « ni l'intervention volontaire, ni l'intervention forcée ne sont compatibles avec la nature contractuelle de l'arbitrage. L'intervention volontaire ne peut se réaliser que dans l'hypothèse où l'ensemble des parties à la convention d'arbitrage accepte le principe de cette intervention »<sup>2</sup>. Une telle position a d'ailleurs été adoptée par la Cour d'appel de Paris<sup>3</sup>.

Plusieurs questions se posent cependant et incitent à éprouver un tel postulat, d'autant que la tendance récente, dans plusieurs règlements d'arbitrage<sup>4</sup> et dans quelques lois étrangères relatives à l'arbitrage,<sup>5</sup> semble lutter contre un tel isolement de la procédure arbitrale<sup>6</sup>. On peut en effet se demander avec A. Mourre, si une telle position « ne procède pas d'une certaine surévaluation de la dimension contractuelle l'arbitrage au détriment de sa réalité juridictionnelle »<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> V. *supra* n° 349.

<sup>2</sup> M. de Boissésou : *Le droit français de l'arbitrage interne et international*. GLN Joly, 1990, *sp.* n° 289, p. 246 ; dans le même sens, E. Loquin : « Arbitrage et cautionnement », *Rev. arb.* 1994, p. 235, *sp.* p. 247.

<sup>3</sup> CA Paris, 19 déc. 1986, *Rev. arb.* 1987, p. 359, sur laquelle E. Gaillard : « L'affaire *Sofidif* ou les difficultés de l'arbitrage multipartite (à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 1986) », *Rev. arb.* 1987, p. 275.

<sup>4</sup> Notamment les règles d'arbitrage de l'Institut International Néerlandais de l'Arbitrage et le Règlement d'arbitrage de la LCIA.

<sup>5</sup> Notamment celles des Pays-Bas et de la Belgique.

<sup>6</sup> Sur la question, v. A. Giardina : « L'intervention et l'attraction des tiers dans la procédure arbitrale », *in* L. Levy et Y. Derains (dir.) : *Liber Amicorum en l'honneur de S. Lazareff*. Pedone, 2011, p. 293.

<sup>7</sup> A. Mourre : « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Pal.* 29 avr.-3 mai 2001, p. 21, *sp.* n° 5.

663. **Un isolement dépassé.** La question de la résistance de la procédure arbitrale face à la volonté des tiers est très classiquement réglée au détriment de cette dernière. Ni l'intervention, quelle que soit sa forme, ni la tierce opposition n'étant admise en matière d'arbitrage international, la volonté des tiers serait simplement ignorée par la justice arbitrale en ce domaine. Celle-ci évoluerait ainsi dans une sorte de bulle, que la confidentialité rendrait par ailleurs invisible aux tiers.

Une telle vision de l'arbitrage apparaît quelque peu dépassée. Bien que de nombreux obstacles se dressent face à la prise en compte de la volonté des tiers en matière d'arbitrage international, la Justice vers laquelle tend celui-ci ne saurait s'accommoder de solutions partielles ou démesurément limitées *inter partes*. Si en effet la sentence arbitrale est une décision de justice, ce qui est désormais unanimement admis, celle-ci est, comme la Cour de cassation l'a d'ailleurs décidé<sup>1</sup>, opposable à tous et ne saurait préjudicier aux droits d'aucuns sans que ceux-ci aient été à même de défendre leurs intérêts. Une solution contraire reviendrait à admettre que la justice privée que constitue l'arbitrage puisse attenter librement aux droits des tiers. L'arbitrage présenterait ainsi pour les parties l'avantage, bien singulier, sur la justice étatique de s'abstraire de tout élément de contexte relatif aux tiers, le cas échéant en préjudiciant à leurs droits, sous prétexte de régler un litige entre les seules parties concernées par la procédure arbitrale. La tendance à la transposition de certains principes directeurs du procès équitable à la justice arbitrale, visant à s'assurer que la décision rendue au terme de la procédure réponde aux idéaux de Justice, invite ainsi à reconsidérer les pistes permettant de rompre l'isolement de la justice arbitrale sans cependant en renier le fondement contractuel.

Devront ainsi être éprouvées l'impossibilité de l'intervention des tiers à la procédure arbitrale (§1<sup>er</sup>), puis la valeur des justifications apportées à la forteresse que constitue pour les tiers la sentence arbitrale (§2).

§1<sup>er</sup> La mise à l'écart de la volonté des tiers au cours des procédures arbitrales

664. **Les obstacles à l'intervention des tiers, fonction de leur nature.** L'intervention des tiers à la procédure arbitrale doit faire face à plusieurs obstacles. En premier lieu, le caractère conventionnel de l'arbitrage s'opposerait à ce qu'un tiers vienne s'immiscer dans une procédure issue d'un contrat auquel il n'est pas partie. À cet égard, M. Alexis Mourre<sup>2</sup> distingue le « tiers imparfait », qui est partie à la convention d'arbitrage ou qui pourrait y être attiré en raison de son implication dans la relation des parties, du « tiers absolu », défini comme « une personne à la fois étrangère au contrat et à la procédure ». Cette distinction est en effet particulièrement utile s'agissant de déterminer dans quelle mesure un tiers pourrait être amené à intervenir, de manière forcée ou de manière volontaire, lors d'une procédure engagée.

Afin de cerner les points d'achoppement, il convient d'envisager les obstacles éventuels à l'intervention des tiers, l'un tenant à la nature conventionnelle de l'arbitrage (A), l'autre au principe fondamental de l'égalité des armes (B).

---

<sup>1</sup> Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-11588 ; *JPC* 2009, I, 462, obs. J. Béguin ; *CCC* 2009, comm. 223, M. Malaurie-Vignal.

<sup>2</sup> A. Mourre : « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Pal.* 29 avr.-3 mai 2001, p. 21, *sp.* n° 26.

#### A. L'obstacle tenant à la nature conventionnelle de l'arbitrage.

665. ***L'objet de la limitation conventionnelle et les tiers absolus.*** L'obstacle tenant à la nature conventionnelle de l'arbitrage se manifeste essentiellement concernant les tiers absolus à la convention d'arbitrage et incite dès lors à répondre à la question de savoir ce que recouvre la composante contractuelle de l'arbitrage. S'agit-il pour les parties de régler un litige par le biais d'une justice privée qu'ils ont choisie, ou d'envisager celui-ci restrictivement, dans le but de le concentrer sur les relations entre les seules parties à la clause ? Dans le premier cas, la convention d'arbitrage devrait être considérée comme centrée sur le litige, et non sur les parties, ce qui présenterait l'avantage de ne pas cloîtrer le différend et de permettre de le régler dans sa globalité par l'arbitrage. Dans le cas où le règlement de ce litige dans son ensemble impliquerait l'intervention de tiers, elle serait alors possible sous certaines conditions tenant plus au tiers et à la nature de l'intervention qu'à la volonté des parties à la convention d'arbitrage.

666. Si à l'inverse le caractère contractuel de l'arbitrage est considéré strictement, il se révélerait alors un excellent moyen de refermer le litige entre les parties et d'en exclure les tiers. Toute intervention des tiers absolus devrait alors être exclue ou, du moins, soumise à l'acceptation de l'ensemble des parties comme le serait toute modification de la convention d'arbitrage<sup>1</sup>. Un auteur estime en ce sens que « l'intervention d'un tiers à l'instance arbitrale, qu'elle soit volontaire ou forcée, suppose toujours l'accord de toutes les parties concernées, notamment des arbitres puisqu'elle affecte le contrat d'arbitre en modifiant les cocontractants »<sup>2</sup>.

Cette dernière conception permettrait aux parties à une convention d'arbitrage d'opérer une gestion plus fine du contentieux en imposant son morcellement en plusieurs procédures et en excluant radicalement toute interférence des tiers à la procédure arbitrale. Cette conception présente, cependant, l'inconvénient majeur de ne permettre qu'un règlement partiel du litige, dans la mesure où toutes les composantes de celui-ci ne pourront être prises en compte en raison de la mise à l'écart des tiers. Est-il dès lors souhaitable de consacrer une justice partielle, éventuellement au détriment des tiers, en raison du seul accord de volonté des parties concernées par la clause compromissoire ?

Une telle conception de l'arbitrage nous semble contraire à son caractère juridictionnel, son noyau dur qui ne peut se contenter que d'absolu. Les deux conceptions semblent cependant former un tout indissoluble, la convention d'arbitrage ayant pour but de déterminer un processus spécifique et conventionnel destiné à permettre de régler un litige s'élevant entre les contractants. La question qui se pose alors est celle de savoir, au delà de la volonté des parties contractantes, quelle finalité doit être assignée à la convention d'arbitrage pour déterminer si le règlement de l'entier litige pourrait justifier l'intervention de tiers absolus à la procédure arbitrale.

667. ***L'arbitrage, centré sur les parties ou sur le litige ?*** Il semble dès lors légitime de se demander quelle composante de la convention d'arbitrage doit prendre le pas sur l'autre. Or, la

---

<sup>1</sup> Or les accords sur la procédure peuvent être ardues à obtenir une fois que le conflit a dégénéré en litige, ce qui risquerait de sceller le sort de toute intervention si elle devait être systématiquement avalisée par les deux parties.

<sup>2</sup> J. Ortscheidt, obs. sous CA Paris, 9 avr. 2009, *JCP* 2009, I, 462, n° 17.

célérité et l'efficacité de l'arbitrage peuvent-ils être assurés dès lors qu'est admis un morcellement artificiel du contentieux basé uniquement sur la volonté des parties à l'arbitrage, faisant fi des intérêts éventuels des tiers ? Devant les juridictions étatiques, ces objectifs de célérité et d'efficacité justifient des dérogations à certains principes, au nombre desquels la volonté contractuelle avec la mise à l'écart des clauses de compétence et le double degré de juridiction, voire au principe fondamental de l'égalité des armes. Ces objectifs ne seraient-ils pas susceptibles de justifier de déroger à la volonté des parties à la convention d'arbitrage dès lors que l'indivisibilité du litige imposerait, y compris pour des questions de cohérence mais également d'efficacité de la solution, que les tiers absolus puissent être admis à volontairement participer à la procédure arbitrale en renonçant au « bénéfice » des juridictions étatiques ?

668. *Vers une possible intervention volontaire des tiers ?* Considérant les extensions de la clause compromissoire à des tiers admises par la jurisprudence, il semble assez douteux qu'un tiers, même absolu, souhaitant intervenir volontairement à un arbitrage se voie opposer le caractère conventionnel de celui-ci<sup>1</sup>, surtout si cette éventualité est mise en perspective avec l'impossibilité de contester *a posteriori* la sentence finalement rendue entre les parties. Du point de vue du tiers, la problématique de l'égalité des armes ne devrait pas non plus réellement se poser dans la mesure où s'il intervient de manière volontaire à la procédure arbitrale, c'est qu'il en accepte en quelque sorte les termes. Cependant, ce tiers a-t-il vraiment le choix ? En l'absence de toute faculté de former tierce opposition contre la sentence, le tiers ne dispose en effet d'aucun recours contre la décision rendue sans qu'il n'ait eu l'occasion de faire valoir ses arguments. Une telle intervention, pour volontaire qu'elle soit, apparaît en définitive quelque peu contrainte, du moins nécessairement conditionnée en raison de l'absence d'alternative valable pour le tiers.

Dès lors que le tiers accepte de se plier aux règles établies entre les parties pour la procédure arbitrale entamée et qu'il renonce au bénéfice de certaines privilèges dès lors réservés aux parties initiales (nomination des arbitres et choix des règles de procédure notamment), la composante conventionnelle de l'arbitrage pourrait-elle lui être valablement opposée par les parties désireuses de circonvenir le contentieux ? Une telle solution apparaîtrait peu opportune. L'objectif de concentration du contentieux ne devrait en effet pas être réservé aux juridictions étatiques. Régler partiellement un litige en raison de la seule volonté des parties initiales en ce sens, en cultivant une logique d'exclusion, le cas échéant au détriment des droits des tiers, ne semble pas répondre à l'idéal de Justice vers lequel l'arbitrage, en tant qu'œuvre juridictionnelle, doit nécessairement tendre. Les règlements d'arbitrages les plus récents de différentes institutions prévoient la possibilité d'une intervention volontaire avec l'accord du demandeur et du tiers<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Pour une position contraire, v. M. de Boisséon : *Le droit français de l'arbitrage interne et international*. GLN Joly, 1990, n° 289, p. 246, pour qui « L'intervention volontaire ne peut se réaliser que dans l'hypothèse où l'ensemble des parties à la convention d'arbitrage accepte le principe de cette intervention ». La position semble assez étonnante dans la mesure où l'auteur admet l'impuissance des autres parties à un compromis de s'opposer à l'appel en garantie d'une des parties dès lors que le tiers appelé en garantie accepte de se plier à l'arbitrage.

<sup>2</sup> Le règlement d'arbitrage de la LCIA prévoit en ce sens en son article 22 (viii) qu'il appartient au tribunal arbitral d'accepter l'intervention d'un tiers sous réserve de l'acceptation de ce tiers mais également de la partie demanderesse, soit postérieurement à la « *Commencement Date* » ou, dès l'origine, dans la convention d'arbitrage. Cette stipulation semble cependant constituer une régression en la matière. Le tribunal arbitral avait en effet précédemment la faculté d'admettre l'intervention de tiers de son propre chef : v. J.-L. Delvolvé : « L'arbitrage et les tiers : Le droit de l'arbitrage », *Rev. arb.* 1988, p. 501 ; Le règlement de la CCI permet également à une partie de formuler une demande d'intervention. Dans tous ces cas, la volonté doit cependant émaner d'une des parties à la convention d'arbitrage. L'intervention spontanée des tiers semble dès lors exclue. La volonté de ceux-ci ainsi

Le fondement conventionnel de la procédure arbitrale en question ne devrait ainsi, selon nous, pas être considéré comme un obstacle valable à l'intervention volontaire de tiers lors d'une procédure arbitrale. La volonté des parties initiales de cloîtrer leur contentieux devant les arbitres ne serait ainsi pas suffisamment légitime pour s'opposer à un idéal de cohérence permettant la préservation des droits des tiers. En ce sens, la volonté du tiers pourrait ainsi contraindre les parties initiales à l'extension du litige soumis aux juridictions arbitrales. Le fondement conventionnel de l'arbitrage, s'il nous semble devoir céder dans le cas de l'intervention volontaire d'un tiers à la procédure, semble cependant fermement s'opposer à l'attraction forcée d'un tiers absolu à une procédure arbitrale en raison de l'ampleur des contraintes que la soumission à une telle procédure engendrerait sur sa volonté.

669. ***L'impossible intervention forcée des tiers absolus.*** La question de l'intervention forcée est toute autre dans la mesure où l'atteinte à la volonté du tiers serait alors bien trop grande, et ce sans que ce dernier n'y trouve un quelconque avantage dans la mesure où sa mise en cause est *a priori* défavorable à ce dernier. Le tiers n'ayant pas accepté la convention d'arbitrage ne pourrait ainsi en aucune circonstance être contraint à renoncer au règlement du litige par les juridictions étatiques sous prétexte que la volonté des parties a choisi l'arbitrage. La Cour d'appel de Paris a, en toute logique, décidé que la clause compromissoire « fait obstacle à toute procédure d'intervention forcée ou d'appel en garantie »<sup>1</sup>. Il en serait évidemment de même en matière de compromis d'arbitrage. La stipulation d'une clause d'arbitrage est ainsi susceptible, dans une certaine mesure dont les contours sont dessinés par les hypothèses d'extension de la clause compromissoire, de permettre d'éviter toute mise en cause forcée de tiers par une des parties, au bénéfice soit du créancier, soit de l'appelé en garantie.

Il semble ainsi déconseillé à la partie pivot de conclure une convention d'arbitrage, que ce soit en aval ou en amont, sauf à convenir d'un arbitrage multipartite<sup>2</sup>. À défaut en effet, dans les deux cas, elle se retrouvera dans l'impossibilité d'appeler en garantie son cocontractant dans la même procédure et pourrait s'exposer à une contrariété de décision en sa défaveur, sans pour autant aboutir à une réelle impossibilité d'exécuter les décisions ainsi rendues<sup>3</sup>. La clause compromissoire présente à l'inverse pour l'adversaire l'intérêt de ne pas permettre de complexifier ni ralentir la procédure en raison d'une intervention parasite. Pour la partie à la convention souhaitant mettre le tiers en cause, cela implique nécessairement le morcellement du contentieux qui pourrait se révéler préjudiciable pour elle. Cette partie se retrouve en effet, dans cette hypothèse, dans la position de partie pivot dont nous avons déjà envisagé l'inconfort.

La seule option *a priori* à la disposition des parties ayant conclu une convention d'arbitrage mais s'accordant sur la nécessité de mettre en cause un tiers serait alors de renoncer à son

---

que de la partie demanderesse est dans tous les cas centrale. Dans le système prévu par la CCI, une fois un arbitre confirmé ou nommé, l'accord de toutes les parties est nécessaire.

<sup>1</sup> CA Paris 19 déc. 1986 ; E. Gaillard : « L'affaire *Sofidif* ou les difficultés de l'arbitrage multipartite (à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 1986) », *Rev. arb.* 1987, p. 275 ; la citation complète est la suivante : « les règles du droit de l'arbitrage, fondé sur le caractère consensuel de la clause compromissoire, ne permet (*sic*) pas d'étendre à des tiers, étrangers au contrat, les effets de la convention litigieuse et fait (*sic*) obstacle à toute procédure d'intervention forcée ou d'appel en garantie ; qu'ainsi la solution des difficultés nées de la connexité ou de l'indivisibilité ne peut trouver sa solution (*sic*) que sur le plan contractuel ».

<sup>2</sup> *V. not.* l'intervention de M. Boivin lors du colloque « L'arbitrage et les tiers » à la *Rev. arb.* 1988, p. 536 et s.

<sup>3</sup> Sur la question de l'indivisibilité, v. J. Willems : « L'arbitrage et l'indivisibilité procédurale », *Gaz. Pal.* 2001, n° 123, p. 32.

bénéfice et d'agir devant les juridictions étatiques afin de pouvoir forcer le tiers à intervenir à l'instance. Une telle hypothèse peut sembler de prime abord improbable dans la mesure où l'attraction d'un tiers à la procédure n'est pas nécessairement bénéfique pour l'adversaire et peut entraîner longueurs et complexités. Cependant, il ne peut être exclu qu'une partie trouve un intérêt à ce qu'un tiers soit attiré à la procédure par son adversaire, par exemple si la situation financière de ce dernier apparaît fragile. La sollicitation du tiers pourrait alors revêtir un certain attrait pour le créancier, qui pourrait consentir à sacrifier les obligations issues de la convention d'arbitrage afin de voir engagée la responsabilité du tiers appelé en garantie.

Qu'en serait-il si le tiers dont l'appel en garantie est envisagé acceptait, par principe, de participer à la procédure arbitrale ? Les tiers imparfaits qui sont partie à la convention d'arbitrage ou qui pourraient être considérés comme liés par elle en vertu de l'extension de celle-ci à leur égard, mais qui ne sont pas partie à la procédure intentée pourraient-ils intervenir volontairement ou de manière forcée à la procédure ainsi engagée ? Par hypothèse, le caractère contractuel de l'arbitrage ne semble pas s'y opposer concernant les parties à la convention. Pour les tiers qui n'ont pas conclu la convention d'arbitrage mais que la jurisprudence considère comme liés par elle en raison de leurs liens ou de leur situation relativement au litige, l'atteinte au caractère contractuel de l'arbitrage est patent. C'est le cas en particulier lorsqu'il s'agit d'attirer un tiers non signataire à une procédure d'arbitrage qu'il n'a pas voulue. Or, « si ces tiers peuvent être contraints de se soumettre à une procédure d'arbitrage, on voit mal pourquoi on leur refuserait le droit d'y participer volontairement »<sup>1</sup>. Sous cet angle en effet, l'attraction des tiers à la procédure arbitrale pourrait s'apparenter à une forme d'intervention forcée. En contrepoint, il apparaîtrait particulièrement mal venu de permettre l'extension de la clause compromissoire à ces tiers sur prétention d'une partie et de leur refuser le bénéfice de ladite clause lorsqu'ils entendent eux-mêmes l'invoquer afin de préserver leurs droits. Se poserait alors à son égard la question de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral.

#### B. L'obstacle tenant au principe de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral

670. **Le cas des tiers absolus.** L'épineuse question de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral se pose dans plusieurs hypothèses. C'est ce cas en premier lieu lorsque le tiers absolu accepte de se joindre à l'arbitrage déjà en cours, alors même qu'il est appelé en intervention forcée. On peut gager que l'hypothèse sera marginale et qu'une telle intervention ne saurait alors être valable, au regard des droits de la défense, que dans deux hypothèses : lorsque le tiers renonce à se prévaloir du principe de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal ou lorsque le tribunal arbitral a été entièrement constitué par un tiers. Dans les deux cas, la procédure ne sera en effet pas contestable sur le fondement de l'inégalité des parties dans la constitution du tribunal.

671. **Tiers imparfaits et égalité des parties.** La question de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal semble surtout se poser s'agissant des tiers imparfaits. Pour ces tiers imparfaits, une fois l'obstacle tenant à l'origine contractuelle de l'arbitrage surmonté, reste celui de l'égalité des parties dans la désignation du tribunal. Le tiers appelé en intervention forcée, pour lequel la mise en cause en cours de procédure représente un danger, pourrait objecter qu'il n'a pas eu l'occasion de participer à la constitution du tribunal arbitral et qu'ainsi

---

<sup>1</sup> A. Mourre : « L'intervention des tiers à l'arbitrage » *Gaz. Pal.* 29 avr.-3 mai 2001, p. 21, *sp.* n°31.



le principe d'égalité des parties ne serait pas respecté par sa mise en cause. Dès lors que la volonté des parties est à l'origine du choix des arbitres, l'égalité entre celles-ci et le tiers intervenant dans la constitution du tribunal arbitral sera rompue. En conséquence, seules quelques hypothèses semblent ne pas présenter de risque d'atteinte à l'égalité des parties : celle dans laquelle la constitution du tribunal arbitral est le seul fait d'un tiers, tel un organisme d'arbitrage, et celle dans laquelle la clause compromissoire désigne, dès sa conclusion, les arbitres le constituant ou permet, par exemple, que ce choix soit effectué par le seul demandeur.

L'intervention des tiers à la procédure arbitrale pose certains problèmes relativement au fondement contractuel de celui-ci et au principe nécessaire d'égalité des parties dans la constitution du tribunal qui en découle. Si, dans certains cas, des solutions convenables peuvent être trouvées afin de préserver les droits des tiers, il n'est pas certain que la jurisprudence accepte de faire prévaloir la sauvegarde des intérêts des tiers sur la volonté des parties originelles qui constitue le véritable socle sur lequel repose l'arbitrage. L'appui de l'arbitre pourrait être décisif en la matière dès lors que l'origine contractuelle de sa fonction juridictionnelle ne semble pas de nature à restreindre ses pouvoirs tendant à la recherche de la juste solution.

Il est probable, comme le soulignait d'ailleurs M. Alexis Mourre, que la position équilibrée en la matière devra être trouvée par le tribunal arbitral lui-même, « seul à même de faire la balance des intérêts en présence »<sup>1</sup>. En l'état du droit cependant, l'intervention, si fragile et conditionnée qu'elle puisse apparaître à la suite des développements qui précèdent, semble constituer en matière d'arbitrage international la seule chance pour les tiers de participer à l'élaboration d'une solution qui pourrait préjudicier à leurs intérêts. En effet, le droit de former tierce opposition contre les sentences arbitrales leur est radicalement dénié. Afin d'éviter que la justice arbitrale ne se transforme en une justice parcellaire faisant peu de cas du Juste absolu, il convient de rechercher l'existence de failles pouvant permettre aux tiers de pénétrer dans la forteresse que représente la sentence arbitrale.

## §2 La sentence arbitrale, une forteresse pour les tiers ?

672. ***L'opportunité de la fermeture de la tierce opposition en matière internationale.*** En l'état actuel du droit de l'arbitrage, la procédure arbitrale dresse en matière internationale des remparts insurmontables pour les tiers, la sentence en résultant apparaissant constituer une véritable forteresse imprenable pour les tiers qui en subissent cependant les effets dans la mesure où elle leur est opposable. En effet, si en matière d'arbitrage interne, la tierce opposition est possible en vertu de l'article 1501 du CPC<sup>2</sup>, elle est en revanche toujours fermée en matière d'arbitrage international, ce qu'une partie de la doctrine semble approuver. « Ouverte pendant trente ans et impliquant la dévolution du litige à une juridiction étatique, la tierce opposition serait probablement contraire à la sécurité juridique et à l'exigence de confidentialité qui caractérise l'arbitrage international. Il n'est donc pas question de proposer l'ouverture de cette voie de recours en telle matière »<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> A. Mourre : « L'intervention des tiers à l'arbitrage » *Gaz. Pal.* 29 avr.-3 mai 2001, p. 21, *sp.* n°42.

<sup>2</sup> « La sentence arbitrale peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'article 588 ».

<sup>3</sup> A. Mourre : « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Pal.* 29 avr.-3 mai 2001, p. 21, *sp.* n° 16.

Des voix s'élèvent cependant pour critiquer une telle position pourtant affermie par la réforme du droit français de l'arbitrage, au regard notamment des principes garantissant un procès équitable. Ainsi a-t-il été constaté que « la fermeture de la tierce opposition condamne les intéressés à rester pieds et poings liés face à la sentence, et on peut légitimement douter de la conformité d'un résultat aussi choquant à l'article 6§1 de la convention européenne des droits de l'homme »<sup>1</sup>. Décider que la sentence arbitrale est nécessairement opposable aux tiers sans que ceux-ci n'aient la faculté de la remettre en question dans la mesure préjudiciant à leurs intérêts ni même d'intervenir dans le cadre d'un recours devant les juridictions étatiques<sup>2</sup> revient en effet à leur imposer la sentence sans faire, à leur égard, aucun cas du principe du contradictoire.

L'emploi qu'a pu faire la Chambre commerciale de la Cour de cassation de la notion d'opposabilité<sup>3</sup> des sentences arbitrales en matière interne semble de nature à aggraver le mépris porté aux droits des tiers et constitue une « atteinte gravissime aux droits de la défense »<sup>4</sup>. Or, si certains principes directeurs transcendant l'origine de la mission juridictionnelle du juge se sont vu accorder la place qu'ils méritent afin d'assurer la légitimité de l'arbitrage, cette vision étroite d'une justice renfermée à l'excès sur le monde extérieur ne mériterait-elle pas d'être repensée ? Le respect des droits des tiers ne fait-il pas partie intégrante de la conception de la justice telle qu'elle est envisagée par le droit de l'arbitrage ? Devront dès lors être envisagées les raisons de l'exclusion de la critique de la sentence par la voie de l'intervention des tiers lors du recours en annulation de la sentence (A.) puis celles de la fermeture de la tierce opposition contre celle-ci (B.).

#### A. L'exclusion de l'intervention des tiers aux recours contre la sentence

673. **Recours en annulation.** De jurisprudence constante<sup>5</sup>, l'intervention des tiers au recours en annulation d'une sentence arbitrale, qu'elle soit interne ou internationale, est considérée comme impossible en raison du fondement contractuel de l'arbitrage, considéré comme faisant obstacle à l'immixtion des tiers dans une procédure qui est pourtant susceptible de les concerner. Une telle conception de l'arbitrage semble désormais devoir être dépassée pour considérer le litige dans son ensemble, afin que les solutions qui en sont issues ne consacrent pas une justice partielle, susceptible de préjudicier aux droits des tiers. Par ailleurs, « au stade du recours en annulation, cette composante est sans véritable incidence sur le litige »<sup>6</sup>. Le pouvoir de la Cour d'appel de contrôler la sentence ne serait en effet pas dérivé de la volonté des parties mais du droit français de l'arbitrage. Une telle affirmation mérite cependant désormais d'être nuancée. La réforme du droit français de l'arbitrage a en effet permis aux

<sup>1</sup> 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, *sp.* n° 27.

<sup>2</sup> CA Paris, 9 avr. 2009 ; *Rev. arb.* 2009, p. 436 ; *JCP* 2009, I, 462, n° 17, obs. J. Ortscheidt ; CA Paris, 18 sept. 2003, *Rev. arb.* 2004, p. 311 (3<sup>e</sup> espèce), note J.-B. Racine ; CA Paris, 27 févr. 1997 ; *Rev. arb.* 1998, p. 159, note Ch. Jarrosson.

<sup>3</sup> Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-19523, non-publiée ; *Rev. arb.* 2007, p. 769, note P. Mayer ; Cass. com., 2 déc. 2008, n° 07-17539 et 07-19201, non-publiée ; *Rev. arb.* 2009, p. 327, note P. Mayer.

<sup>4</sup> P. Mayer, note sous Cass. com., 2 déc. 2008 *préc.*, *Rev. arb.* 2009, p. 327, *sp.* p. 333.

<sup>5</sup> CA Paris, 9 avr. 2009 ; *Rev. arb.* 2009, p. 436 ; *JCP* 2009, I, 462, n° 17, obs. J. Ortscheidt ; CA Paris, 18 sept. 2003, *Rev. arb.* 2004, p. 311 (3<sup>e</sup> espèce), note J.-B. Racine ; CA Paris, 27 févr. 1997 ; *Rev. arb.* 1998, p. 159, note Ch. Jarrosson.

<sup>6</sup> Ch. Seraglini et J. Ortscheidt : *Droit de l'arbitrage interne et international*. Montchrestien, 2013, *sp.* n° 958, p. 873.

parties de renoncer au recours en annulation. En ce sens, le pouvoir de la Cour d'appel de contrôler la sentence rendue entre les parties semble dans une certaine mesure contractuelle. S'il est en effet loisible aux parties d'y renoncer, c'est que le recours en annulation constitue une composante contractuelle par défaut de leur convention.

Il a par ailleurs été avancé à l'appui de l'admission de l'intervention des tiers aux recours en annulation que, ne s'agissant que de contrôler la sentence et non de statuer sur le fond, « l'intervention volontaire d'un tiers à l'instance ne paraît donc pas incompatible avec la nature contractuelle de l'arbitrage au stade du contrôle de la validité de la sentence par le juge »<sup>1</sup>. Par ailleurs, si l'invocation de la majorité des motifs d'annulation de la sentence semble devoir être réservée aux parties, la contrariété de la sentence à l'ordre public international devrait pouvoir être invoquée par tout intéressé. Dès lors, il pourrait sembler opportun de considérer que les tiers intéressés par la sentence puissent intervenir au stade du recours en annulation, ce d'autant plus que les autres voies de recours réservées aux tiers pour contester la sentence leur sont fermées.

#### B. L'exclusion de la tierce opposition contre les sentences internationales.

674. ***Le caractère contestable de l'exclusion.*** Le principe est fermement établi que la voie de la tierce opposition est fermée en matière d'arbitrage international. Pourtant, même si la Cour de cassation se refuse à l'admettre<sup>2</sup>, des arguments militent en faveur de l'admission de la tierce opposition en la matière<sup>3</sup>. « Quant à la tierce opposition, on aurait pu là encore admettre qu'elle soit ouverte puisqu'elle ne dépend pas de la nature interne ou internationale de la sentence, mais plutôt de savoir si celle-ci fait ou non grief au tiers qui agit et pour lequel le caractère interne ou international du litige est indifférent. En outre, la tierce opposition vise à priver d'effet la sentence sur un territoire donné à l'égard d'une personne, se plaçant donc dans le double registre de l'effet de la sentence et non de la validité, et d'une limitation territoriale, et non universelle. L'admission de la tierce opposition en matière internationale n'aurait donc nullement contrevenu à la conception française universaliste de l'arbitrage international »<sup>4</sup>.

675. ***Les obstacles pratiques à la tierce opposition.*** En pratique, la tierce opposition principale peut sembler ardue à exercer. La décision à critiquer n'est, en effet, pas nécessairement portée à la connaissance du tiers, notamment si elle est exécutée spontanément sans le recours à l'appui des juridictions étatiques. Le tiers, dans l'ignorance de la décision, est *de facto* dans l'impossibilité de la contester<sup>5</sup>. Il en va différemment en matière de tierce opposition incidente, formée dans le cadre d'un litige. On peut en effet se demander si le droit de critiquer une décision, de quelque juridiction qu'elle émane, ne participe pas des droits de la défense. Le tiers se retrouve en effet dans l'incapacité de contester une sentence arbitrale qui peut

---

<sup>1</sup> Ch. Seraglini et J. Ortscheidt : *Droit de l'arbitrage interne et international*. Montchrestien, 2013, *sp.* n° 958, p. 873.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 oct. 2009, n° 07-21990 ; *D.* 2009, pan. p. 2959, obs. Th. Clay ; *D. act.* 14 oct. 2009, obs. X. Delpech.

<sup>3</sup> En faveur de l'ouverture de cette voie de recours, v. E. Loquin : « Perspective pour une réforme des voies de recours », *Rev. arb.* 1992, p. 321, *sp.* p. 333.

<sup>4</sup> Th. Clay : « “Liberté, Égalité, Efficacité” : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage » deuxième partie, *JDI*, n° 3, juill. 2012, doct. 8.

<sup>5</sup> Cet obstacle pratique se retrouve évidemment de la même manière concernant les interventions des tiers à la procédure arbitrale.

potentiellement engendrer des effets déterminants sur sa propre situation. Par ailleurs, l'intervention et la tierce opposition paraissent les deux faces d'une même pièce concernant la sauvegarde des droits des tiers par rapport à une décision juridictionnelle, il semble quelque peu incohérent de prôner une admission plus large de l'intervention en matière d'arbitrage tout en refusant d'en tirer les conséquences logiques relativement à l'admission de la tierce opposition.

Les obstacles qui pourraient être opposés à la tierce opposition « défensive », dans le cadre d'une procédure, ne semblent pas dirimants. D'une part, la problématique de la confidentialité devrait s'évanouir dans la mesure où une telle tierce opposition défensive suppose que la décision en question soit portée à la connaissance du tiers opposant. Quant à la sécurité juridique, cet argument étant écarté pour la tierce opposition relative à une décision rendue par une juridiction étatique, la seule considération de l'origine, étatique ou arbitrale, de la décision critiquée ne semble pas un argument suffisant pour attenter aux droits des tiers, et ce peu important la nature interne ou internationale du litige en question. Par ailleurs, les effets de la tierce opposition ne réalisent pas nécessairement une remise à plat de l'ensemble du litige ayant déjà été tranché par l'arbitrage. S'agissant de la simple inopposabilité de la sentence au tiers, la solution édictée par la sentence entre les parties ne devrait pas en être affectée. En ce cas, la sécurité juridique ne subirait qu'une atteinte justifiée au regard de la nécessité de préserver les droits des tiers.

**676. Une distinction quant aux conséquences éventuelles de la tierce opposition ?**

L'hypothèse dans laquelle la tierce opposition aboutirait à une remise à plat de la situation juridique des parties originelle dans son ensemble ne doit cependant pas être éludée. Elle se révèle éminemment problématique à plusieurs égards et notamment, en premier lieu, au regard de la juridiction compétente. Il apparaît en effet inconcevable de soumettre le litige déjà tranché préalablement par arbitrage à une juridiction étatique. Une telle solution ferait trop peu de cas de la volonté initiale des parties de recourir à l'arbitrage. Problématique relativement à la confidentialité ensuite : reprendre un litige à zéro pour confronter les prétentions d'un tiers semble en effet une chose toute différente que de ne révéler que l'issue du litige d'origine déjà tranché par arbitrage. L'atteinte à la confidentialité éventuelle semble dès lors extensive et, à nouveau, peu compatible avec le pouvoir accordé en la matière à la volonté des parties originelles.

Il apparaît que ces deux obstacles ne pourraient être levés qu'en imposant au tiers de recourir à l'arbitrage, de la même manière qu'il serait envisageable qu'il intervienne volontairement à la procédure. En ce cas, tant la confidentialité que la volonté de recourir à l'arbitrage seraient préservées. Le tiers aurait alors le choix de se soumettre à la procédure arbitrale dans les mêmes conditions que celles ayant abouti à la sentence critiquée ou de s'accommoder de la situation juridique établie par la sentence antérieurement rendue en contravention avec ses intérêts. Une telle option ne représente pas pour le tiers une panacée mais présenterait l'avantage de lui ouvrir un moyen conditionné de critiquer et de remettre en cause une décision qui préjudicie gravement ses intérêts.

\*  
\*   \*  
\*

La volonté des tiers semble relativement bien prise en considération par les juridictions étatiques qui permettent leur immixtion dans des procédures susceptibles de les intéresser, parfois au sacrifice de certains principes de droit processuels. Cette attention au respect des intérêts des tiers permet d'octroyer à leur volonté une influence raisonnable sur les procédures susceptibles de les concerner. La volonté des tiers de préserver leurs intérêts peut ainsi se manifester tant au moment même du traitement du litige, par leur intervention à une instance engagée, que postérieurement, par un droit de critique de la décision qui leur cause un préjudice.

L'arbitrage apparaît quant à lui particulièrement rétif à la volonté et à la prise en considération des intérêts des tiers. Les origines de cette réticence, liées à la source contractuelle de l'arbitrage, semblent cependant susceptibles d'être dépassées dans le but supérieur d'assurer la cohérence et la sécurité juridique non seulement des droits des litigants mais également des tiers, afin de permettre une insertion cohérente et équilibrée de la sentence arbitrale dans les ordres juridiques éventuellement concernés. S'il semble en effet que les sentences arbitrales ne fassent pas l'objet de heurts lors de leur opposition aux tiers, c'est probablement car le droit de l'arbitrage international ne laisse aucune place à une telle contestation par les tiers de la décision ainsi rendue. Ménager cette place aux intérêts des tiers apparaît pourtant fondamental afin de permettre au fabuleux instrument qu'est l'arbitrage de bénéficier de toute la légitimité qu'il mérite. Dès lors, que ce soit par la voie d'une admission de l'intervention volontaire à la procédure arbitrale ou par celle de l'ouverture de la tierce opposition à la sentence faisant grief au tiers, il apparaît nécessaire de mener une réflexion sur la place que doit laisser l'arbitrage à la volonté et aux intérêts des tiers et d'infléchir en conséquence certaines positions. Il semble en effet essentiel de permettre aux tiers de ne pas se retrouver voués à subir cette justice d'origine contractuelle décidée par les parties. Car, si l'origine en est conventionnelle, le résultat n'en reste pas moins juridictionnel et devrait tendre à réaliser une justice exempte de critique, non pas parce que cette voie est fermée, mais parce qu'elle est réellement irréprochable et à vocation universelle.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

La volonté est susceptible d'intervenir à toutes les étapes de la vie d'un conflit. De sa naissance jusqu'à sa mort, parfois à l'origine de sa résurrection, la volonté anticipe, prévient, infléchit, oriente, aménage, ou achève le conflit. La souplesse et l'adaptabilité dont elle est le vecteur permettent aux parties d'aborder le différend en fonction de sa nature et des intérêts qu'il met en jeu. Tour à tour prévenant l'inexécution du contrat, définissant sa sanction, dissuadant d'agir en justice, aménageant le traitement amiable ou autoritaire des conflits, restreignant ou aménageant la possibilité d'une sanction ou l'action en justice, la procédure, la compétence, le temps contentieux, la mission du juge, ses référentiels, instrumentalisant sa *jurisdictio* ou son *imperium*, la volonté conjointe des parties semble embrasser tous les paramètres de la gestion d'un conflit. Sa force n'est pas identique selon qu'elle se déploie dans la phase précontentieuse ou une fois le conflit déjà mûr juridiquement. Son influence, lorsqu'elle est conjointe, et notamment au stade précontentieux, est déterminante. Les effets de la volonté individuelle apparaissent, de prime abord, moins spectaculaires. Les négliger serait cependant une grave erreur tant la volonté d'un seul, qu'il soit plaideur ou tiers, est susceptible d'influencer le déroulement et le dénouement d'un litige.

Il ressort de cette étude que les parties contractantes accordent une grande confiance en leur volonté conjointe de trouver une solution amiable à leurs différends éventuels. Les nombreux processus de négociations assistées prévus dans les contrats internationaux appuient le sentiment que les professionnels, forts de la rationalité économique qui les caractérise, ont la conviction qu'une volonté éclairée et dépouillée des éléments subjectifs qui l'obscurcissent aboutira à un accord amiable. C'est la raison pour laquelle la volonté initiale accorde tant de crédit à la volonté renouvelée lors du différend. Cette approche optimiste néglige cependant le fait que les clauses imposant un préalable de négociation constituent parfois des armes dilatoires redoutables à la disposition du contractant de mauvaise foi. La volonté renouvelée peut alors se muer en prétexte à l'abus, qui doit être débusqué et sanctionné sous peine de ternir l'image de la justice consensuelle.

Les sanctions contractuelles en cas de défaut de mise en œuvre des processus préalables à l'action en justice semblent relativement inefficaces. Le droit processuel doit alors être sollicité afin d'assurer le respect des engagements de parties. Il apparaît ainsi souhaitable que l'avancée réalisée au sujet des clauses de médiation préalable soit étendue aux autres clauses façonnant des processus amiables préalables à l'action en justice. La volonté renouvelée des parties ne doit cependant pas être démesurément contrainte par leur volonté initiale. Afin de ne pas retarder ou perturber inutilement l'œuvre de justice, il conviendrait de restreindre, notamment dans le temps, l'invocation de la sanction procédurale du non respect de ces clauses, que l'on peut par ailleurs considérer inadaptée. Sa possible invocation en tout état de cause incite à la considérer contreproductive au regard des objectifs poursuivis par la clause.

S'agissant d'encadrer leurs relations par le contrat qui régit leurs droits et obligations, la volonté des parties se confronte en effet à plusieurs types de limites. L'une d'entre elles découle du contenu du contrat lui-même et de la définition, par les parties, de leurs obligations et de leurs droits respectifs. Il n'est en effet pas admis que les stipulations des parties attendent trop en profondeur à la raison d'être du contrat. C'est la raison pour laquelle toutes les fois où la volonté des parties a pour effet de priver le contrat de son utilité ou de distendre à l'excès les conséquences d'un manquement contractuel, la jurisprudence refuse de donner effet aux stipulations excessives convenues. Le juge oppose ainsi le raisonnable aux parties tentées

d'abuser de leur liberté. La modération de la clause pénale, l'inefficacité des clauses limitatives de responsabilité qui attenteraient à la substance du contrat ou l'impossible renonciation à toute action sanctionnant l'inexécution des obligations essentielles du contrat résultent de la confrontation du juge, gardien du contrat et de son utilité, à la volonté des parties, considérée déraisonnable. Le juge parfois s'arroge le droit de contrarier les prévisions légitimes des parties, en ne respectant pas la composante comminatoire de la clause pénale ou en introduisant trop d'incertitude dans le régime de la clause limitative de réparation. Parfois encore c'est le contrat terminant la contestation des parties qui est déconsidéré par le juge qui fait alors prévaloir sa conception de la justice sur celle que se sont données les parties. L'intervention du juge sur les prévisions des parties semble dès lors ambiguë : gardien du contrat d'une part, autoproclamé gardien de la Justice absolue de l'autre, son rôle semble dans les faits varier en fonction des domaines et des espèces.

Certaines limites au pouvoir des contractants doivent être imposées dans des domaines particuliers. La dissuasion illégitime d'agir en justice opérée par la volonté d'un seul doit en ce sens être combattue avec une vigueur accrue afin de contrer la logique économique présidant à l'insertion des clauses abusives. La récente réforme du droit de la consommation semble avoir pris en compte cet écueil et a renforcé les moyens de lutter contre cette dissuasion illégitime. La volonté de dissuasion des conflits doit en effet en ce cas être sanctionnée.

Le contrat se heurte également à l'indisponibilité de certains droits ou prérogatives processuelles qui sont, parfois temporairement, rétifs à toute contractualisation au stade de la conclusion du contrat. La naissance du litige joue alors un rôle libérateur de la volonté des parties, leur permettant de renoncer à l'appel devant les juridictions étatiques, de déroger à la compétence matérielle d'une juridiction, ou encore de confier au juge judiciaire la mission de statuer en amiable compositeur. Or cette limitation temporelle du pouvoir de la volonté des parties peut sembler particulièrement inopportune et artificielle dans la mesure où certaines de ces prérogatives sont permises en matière de justice arbitrale. La distinction entre les deux justices peut, certes, trouver sa justification dans leurs domaines respectifs qui ne sont pas superposables. Il devrait cependant être envisageable d'ouvrir plus largement ces facultés processuelles non limitées en matière d'arbitrage lorsque les conditions pour y recourir sont remplies devant les juridictions étatiques.

Le droit de l'arbitrage devrait en ce sens inspirer le droit processuel français afin de lui insuffler une plus grande souplesse. Le respect de la volonté des parties qui transparait des règles matérielles peu à peu imposées en matière d'arbitrage pour assurer la vigueur de la validité et la séparabilité de la clause compromissoire gagnerait également à être étendu, en matière judiciaire, aux clauses relatives aux litiges opérant, dans le temps, dans l'espace ou en matière de compétence, un conditionnement du droit d'action. L'évolution semble déjà amorcée s'agissant des clauses attributives de juridiction et des clauses de médiation préalable mais mériterait également d'être consacrée concernant les autres clauses relatives aux litiges, plus précisément celles touchant au droit d'action. Une telle extension serait en effet de nature à prévenir les manœuvres dilatoires lors de l'initiation de l'action et à assurer le respect de l'autonomie de la volonté en la matière.

Le temps semble constituer une préoccupation majeure de la gestion des conflits par la volonté des parties, et ce à tous les stades de l'existence du différend. S'agissant de la gestion du temps du conflit, le pouvoir de la volonté est particulièrement important. Au sein de leur contrat, les parties peuvent en effet réduire les délais dans lesquels une action pourra être intentée, en jouant sur les délais de prescription mais également sur le point de départ de ces

délais ou sur les causes de suspension ou d'interruption de ceux-ci. Cette faculté permet aux parties de gérer le conflit dans le temps et de tirer un trait, un tel délai écoulé, sur des contentieux potentiels, permettant une réallocation des ressources plus rapides pour les opérateurs économiques. Dans ces cas, la seule limite à la volonté des parties semble la préservation d'un délai utile pour agir en justice. Par leur volonté, les parties peuvent également influencer sur le temps du litige dans la phase contentieuse, soit qu'il s'agisse de repousser le traitement juridictionnel du différend, d'organiser les facultés d'actions en justice, d'influer sur l'écoulement du temps judiciaire ou encore d'accélérer, de suspendre ou de rallonger le temps de la procédure par leur accord pour radier l'affaire du rôle, par le choix d'une procédure rapide ou par l'adoption d'une tactique dilatoire.

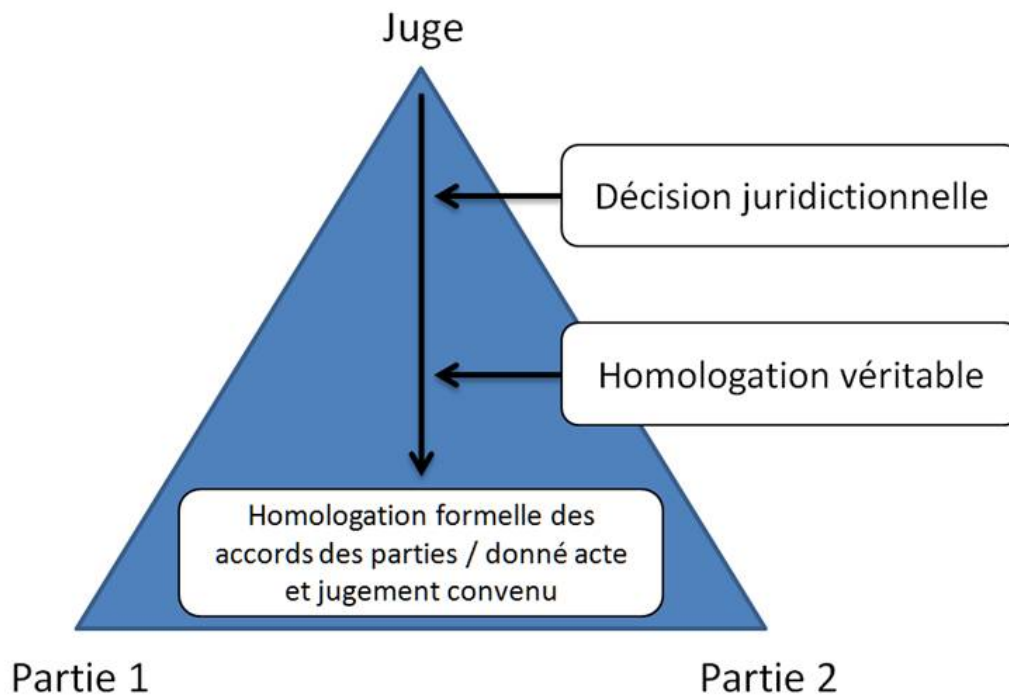
L'emprise de la volonté des parties sur la gestion du temps du litige est cependant tempérée par ce qui constitue un des obstacles majeurs à leur liberté dans la phase contentieuse : la mission du juge qui doit, en la matière, veiller au bon déroulement de l'instance et au respect de certains principes tenant à l'organisation du service public de la justice. Ce pouvoir du juge sur l'instance et, indirectement, sur l'action en justice des parties, en particulier sur son périmètre, peut sembler trop important lorsque les intérêts en jeu ne concernent que des modalités pratiques de l'instance qui n'affectent pas le cœur de la mission juridictionnelle du juge. Dans le cas contraire cependant, lorsque ce qui est en cause est sa faculté de juger, son pouvoir de régulation de la volonté des parties semble nécessaire afin d'assurer la qualité de la Justice.

La faculté de juger n'est cependant pas hors d'atteinte de la volonté des parties. Certaines conventions limitant, étendant ou canalisant l'office du juge peuvent en effet être conclues par les parties, attendant dès lors à cette conception absolutiste de la justice défendue par ailleurs. Pour l'instant envisageables seulement une fois le litige né en matière judiciaire, leur limitation temporelle semble à nouveau ne pas se justifier au regard de la liberté accordée aux parties en matière arbitrale. Par ces conventions, les parties s'écartent du droit, soit en prononçant la primauté de l'équité sur celui-ci, soit en empêchant le juge de l'appliquer comme il le ferait s'il était seul maître des qualifications et points de droit. Une telle mise à distance de la légalité par la volonté des parties semble remarquable mais est peu exploitée en raison précisément du conditionnement temporel, imposé par la loi ou prétendu comme tel, qui tend en pratique à vider ces facultés de leur intérêt.

La *jurisdictio* du juge peut ainsi être affectée par la volonté des parties. Son *imperium* est également parfois convoité par ces dernières et se met à leur service s'agissant notamment de conférer une efficacité accrue à leurs accords. Les pouvoirs de contrôle du juge sur ces conventions font débat : doit-il apprécier le contenu des accords auxquels il confère force exécutoire ou, respectant la volonté des parties dès lors qu'elle lui semble plausible, doit-il se contenter de répondre à une demande des parties ? Conditionner la pleine efficacité de la convention librement conclue à la vérification de son contenu substantiel apparaîtrait excessif au regard de la liberté contractuelle. Le juge joue alors un rôle de récipiendaire de la volonté des parties. Il en va autrement lorsque le juge intervient afin de faire accéder la convention des parties à la vie juridique par son homologation. Son rôle d'avaliseur, en ce cas déterminant, justifie un pouvoir d'appréciation au fond de la convention. L'instrumentalisation des pouvoirs du juge par les parties au regard de leur accord peut sembler plus pernicieuse lorsque l'existence de cet accord lui est dissimulée pour des motifs parfois douteux. Son pouvoir de *jurisdictio* lui échappe alors encore, à son insu.



La volonté des parties dans le litige pourra ainsi modifier la représentation schématique généralement acceptée du juge, au sommet de la pyramide dont les parties constituent les coins de la base. En effet, la volonté des parties semble de nature à faire varier avec amplitude la hauteur du résultat de l'office du juge sur la médiane en fonction du type de la solution apportée au litige comme suit :



La justice arbitrale apparaît bien plus réceptive que la justice étatique aux aménagements conventionnels des parties, que ce soit relativement à sa compétence, à la procédure, au calendrier ou au choix de la personne de l'arbitre par exemple. Cette plus grande liberté se nourrit d'au moins deux facteurs déterminants : la source conventionnelle de cette justice et son détachement des contraintes étatiques liées aux institutions judiciaires. La volonté des parties n'y est pour autant pas absolue. Deux fondements principaux viennent en effet en limiter la force. D'une part, l'office juridictionnel de l'arbitre constitue le noyau intangible autour duquel gravitent certains principes de nature à restreindre les facultés des parties d'aménager ses pouvoirs. À titre d'exemple, la nécessaire impartialité de l'arbitre, sa faculté de régler la procédure et le principe d'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral canalisent la volonté des parties en protégeant les fondements nécessaires à la réalisation d'une bonne justice. Cet objectif d'une justice de qualité est par ailleurs relayé<sup>1</sup> par une des caractéristiques de l'arbitrage qui tend à se muer en véritable principe susceptible de se confronter à la volonté des parties. La prévalence du principe d'efficacité de l'arbitrage sur son fondement contractuel peut, à certains égards, apparaître à la fois surprenante et liberticide.

L'exercice de la volonté d'une seule partie pour influencer sur le déroulement du procès permet à celle-ci, à nouveau, de gérer le temps contentieux, en l'accéléralant par le choix de

<sup>1</sup> On peut par ailleurs se demander si une justice de qualité n'est pas, nécessairement, efficace. Sous cet angle, ce principe d'efficacité ne serait qu'une des composantes de cette exigence de qualité de la justice.

procédures rapides, en le ralentissant par l'emploi de manœuvres dilatoires ou en y mettant un terme par une renonciation. Le constat de l'utilisation de certains moyens de défense dans un but dilatoire incite à s'interroger sur les moyens de prévenir de telles pratiques. La consécration du principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, dérivé de la loyauté procédurale, apparaît à cet égard souhaitable. Une réflexion semble également devoir être menée afin de contrer les utilisations détournées auxquelles peuvent donner lieu les fins de non-recevoir d'origine conventionnelle.

Le procès présente un intérêt évident pour la partie qui l'a initié. Il est également susceptible de représenter un intérêt particulier pour le défendeur, mais également pour les tiers. Cette notion d'intérêt se révèle dans certains cas centrale s'agissant d'analyser l'emprise de la volonté individuelle, d'une partie ou d'un tiers, sur le litige. En ce sens, les effets de la volonté abdicative d'une des parties peuvent, une fois le traitement contentieux initié, être soumis à l'accord de son adversaire. L'intérêt que représente pour lui la procédure engagée justifie en effet que la volonté d'un seul, qui peut pourtant être à l'origine de la procédure, ne soit pas en toute circonstance en mesure d'y mettre fin, y compris par renonciation.

L'intérêt de la procédure semble également fonder l'ingérence d'un tiers sur la procédure initialement intentée en son absence. Sa volonté peut, en matière judiciaire, entraîner des conséquences importantes sur le litige des parties, notamment la modification du périmètre de celui-ci lors de son traitement. Son influence peut également déployer ses effets postérieurement à la décision qui porte préjudice à ses intérêts et aboutir à des solutions peu cohérentes, du moins pour la partie « pivot ». Cette influence potentielle de la volonté des tiers assume cependant un rôle essentiel, celui d'assurer qu'une solution dans un litige donné puisse s'intégrer sans heurts dans l'ordre juridique. Cet objectif n'est manifestement pas assuré en matière arbitrale. La volonté des tiers y est en effet ignorée et ne permet ni l'intervention de tiers, ni la remise en cause d'une solution qui préjudicierait à leurs intérêts. Une telle approche renforce son efficacité et la robustesse de la sentence arbitrale. Elle laisse cependant l'impression amère que cette justice, pourtant si efficace et si souple, n'est que parcellaire. La réflexion sur les moyens de la prise en considération des intérêts des tiers mériterait donc d'être poursuivie afin de trouver des solutions plus satisfaisantes.

Il ressort de cette étude que la volonté constitue un puissant outil de gestion des conflits. Si elle n'est ni libre ni efficace en toutes circonstances, elle permet néanmoins aux parties de s'approprier le traitement de leurs différends et de déterminer les règles les plus aptes à répondre à leurs besoins particuliers. Selon les cas, il semblera essentiel de restreindre les abus de volonté des parties ou au contraire de laisser plus de place à cette volonté individuelle. Il semble ainsi parfois nécessaire de limiter la toute puissance de la volonté des parties dans la phase précontentieuse dans laquelle elle se déploie déjà dans une très large mesure pour éviter notamment que cette liberté, parfois employée à des fins de stratégie processuelle ou dans un esprit de domination du cocontractant ne dégénère en abus. La force de la volonté des parties semble devoir être respectée afin de lui permettre de mettre un terme aux différends par leur volonté renouvelée. Une fois le contentieux entamé, il semble qu'il conviendrait de lui accorder une place plus grande lorsque les obstacles que la loi ou la jurisprudence dressent face à elle semblent pouvoir s'effacer, dans certaines limites, lorsque les intérêts en cause ne sont pas suffisamment importants pour justifier la dépossession des parties de la gestion de leur contentieux.

Les prérogatives des parties apparaissent à cet égard souvent démesurément limitées dans le temps, particulièrement en matière judiciaire. Il en va ainsi pour l'amicable composition

en droit judiciaire, pour la transaction ou encore pour le respect des qualifications et points de droit des parties, dans les faits limitées de manière difficilement compréhensibles. Dans toutes ces hypothèses, la limitation temporelle de l'expression valable de la volonté des parties peut être mise en doute sans que des justifications valables ne s'imposent. Il est dès lors légitime de se demander si les restrictions ainsi apportées à la volonté des parties en ces matières ne devraient pas tout simplement disparaître au profit d'une plus grande souplesse et au nom de la liberté.

Les obstacles, d'origine contractuelle ou processuelle, qui la confrontent sont souvent légitimes. Il en va ainsi par exemple lorsqu'il s'agit de condamner les abus auxquels une trop grande liberté peut donner lieu. Parfois, ces obstacles manquent de justification solide. C'est particulièrement le cas lorsque le juge s'arroge le pouvoir de contrarier frontalement la volonté conjointe des parties, comme cela peut être déploré en matière de révision de la clause pénale ou d'irrespect de la transaction des parties. C'est également le cas lorsque la volonté des parties d'influer sur les composantes du procès civil afin de maximiser, pour elles, l'utilité de celui-ci, entrent en conflit avec les pouvoirs étendus du juge sur l'instance. La volonté des parties devrait alors prévaloir en sa qualité de principal vecteur de liberté.

# BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

## OUVRAGES GÉNÉRAUX

A. Bénabent :

- *Droit civil. Les obligations*. Montchrestien, 14<sup>e</sup> éd., 2014.
- *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*. Montchrestien, 10<sup>e</sup> éd., 2013.

H. Brown et A. Marriott : *ADR Principles and practice*. Sweet& Maxwell, Londres, 1993.

L. Cadet : *Découvrir la justice*. Dalloz, 1997.

L. Cadet et E. Jeuland : *Droit judiciaire privé*. Litec, 7<sup>e</sup> éd., 2011.

L. Cadet, J. Normand et S. Amrani Mekki : *Théorie générale du procès*. PUF, 2010.

J. Calais-Auloy et F. Steinmetz : *Droit de la consommation*. Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2006.

H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette : *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*. t. 2, Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2008.

J. Carbonnier :

- *Les obligations*. PUF, 22<sup>e</sup> éd., 2000.
- *Flexible droit- pour une sociologie du droit sans rigueur*. LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2001.
- *Introduction*. PUF, coll. « Thémis », 27<sup>e</sup> éd. 2002.
- *Sociologie juridique*. PUF, Quadrige, 2<sup>e</sup> éd., 2012.

Th. Clay : *Code de l'arbitrage commenté*. LexisNexis, 2015.

R. D. Cooter et D. L. Rubinfeld : « Economic analysis of legal disputes and their resolution », *Journal of Economic Literature*. vol. XXVII, p. 1067.

G. Cornu et J. Foyer : *Procédure civile*. PUF, 3<sup>e</sup> éd. 1996.

G. Couchez et X. Lagarde : *Procédure civile*. Sirey, 16<sup>e</sup> éd. 2010.

R. David : *L'arbitrage dans le commerce international*. Economica, 1982.

W. Ury, R. Fisher et B. Patton : *Comment réussir une négociation (Getting to Yes)*. Seuil, 2006.

M. Fontaine et P. De Ly : *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses*. Forum Européen de la Communication, Bruylant, 2003.

M. Fontaine et G. Viney (dir.) : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*. Bruylant –LGDJ, 2001.

Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman : *Traité de l'arbitrage commercial international*. Litec, 1996.

- M.-A. Frison-Roche et D. Mazeaud (dir.) : *L'expertise*. Dalloz, 1995.
- Th. Garby : *La gestion des conflits*. Coll. Entreprise et perspectives économiques, Economica, 2004.
- F. Gaudu et R. Vatinet : *Les contrats de travail, contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*. LGDJ, 2001.
- J. Ghestin : *Cause de l'engagement et validité du contrat*. LGDJ, 2006.
- J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau : *Traité de droit civil -Les effets du contrat*. LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2001.
- J. Ghestin (dir.), G. Viney et P. Jourdain : *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*. LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2001.
- S. Guinchard (dir.) et alii : *Droit processuel. Droit commun du procès*. Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2013.
- S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand : *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*. Dalloz, 32<sup>e</sup> éd. 2014.
- S. Guinchard (dir.) : *Droit et pratique de la procédure civile*. Dalloz action, 2012/2013.
- M. Hauriou : *Principes de droit public*. Dalloz, 2010.
- J. Héron et Th. Le Bars : *Droit judiciaire privé*. Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd., 2012.
- Ch. Jamin (dir.) : *Droit et économie des contrats*. LGDJ, 2008.
- Ph. Le Tourneau (dir.) et alii : *Droit de la responsabilité et des contrats*. Dalloz Action, 2006/2007.
- E. Mackaay et S. Rousseau : *Analyse économique du droit*. Dalloz - Les éditions Thémis, 2<sup>e</sup> éd., 2008.
- Ph. Malaurie : *Introduction générale*. Cujas, 2<sup>e</sup> éd. 1994.
- Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck : *Les obligations*. Defrénois, 6<sup>e</sup> éd., 2013.
- Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier : *Contrats spéciaux*. LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2014.
- Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki : *Droit des obligations*. Litec, 13<sup>e</sup> éd., 2014.
- H., L., J. Mazeaud et F. Chabas : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. t. III, 2<sup>e</sup> vol., LGDJ, Lextenso, 6<sup>e</sup> éd. refondue, 2014.
- B. Mercadal : *Contrats et droit de l'entreprise*. Mémento pratique F. Lefebvre, 2005.
- Montesquieu : *De L'esprit des lois*. Flammarion, 2008.

C. W. Moore : *The Mediation Process*. Jossey-Bass, 3<sup>rd</sup> ed., 2003.

H. Motulsky :

- *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*. Sirey, 1948.
- *Écrits, t. I : études et notes de procédure civile*. Préf. G. Bolard, Dalloz, 2009.
- *Écrits t. II : études et notes d'arbitrage*. Préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, Dalloz, 1974.

M. Mousseron : *Technique contractuelle*. Éditions juridiques F. Lefebvre, 4<sup>e</sup> éd., 2010.

M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de La Pradelle : *Droit international privé*. LGDJ, 2007.

A. Ogus et M. Faure : *Économie du droit : le cas français*. Avant propos L. Vogel, éd. Panthéon Assas, 2002.

B. Poncelet : *Traité des jugements suivi du traité des actions*. Lagier, 1835.

M.-Cl. Rivier et P. Ancel : *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*. Economica, coll. Etudes juridiques, vol. 10, 2001.

J. Robert et B. Moreau : *L'arbitrage. Droit interne et droit international privé*., Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 1993.

H. Roland et L. Boyer : *Adages du droit français*. Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1999.

C. Samson et J. McBride : *Solutions de rechange au règlement des conflits. Alternative dispute resolution*. Les presses de l'Université Laval, Ste Foy, 1993.

A. Schneebalg et E. Galton : *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*. Economica, 2003.

Ch. Seraglini et J. Ortscheidt : *Droit de l'arbitrage interne et international*. Montchrestien, 2013.

E. Serverin, P. Lascoumes et Th. Lambert : *Transactions et pratiques transactionnelles. Sujets et objets des transactions dans les relations conflictuelles de droit privé et de droit public*. Economica, 1987.

Ph. Stoffel-Munck et Ph. Le Tourneau (dir.) : *Droit de la responsabilité et des contrats*. Dalloz Action, 7<sup>e</sup> éd., 2008.

F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire et M. Levinet : *Grands Arrêts de la CEDH*. PUF, 5<sup>e</sup> éd., 2005.

F. Terré (dir.) : *Pour une réforme du droit des contrats*. Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009.

F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette : *Droit civil. Les obligations*. Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2009.

D. Vidal : *Droit français de l'arbitrage interne et international*. Lextenso, 2012.

G. Viney, P. Jourdain et S. Carval : *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*. LGDJ- Lextenso, 4<sup>e</sup> éd., 2013.

### THÈSES, MONOGRAPHIES

Ch. Albiges : *De l'équité en droit privé*. Préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2000.

M. Almeida Prado : *Le hardship dans le droit du commerce international*. Préf. H. Lesguillons, Bruylant, 2003.

S. Amrani-Mekki : *Le temps et le procès civil*. Préf. L. Cadiet, Dalloz, 2002.

C. A. Arrue Montenegro : *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*. Préf. B. Ancel, LGDJ, 2011.

L. Bernheim-Van de Castele : *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*. Préf. Th. Clay, Bruylant, 2012.

J. Billefont : *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*. Préf. Ch. Jamin, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 549, 2013.

C. Blanchin : *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?* Préf. H. Gaudemet-Tallon, LGDJ, 1995.

C. Boillot : *La transaction et le juge*. Préf. P. Le Cannu, PUF- Droit Clermont Ferrand-LGDJ, 2003.

L. Boré : *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*. Préf. G. Viney, coll. Bibl. dr. privé, t. 278, LGDJ, 1997.

M.-E. Boursier : *Le principe de loyauté en droit processuel*. Préf. S. Guinchard, Dalloz, 2003.

L. Boyer : *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*. Thèse, Toulouse, 1948.

S. Carval : *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Préf. G. Viney, LGDJ, 1995.

N. Cayrol : *Les actes ayant pour objet l'action en justice*. Préf. F. Grua, Economica, 2001.

Y. Chartier : *La réparation du préjudice*. Dalloz, coll. connaissance du droit, 1996.

D. Cholet : *La célérité de la procédure en droit processuel*. Préf. G. Guidicelli-Delage, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 466, 2006.

A.-S. Chrétien : *Contrat et action en justice*. Thèse, L. Cadiet (dir.), Nantes, 2000.

- Th. Clay : *L'arbitre*. Préf. Ph. Fouchard, Dalloz, coll. Nouvelle Bibli. Thèses, 2001.
- D. Cohen : *Arbitrage et société*. Préf. B. Oppetit, LGDJ, 1993.
- N. Coipel-Cordonnier : *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*. Préf. M. Fallon et P. Mayer, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1999.
- E. Conte : *Les pouvoirs du juge dans le procès civil*. Thèse, Y. Lobin (dir.), Aix-en-Provence, 1981.
- Ch. Coutant-Lapalus : *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*. Préf. F. Pollaud-Dulian, PUAM, 2002.
- G. Couturier : *La confirmation des actes nuls*. Préf. J. Flour, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 121, 1972.
- Ph. Delebecque : *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*. Thèse dactyl., P. Bonassies (dir.), Aix-Marseille, 1981.
- F. Dreifuss-Netter : *Les manifestations de volonté abdicatives*. Préf. P. Tercier, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 185, 1985.
- L. Dumoulin : *L'expert dans la justice : de la genèse d'une figure à ses usages*. *Economica*, 2007.
- P. Durand : *Des conventions d'irresponsabilité*. Thèse, Paris, 1931.
- A. Engel-Créach : *Les contrats judiciairement formés*. Préf. A. Bénabent, *Economica*, 2002.
- M. de Fontmichel : *Le faible et l'arbitrage*. Préf. Th. Clay, *Economica*, 2013.
- Ph. Gerbay : *Moyens de pression privés et exécution du contrat*. Thèse, C. Ponsard (dir.), Dijon, 1976.
- O. Gout : *Le juge et l'annulation du contrat*. Préf. P. Ancel, PUAM, 1999.
- P. Grosser : *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*. Thèse, J. Ghestin (dir.) Paris I, 2000.
- Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.) : *L'unilatéralisme et le droit des obligations*. *Economica*, 1999.
- R. Japiot : *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle*. Thèse Dijon, 1909.
- Ch. Jarrosson : *La notion d'arbitrage*. Préf. B. Oppetit, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 198, 1987.
- A. Jault : *La notion de peine privée*. Préf. F. Chabas, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 442, 2005.
- J. Joly- Hurard : *Conciliation et médiation judiciaires*. Préf. S. Guinchard, PUAM, 2003.



A.-J. Kerhuel : *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires- un champ d'action de la liberté contractuelle*. Préf. J. Mestre, PUAM, 2010.

Y.-M. Laithier : *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*. Préf. H. Muir-Watt, Thèse, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 419, 2004.

M. Lamoureux : *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*. Préf. J. Mestre, PUAM, 2006.

C. Legros : *L'arbitrage et les opérations juridiques à trois personnes*. Thèse, Rouen, 1999.

E. Loquin : *L'amiable composition en droit comparé et international, Contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage commercial*. Préf. Ph. Fouchard, Librairies Techniques, Litec, 1980.

B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.) : *La transaction dans toutes ses dimensions*. Dalloz, 2006.

R. Mansour Mahran : *Les clauses relatives aux litiges en droit français : aspects internes et internationaux*. Thèse, Ph. Delebecque (dir.) Paris I, 2005.

D. Mazeaud : *La notion de clause pénale*. Préface F. Chabas, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 223, 1992.

R. Mésa : *Les fautes lucratives en droit privé*. Thèse, D. Fasquelle (dir.), ULCO, , 2006.

Y. Muller : *Le contrat judiciaire en droit privé*. Thèse, G. Viney (dir.), Paris I, 1995.

S. Ousmanou : *Les conventions relatives au procès*. Thèse, L. Cadiet (dir.), Rennes, 1996.

A. Outin-Adam : *Essai d'une théorie des délais en droit privé. Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit*. Thèse, Paris II, 1985.

M.-E. Pancrazi-Tian : *La protection judiciaire du lien contractuel*. Préf. J. Mestre, PUAM, 1996.

Ch. Paulin : *La clause résolutoire*. Préf. J. Devèze, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 258, 1996.

G. Piette : *La correction du contrat*. Préf. M. Menjucq, PUAM, 2004.

C. Popineau-Dehaullon : *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*. Préf. M. Goré, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 498, 2008.

L. Poulet : *Transaction et protection des parties*. Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2005.

M.-E. Roujou de Boubée : *Essai sur la notion de réparation*. Préf. P. Hebraud, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 135, 1975.

Ch. Seraglini : *Lois de police et justice arbitrale internationale*. Préf. P. Mayer, Dalloz, coll. Nouvelles Bibli. Thèses, 2001.

F. Terré : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Préf. R. Le Balle, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 2, 1957.

L. Thibierge : *Le contrat face à l'imprévu*. Préf. L. Aynès, Economica, 2011.

F.-X. Train : *Les contrats liés devant l'arbitre du commerce international*. Préf. I. Fadlallah, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 395, 2003.

L. Weiller : *La liberté procédurale du contractant*. Préf. J. Mestre, PUAM, 2004.

## ARTICLES, INTERVENTIONS

\*A\*

M. Allais : « Quelques réflexions sur la Contrainte et la Liberté », *Rev. fr. de sc. pol.* 1952, n° 2, p. 356, *sp.* p. 363.

C. Ambroise-Castérot : « Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008 », *AJ Pénal* 2009, p. 22.

S. Amrani-Mekki, E. Jeuland, Y.-M. Serinet et L. Cadet : « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? à propos du décret « procédure » », *JCP* 2006, I, 146.

S. Amrani-Mekki :

- « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 4-5 juin 2008, p. 2.
- « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription. À propos de la loi du 17 juin 2008 », *JCP* 2008, I, 160.
- « La convention de procédure participative », *D.* 2011, p. 3007.

N. Antaki : « Les contrats de médiation commerciale », in C. Samson et J. McBride : *Solutions de rechange au règlement des conflits. Alternative dispute resolution*. Les presses de l'Université Laval, Ste Foy, Québec, 1993, p. 1.

M. Armand-Prévost :

- « L'arbitre unique, mythe ou réalité ? », *Gaz. Pal.* 10-13 nov. 2004, n° 318, p. 26.
- « Où sont passés les contentieux ? Le règlement des différends entre sociétés commerciales : évolution ou révolution ? », *Gaz. Pal.* 27-28 juin 2007 ; n° spéc.
- « Quelques interrogations sur le traitement des litiges entre sociétés commerciales », *Gaz. Pal.*, 1<sup>er</sup> mars 2007, n° 60, p. 2.

Ch. Atias : « La péremption d'instance entre deux eaux : sanction des parties et gestion du rôle », *D.* 2004, *chron.* p. 2874.

C. Aubert de Vincelles : « Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de réparation portant sur les obligations essentielles », *RDC* 2008, p. 1034.

C. Aubert de Vincelles et N. Sauphanor-Brouillaud : « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, p. 879.

L. Aynès :

- « Le devoir de renégocier », *RJC*, n° sp. nov. 1999, 19, p.11.
- « À propos de la force obligatoire du contrat », *RDC* 2003, p. 323.
- « Clause résolutoire de plein droit : le juge n'a pas de pouvoir modérateur », *Dr. et patr.* juill.-août 2004, p. 41.
- « L'imprévision en droit privé », *RJC* 2005, n° 5, p. 397.

**\*B\***

A. Bac : « De la construction du contrat à sa qualification par le juge », *JCP E* 2001, p. 790.

O. Baldes : « L'estoppel ou l'approche renouvelée des systèmes d'interdiction de l'auto-contradiction en procédure civile », *Procédures* n°3, mars 2013, ét. 5.

W. Baranès et M.-A. Frison-Roche : « Le souci de l'effectivité du droit », *D.* 1996, chron. 301.

J. Barbet et P. Rosher : « Les clauses de résolution de litiges optionnelles », *Rev. arb.* 2010, p. 45.

H. Barbier : « Les clauses de conciliation s'appliquent à toute procédure, et avant toute procédure ! », *D.* 2015, p. 131.

J.-J. Barbiéri : « Voies de nullité ont lieu contre les jugements », *Dr. et patr.* 1997, n° 47, p. 46.

J. Beauchard : « L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction », *Rencontres Université- Cour de Cassation.* 23 oct. 2004, *BICC* hors série, n° 3, p. 51.

P. Bellet :

- « Le juge-arbitre », *Rev. arb.* 1980, p. 394.
- « Le juge et l'équité », in *Études offertes à R. Rodière.* Dalloz, 1981, p. 9.
- « Des arbitres neutres et non-neutres », in *Etudes de droit international en l'honneur de P. Lalive.* Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 398.

B. de Belval : « Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit », *Gaz. Pal.* n° 127-129, 6 mai 2012, p. 11.

A. Bénabent :

- « Le chaos du droit de la prescription extinctive », in *Mélanges dédiés à L. Boyer.* PU Toulouse, 1996, p. 123.
- « Sept clés pour une réforme de la prescription extinctive », *D.* 2007, p. 1800.
- « Les subtilités de frontière entre contrat et jugement », *RDC* 2007, n° 3, p. 759.
- « La fin de non-recevoir tirée d'une clause instituant un préalable obligatoire de conciliation », *BICC*, Hors série, n°3, p. 31.

J.-L. Bergel : « Juridiction gracieuse et matière contentieuse », *D.* 1983, chron. p. 165.

R. Bernard-Menoret : « Les clauses de recours aux MARC : les pièges à éviter », *PA* 3 déc. 2009, n°241, p. 20.

- J. Billemont : « La sentence d'accord-parties : vraie sentence ou transaction déguisée ? », *Rev. arb.* 2013, p. 139.
- E. Blanc : « Principes généraux de la nouvelle procédure civile », *JCP* 1973, Doct. 2559.
- G. Blanc : « La conciliation comme mode de règlement des différends dans les contrats internationaux », *RTD com.* 1987, p. 173.
- E. Blary-Clément : « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », *JCP* 1991, I, 3534.
- C. Bléry :
- « Office du juge : entre activité exigée et passivité permise – Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile », *Procédures* 2012, n° 11, ét. 6.
  - « De la contractualisation à la réglementation unilatérale : dérive des protocoles de la mise en état », *Procédures* 2012, alerte 5.
- E. Boccara : « Un nouveau-né chez les MARL », *Gaz. Pal.* 18 janv. 2011, n° 18, p. 3.
- Ch. Boillot :
- « L'obligation de ne pas faire : étude à partir du droit des affaires », *RTD com.* 2010, p. 243.
  - « Le régime des clauses relatives au litige », *RTD com.* 2013, p. 1.
- M. de Boisséson :
- « Le “mini-trial”, un procès-fictif ? » *PA* 1987, n° 126, p. 34.
  - « La constitution du tribunal arbitral dans l'arbitrage institutionnel », *Rev. arb.* 1990, p. 337.
- M. Boivin : intervention lors du colloque « L'arbitrage et les tiers », *Rev. arb.* 1988, p. 536.
- G. Bolard :
- « Les jugements “en l'état” », *JCP* 1997, I, 4003.
  - « L'arbitraire du juge », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à P. Drai*. Dalloz, 2000, p. 225.
  - « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. arb.* 2004, p. 511.
  - « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP* 2008, I, 156.
- S. Bollée :
- « La clause compromissoire et le droit commun des conventions », *Rev. arb.* 2005, p. 917.
  - « Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 », *Rev. crit. DIP* 2011, p. 553.
- A. Bolze : « Le procès, risque à éviter : les modes alternatifs de règlement des litiges », *RGDA*, 1<sup>er</sup> juill. 2010, n° 3, p. 841.

L. Boré :

- « L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », *D.* 1995, p. 267.
- « *Da mihi factum, dabo tibi jus.* – Une philosophie du procès toujours d'actualité ? », *JCP* 2009, 319.

J. Borricand : « La clause résolutoire expresse dans les contrats », *RTD. civ.* 1957, p. 433.

Ph. Blondel : « Le juge et le droit », in *Le NCPC : vingt ans après : actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997*. La documentation française, 1998, p. 103.

J.-S. Borghetti : « La qualification de clause pénale », *RDC* 2008, n°4, p. 1158.

X. Boucobza : « La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 1998, 495.

D. Boulmier : « Faciliter la conciliation prud'homale... mais pour qui ? », *Dr. Soc.* 2013, p. 837.

J.-F. Bourque : « L'expérience du Centre international d'expertise de la CCI et le développement de l'expertise internationale », *Rev. arb.* 1995, p. 231.

J.-P. Bouscharain : « Le bilan de 22 ans de lutte contre les clauses abusives », *Revue de la concurrence et de la consommation*, éd. du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, n°125, janvier/février 2002, p. 18.

P. Bouzat : « De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité », *Rev. crit. lég. et jur.* 1934, p. 350.

L. Boyer :

- « Un nouveau mode alternatif de règlement des litiges entre médiation et droit collaboratif : la RTOA », *Gaz. Pal.* 26-27 nov. 2008, p. 15.
- « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *RTD civ.* 1951, p. 163.

M. Brandac :

- « L'action en justice, droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de R. Perrot*. Dalloz 1996, p. 1.
- « La nouvelle nature juridique de la prescription en matière civile », *RDC* 2008, 1413.

J.-D. Bredin : « L'amicable composition et le contrat », *Rev. arb.* 1984, p. 259.

E. Brochier et M. Brochier : « Pour une clarification des procédures de médiation et de conciliation dans le code de procédure civile », *D.* 2015, p. 389.

J.-P. Brouillaud : « Plaidoyer pour une renaissance de l'amicable composition judiciaire », *D.* 1997, p. 234.

M. Brisac : « Le rôle de l'expert près d'une cour d'appel en amont du procès », *Gaz. Pal.* 1997, 1, doct. p. 418.

D. Brown-Berset et M. Scherer : « Les modes alternatifs de règlement des différends dans le domaine de la construction », Journées suisses du droit de la construction, *JDC* 2007, p. 265.

J. Burda : « La renonciation au recours en annulation dans le nouveau droit français de l'arbitrage », *RTD com.* 2013, p. 653.

M. Burgard : « L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat », *PA*, 22 sept. 2010, n°189, p. 7.

J.-F. Burgelin, J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche : « L'office de la procédure », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à P. Drai*. Dalloz 2000, p.253.

\*C\*

M. Cabrillac : « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à G. Marty*. Univ. Sc. Soc. Toulouse, 1978, p. 233.

L. Cadiet :

- « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », *Rev. arb.* 1996, p. 3.
- « L'avènement du nouveau Code de procédure civile- Le Code », in *Le NCPC : vingt ans après : actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997*. La documentation française, 1998, p. 45.
- « Les jeux du contrat et du procès, esquisse », in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de G. Farjat*. éd. Frison Roche, 1999, p. 23.
- « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *PA* 5 mai 2000, n°90, p. 30.
- « Les accords sur la juridiction dans le procès », in M.-Cl. Rivier et P. Ancel (dir.) : *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*. Economica, coll. Etudes juridiques, vol. 10, 2001, p. 34.
- « Feu l'exécution immédiate des jugements ? Regrets de la France du milieu », *JCP* 2002, I, 1489.
- « L'économie des conventions relatives à la solution des litiges », in B. Deffains (dir.), Préf. G. Canivet : *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*. Cujas, 2002, p. 313.
- « Le procès est aussi une technique d'organisation ... sur quelques relations du droit des affaires et du droit judiciaire privé », in *Aspects organisationnels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de J. Paillusseau*. Dalloz, 2003, p. 77.
- « *Arbiter, arbitrator* – Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 C. civ. », in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Y. Guyon*. Dalloz, 2003, p. 153.
- « L'effet processuel des clauses de médiation » *RDC* 2003, n° 1, p. 182.
- « Faire lien, propos introductifs », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.) : *La contractualisation de la production normative*. Dalloz, 2008, p. 169.
- « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *Ritsumeikan Law Review*, 2011, n° 28, p. 147.
- « Construire ensemble une médiation utile », *Gaz. Pal.*, 18 juil 2015, n° 199, p. 10.

J. Calais-Auloy : « Faut-il améliorer le système français de lutte contre les clauses abusives ? » disponible :

[http://www.minefe.gouv.fr/fonds\\_documentaire/dgccrf/02\\_actualite/ateliers\\_conso/atelier20h.htm](http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_conso/atelier20h.htm).

G. Canivet : « Économie de la justice et procès équitable », *JCP* 2001, I, 361.

G. Canivet et N. Molfessis : « L'imagination du juge », in *La procédure dans tous ses états, Mélanges en l'honneur de J. Buffet*. Petites affiches, 2004, p. 131.

O. Caprasse : « De la tierce décision obligatoire », *Journal des Tribunaux*, 18 sept. 1999, p. 565.

M. Caratini : « Le contrat de procédure : une illusion ? », *Gaz. Pal.* 1985, doct. p. 639.

J. Carbonnier : « Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ.* 1952, p. 171.

S. Carré : « La confidentialité dans le règlement amiable des litiges », *PA* 5 et 8 août 1994, n° 93 et 94, p. 11.

M.-L. Cartier-Marraud et O. Akyurek : « Crise économique et révision des contrats. Une approche pratique des règles applicables », *Gaz. Pal.* 16 juin 2009, p. 2.

R. Cassin : « Réflexions sur la résolution judiciaire pour inexécution », *RTD civ.* 1945, p. 177.

G. Cavalier : « Principe du contradictoire en matière d'expertise amiable », *D.* 2005, jur. p. 46.

J. Cédras :

- « L'obligation de négocier », *RTD com.* 1985, p. 265.
- « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003, disponible : [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2003\\_37/deuxieme\\_partie\\_tudes\\_documents\\_40/tudes\\_diverses\\_43/doctrine\\_devant\\_6260.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_tudes_documents_40/tudes_diverses_43/doctrine_devant_6260.html)

F. Chabas : « La réforme de la clause pénale », *D.* 1976, chron. 229.

G. Chabot : « La cyberjustice : réalité ou fiction ? », *D.* 2003, chron. 2322.

J.-P. Chazal :

- « Théorie de la cause et justice contractuelle : à propos de l'arrêt Chronopost », *JCP* 1998, I, 152.
- « Présentation du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends », *JCP E* 2012, n° 10, act. 154.

J.-P. Chazal et S. Wattel : « Prescription et vices de procédure : contrariété entre le Code civil et le Code de procédure civile ? », *Procédures* 2009, alerte n° 50.

A. Ciaudo : « La maîtrise du temps en droit processuel », *jurisdoctioria* n° 3, 2009, p. 21, disponible : [http://www.jurisdoctioria.net/pdf/numero3/aut3\\_ciaudo.pdf](http://www.jurisdoctioria.net/pdf/numero3/aut3_ciaudo.pdf).

E. Claudel : « Les techniques contractuelles », in P. Daillier, G. de La Pradelle et G. Habib (dir.) : *Droit de l'économie internationale*. CEDIN-Paris X, Pedone 2004, p. 901.

Th. Clay :

- « La validité de principe de la clause compromissoire en matière interne », *D.* 2003, somm. p. 2469.
- « L'efficacité de l'arbitrage », *PA* 2003, n° 197, p. 4.
- « Qui arrêtera la circulation de la clause compromissoire ? », *D.* 2003, p. 2471.
- « Le modèle pour éviter le procès », in Th. Revet (dir.) : *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*. LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2005, p. 51.
- « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2006, pan. 3026.
- « Les contrats gigognes », *D.* 2006, p. 697.
- « Transaction et autres contrats relatifs aux litiges », in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.) : *La transaction dans toutes ses dimensions*. Dalloz, 2006, p. 13.
- « Les mesures provisoires demandées par l'arbitre », in J.-M. Jacquet et E. Jolivet (dir.) : *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*. Litec, 2007, p. 9.
- « Fusion et confusion des sources », *RDC* 2007, p.1449.
- « Le siège de l'arbitrage international entre “ordem” et “progresso” », *Gaz. Pal.* 2008, n° 184, p. 20.
- « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport *Barthélémy-Cette*. », *Droit social*, sept. 2010, p. 930.
- « Le fabuleux régime du recours en révision contre les sentences arbitrales » in *Justice et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*. Dalloz, 2010, p. 651.
- « Droit judiciaire privé », *JCP* 2011, chron. p. 666, n° 8.
- « “Liberté, Égalité, Efficacité” : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage » première partie, *JDI*, n° 2, avr. 2012, doct. 4.
- « “Liberté, Égalité, Efficacité” : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage » deuxième partie, *JDI*, n° 3, juill. 2012, doct. 8.
- « La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le Code civil », *JCP* 21 Avril 2014, doct. 492.

Th. Clay et D. Mainguy : « Arbitrage et action de groupe », *JCP* 2015, n° 573.

D. Cohen : « L'engagement des sociétés à l'arbitrage », *Rev. arb.* 2006, p. 35.

D. N. Commaret : « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.* 1998, chron. p. 262.

A. Comte-Sponville : « Exposé d'ouverture », in *Au cœur des conflits, l'expertise*. 16<sup>ème</sup> Congrès national des experts judiciaires ; Toulouse, 20-21-22 octobre 2000, sous la présidence de G. Sagnol, Président de la F.N.C.E.J., p. 19.

G. Cornu :

- « De l'énormité des peines stipulées en cas d'inexécution partielle du contrat de crédit-bail », *RTD civ.* 1971, p. 167.
- « Clause résolutoire expresse et obligation de bonne foi », *RTD civ.* 1977, p. 341, n°2
- « Le juge-arbitre », *Rev. arb.* 1980, p. 373.



- « Les principes directeurs du procès civil par eux mêmes, fragments d'un état des questions », in *Études offertes à P. Bellet*. Litec, 1991, p.83.

Ch. Coslin, D. Lapillonne : « Quel futur pour l'*amicus curiae* en France ? », *Gaz. Pal.* 08 janv. 2013 n° 8, p. 7.

J.-P. Costa : « Le droit à un tribunal et ses limites selon la jurisprudence de la CEDH », in *La procédure dans tous ses états, Mélanges en l'honneur de J. Buffet*. Petites affiches, 2004, p. 159.

F. Creaux-Thomas : « La médiation : opportunité ou “gadget” ? », *JCP* 2009, n° 51, p. 558.

H. Croze :

- « Pouvoir de relever d'office les moyens tirés du Code de la consommation », *Procédures* 2008, comm. 80.
- « La bataille de l'amiable », *Procédures*, févr. 2011, n° 2.

H. Croze et Ch. Laporte : « Mais où est donc passé l'article 1441-4 du Code de procédure civile ? », *Gaz. Pal.* 3 avr. 2012, n° 94, p. 16.

G. Cuniberti : « Action déclaratoire et droit judiciaire européen », *JDI* 2004, p. 77.

O. Cuperlier : « Une nouvelle avancée de la médiation ? », *JCP* 2009, n°26, 43.

**\*D\***

L. D'Avout : « La refonte du règlement Bruxelles I », *D.* 2013, p. 1014.

B. Daille-Duclos : « Clauses limitatives de responsabilité, un nouvel avenir ? », *JCP E* 2010, n°38, 1814.

S. Dauchy : « La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806 », in L. Cadiet et G. Canivet (dir.) : *1806 - 1976 – 2006 ; De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*. LexisNexis, 2006, p. 79, disponible : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01135224/document>

R. David : « L'arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats », in *Mélanges dédiés à G. Marty*. Univ. Sc. Soc. Toulouse, 1978, p. 383.

S. David : « Opacité et dangers du divorce par consentement mutuel », *AJ Famille* 2009, p. 420.

G. Decocq : « Les sentences déclaratoires », *Cah. arb.* 2012, p. 821.

R. Decottignies : « L'erreur de droit », *RTD civ.* 1951, p. 309.

B. Deffains : « L'analyse économique de la résolution des conflits juridiques », *Revue française d'économie*, 1997, vol.12, n° 3, p. 57.

E. Deflers : « Le droit collaboratif en droit de la famille et au-delà », *JCP* 2010, n° 25, 710.

L. Degos : « La consécration de l'arbitrage en tant que justice internationale autonome (à propos des arrêts *Putrabali* du 29 juin 2007) », *D.* 2008, p. 1429.

G. Deharo :

- « L'autorité de la chose transigée en matière civile », *Gaz. Pal.* 30 nov.- 1<sup>er</sup> déc. 2005, p. 3870.
- « Expertise et estimation du prix de cession par un "expert" : analyse de l'article 1843-4 du code civil », *RTD com.* 2007, p. 643.
- « L'efficacité économique de la clause de médiation », *PA.* 26 oct. 2011, n° 213, p. 3.
- « Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective économique et dynamique de droit des contrats », <http://halshs.archives-ouvertes.fr/hal-00649107/>
- « Rationalité juridique et opportunité économique : la médiation est-elle le paradigme d'une conception utilitariste de la justice ? », *PA.* 13 février 2012 n° 31, p. 3.

Ph. Delebecque :

- « Les clauses de responsabilité », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Préf. J. Mestre, Colloque de l'institut des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM 1990, p. 184.
- « Arbitrage et droit de la consommation », *Dr. et patr.*, mai 2002, p. 46.
- « Les renoncements à recours », in *Études offertes au doyen Ph. Simler*. Dalloz, Litec, 2006, p. 563.
- « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation ? », *RDC* 2008, p. 980.

Ph. Delebecque et D. Mazeaud : « Les clauses de responsabilité : clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales », in M. Fontaine, G. Viney (dir.) : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*. Bruylant-LGDJ, 2001, p. 361.

J.-P. Delmas-Saint-Hilaire : « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in P. Durand (dir.) : *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*. LGDJ, 1960, p. 189.

X. Delpech : « LME : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives », *D.* 2008, p. 2220.

J.-L. Delvolvé :

- « L'arbitrage et les tiers : le droit de l'arbitrage », *Rev. arb.* 1988, p. 501.
- « Présentation du texte proposé par le Comité français de l'arbitrage pour une réforme du droit de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2006, p. 491.

J. Deprez : « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*. Travaux de l'association H. Capitant, t. XVII, Dalloz, 1968, p. 28.

Y. Derains : « La révision des sentences dans l'arbitrage international », in *Law of international business and dispute settlement in the 21st century. Liber amicorum Karl-Heinz. Böckstiegel* Carl Heymanns Verlag, 2001, p. 165.

O. Deshayes :

- « L'office du juge à la recherche de sens- à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », *D.* 2008, p. 1102.
- « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et réparation des risques d'inexécution », *RDC* 2008, p. 1018.

N. Dion : « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, p. 195.

M.-D. Douaoui : « Les garanties processuelles fondamentales des parties dans le *mini trial* », *RDAI* 2000, p. 599.

M. Douchy-Oudot : « Convention de procédure participative », *Procédures* 2011, comm. 99.

W. Dross : « Ordre public et transaction », in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.) : *La transaction dans toutes ses dimensions*. Dalloz, 2006, p. 63.

M. Dubisson : « La négociation d'une clause de règlement de litige », *DPCI* 1981, p. 77.

H. Dubout et V. Leroy : « Les clauses de juridiction multiples dans les contrats internationaux », *PA* 18 déc. 2013, n° 252, p. 5.

M. Dupré : « Un processus en vue de la conclusion d'un Marl : la convention de procédure participative », *PA* 2012, n° 94, p. 3.

**\*E\***

J. El Ahdab : « La gestion du risque arbitral par les parties », *Rev. Gén. Dr. Ass.* 2012, n°1, p. 234.

J. El Hakim : « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats », *RIDC* 1997, p. 347.

R. Encinas de Munagorri : « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* » *RTD civ.* 2005, p. 88.

P. Esmein : « Les clauses de non-responsabilité », *RTD civ.* 1926, p. 314.

P. Estoup :

- « Le contrat de procédure en appel », *D.* 1985, p. 195.
- « Le contrat de procédure : illusions et réalités », *Gaz. Pal.* 1985, doct. p. 680.
- « Une institution oubliée : l'arbitrage judiciaire », *Gaz. Pal.* 1986, II, doct. p. 620.

**\*F\***

R. Fabre : « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983, p. 1.

I. Fadlallah : « Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? », *Gaz. Pal.* 5-6 juin 2002, n° 157, p. 26.

F. Fages et L. Jaeger : « Les nouveaux domaines de la clause compromissoire en droit des sociétés », *Bull. Joly* 2001, n° 171, p. 772.

D. Faisantieu : « Le point de vue des conseils techniques des parties », in *Expertise et Conciliation*. Actes du colloque du 9 avril 2009, disponible : <http://www.cnideca.fr/PDF/Colloque-09-04-2009.pdf>.

D. Fasquelle : « L'existence de fautes lucratives en droit français », *PA* 20 nov. 2002, n°232, p. 27.

B. Fauvarque-Cosson : « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, p. 67.

B. Fauvarque-Cosson et J. François : « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.* 2008, p. 2512.

D. Fenouillet : « La Cour de cassation et la chasse aux clauses abusives : un pas en avant, deux pas en arrière ! », *RDC* 2005, p. 718.

Ch. Féral-Schuhl : « Trois questions à Nathalie Tisseyre-Boinet sur le droit collaboratif comme mode alternatif de règlement des conflits », disponible [http://www.droit-collaboratif.org/lib\\_medias/files/6-66.pdf](http://www.droit-collaboratif.org/lib_medias/files/6-66.pdf).

J.-F. Flauss : « De la renonciation à la publicité des débats judiciaires dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme », *PA* 1991, n° 130 p. 20.

M. Fontaine : « Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme », *DPCI*, 1976, p. 7.

Ph. Fouchard :

- « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », *Rev. arb.* 1979, p. 67.
- « L'arbitrage judiciaire », in *Études offertes à P. Bellet*. Litec, 1991, p. 167.
- « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », *Rev. arb.* 1997, p. 329.
- « Suggestions pour accroître l'efficacité internationale des sentences arbitrales », *Rev. arb.* 1998, p. 653.
- « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de G. Farjat*. éd. Frison Roche, 1999, p. 381.
- « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*. Litec, 2001, p. 95.

M. Foulon et Y. Strickler : « Accords et force exécutoire en France », *Gaz. Pal.* 3 sept. 2013, n° 246, p. 8.

J. Foyer :

- « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 20.
- « Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la convention de Rome du 19 juin 1980 », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*. Dalloz, 1994, p. 169.

J. Franck : « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », in *Études du droit de la consommation, Liber amicorum J. Calais-Auloy*. Dalloz, 2004, p. 409.

D. Francon : « La clause de hardship », in *Les troubles d'exécution du contrat en droit français et allemand. Rapport du 11e séminaire commun des facultés de droit de Montpellier et de Heidelberg*. Heidelberg, 1981, p. 299.

N. Fricero :

- « La prescription extinctive un an après la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 : ce qu'il faut savoir ! », *Procédures* 2009, ét. 6, n° 16.
- « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement... », in *Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de S. Guinchard*. Dalloz, 2010, p. 145.
- « Le décret du 20 janvier 2012 : vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat », *AJ Famille* 2012, p. 66.

M.-A. Frison-Roche :

- « Logique, hiérarchie et dépendance des sources du droit », in D. Bourcier et P. MacKay (dir.) : *Lire le droit. Langue, texte et cognition*. LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 121.
- « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA* 1994, p. 483.
- « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.* 1998, p. 43.
- « L'impartialité du juge », *D.* 1999, chron. p. 53.
- « 2+1 = la procédure », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (dir.) : *La justice – l'obligation impossible*. Autrement, Séries Morales, n°16, 1999, p. 214.

\*G\*

F. G'Sell-Macrez : « Vers la justice participative ? Pour une négociation "à l'ombre du droit" », *D.* 2010, p. 2450.

S. Gaboriau : « Déjudiciarisation et administration de la justice. Promouvoir la "juridiversité" », *PA* 14 juin 2012, n° 119, p. 3.

E. Gaillard :

- « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. arb.* 1985, p. 241.
- « L'affaire *Sofidif* ou les difficultés de l'arbitrage multipartite ( à propos de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 1986) », *Rev. arb.* 1987, p. 275.

E. Gaillard, P. de Lapasse : « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *D.* 2011, chron. p. 175.

H. Gaudemet-Tallon : « Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres (À propos de récents arrêts de la Cour suprême des États-Unis, de la Chambre des Lords, de la Cour de cassation française et de la

Convention de Bruxelles) », in *Mélanges dédiés à G. Marty*. Univ. sc. soc. de Toulouse, 1978, p. 531.

H. Gaudemet-Tallon et C. Kessedjian : « La refonte du règlement Bruxelles I » *RTD eur.* 2013, p. 435.

P.-Y. Gautier :

- « L'interprétation stricte sans dessus dessous : la Cour de cassation accentue sa lecture équitable des transactions et des articles du Code civil y afférents », *RTD civ.* 1998, p. 134.
- « Arbitrage et internet », *Dr. et patr.* Juin 2002, p. 88.

P.-A. Gélinas :

- « L'action des *Dispute Boards* secondée par l'arbitre », *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2010/1, p. 71.
- « Le potentiel des "*Dispute Boards*" (DB) », *Gaz. Pal.*, 28 juin 2007 n° 179, p. 114.

Th. Genicon : « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008, p. 982.

P. Genton :

- « Le *DRB/DAB*, un véritable complément à l'arbitrage », *Bull. ASA*, 1997, 416.
- « Le nouveau Règlement CCI sur les « *Dispute Boards* » », *Gaz. Pal.* 3-4 déc. 2004, p. 36.

P. M. Genton et F. Vermeille : « *Soft and hard dispute resolution*- Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », *RDAI* 1998, 2, p. 131.

Ph. Gerbay : « Les clauses de remboursement forfaitaire des frais de recouvrement judiciaire », *D.* 1978, p. 93.

J. Ghestin : « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron. p. 1

J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle : « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*. LGDJ, bibl. dr. privé, tome 261, 1996, p. 1.

A. Giardina : « L'intervention et l'attraction des tiers dans la procédure arbitrale », in L. Levy, Y. Derains (dir.) : *Liber Amicorum en l'honneur de S. Lazareff*. Pedone, 2011, p. 293.

J. Giboin : « L'expertise source de règlement autonome des conflits », in M.-A. Frison-Roche et D. Mazeaud (dir.) : *L'expertise*. Dalloz, 1995, p. 105.

M. Gobert : « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.* 1992, p. 489.

Ch. Goldie-Genicon : « Dissimulation de l'existence d'un enfant naturel et changement de régime matrimonial : que reste-t-il de la nullité pour fraude de la convention homologuée ? », *RDC* 2010, n° 3, p. 941.

B. Goldman : « La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1981, p. 469.

J. -C. Goldsmith : « Les modes de règlement amiable des différends (RAD) », *RDAI*, 1996, p. 221.

C. Golhen : « L'assujettissement d'un tiers à une clause attributive de juridiction », *Procédures* 2008, n° 5, ét. 5 et n° 6, ét. 6.

Sir R. Goode : « *Hardship clauses* », *Conference report*, « *Force Majeure and hardship* », colloque ICC, 8 Mars 2001, disponible : <http://www.iccwbo.org/id1072/index.html>.

B. Gorchs : « La médiation dans le procès civil : sens et contresens, essai de mise en perspective du conflit et du litige », *RTD civ.* 2003, p. 409.

O. Gout : « L'accès au droit des consommateurs », *PA* 30 mai 2008, n°109, p. 20.

Ph. Grignon : « L'obligation de ne pas agir en justice », in *Mélanges Ch. Mouly*. Litec, 1998, p. 115.

C. Grimaldi : « Les clauses portant sur une obligation essentielle », *RDC* 2008, p. 1095.

J. B. Groton : « *The Standing Neutral : A " Real Time " Resolution Procedure that also Can Prevent Disputes* », *Alternatives*, vol. 27, n° 11, dec. 2009, p. 180.

J. P. Groton et K. C. Lawrence : « « *Real time* » *Prevention and Resolution of Construction Disputes : varieties of Standing Neutral and What They Do* », *Dispute resolution Journal*, may/oct. 2010, p. 128.

M. Guillaume-Hoffnung : « Le rôle de la volonté dans la médiation », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, études à la mémoire du professeur A. Rieg*. Bruylant, 2000, p. 427.

A. Guillemain : « Réflexion sur la qualification de l'homologation judiciaire », *Gaz. Pal.* 22 mai 2012, n° 143, p. 10.

Ph. Guillermin : « Droit de la consommation : l'absence d'une véritable alternative à la voie pénale », *AJ Pénal* 2008, p. 73.

S. Guinchard :

- « Les solutions d'organisation procédurale », in J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche (dir.) : *Le temps dans la procédure*. Dalloz, 1996, p. 51.
- « Un bon exemple de la France d'en haut contre la France d'en bas : le projet de suppression de l'effet suspensif de l'appel », *PA* n°112, 5 juin 2002, p. 4

**\*H\***

I. Hanger : « *Senior executive appraisal mediation* », *ADR Bulletin* : (2000) Vol. 3: No. 4, Article 1.

B. Hanotiau : « *The parties to the arbitration agreement* », in L. Levy, Y. Derains (dir.) : *Liber Amicorum en l'honneur de S. Lazareff*. Pedone, 2011, p. 323.

K. M. J. Harmon : « *Construction Conflicts and Dispute Review Boards: Attitudes and Opinions of Construction Industry Members* », 2004 58(4) *Dispute Resolution Journal* 2004, p. 66.

D. Hascher :

- « Principes et pratiques de procédure dans l'arbitrage commercial international », *RCADI* 1999, t. 279, p. 126.
- « La révision en arbitrage international » in *Autour de l'arbitrage. Liber amicorum Cl. Reymond*. Litec, 2004, p. 111.

J. Hauser :

- « Le juge homologateur en droit de la famille », in M.-Cl. Rivier, P. Ancel (dir.) : *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*. Economica, coll. Etudes juridiques, vol. 10, 2001, p. 114.
- « Des conventions dans le divorce et du contrat judiciaire », *RTD civ.* 2008, p. 662.

P. Hébraud :

- « Observations sur l'arbitrage judiciaire », in *Mélanges dédiés à G. Marty*. Univ. Sc. Soc. Toulouse, 1978, p. 635.

S. Henry : « CMAP : la décision d'urgence et la décision sur dernière offre », *D.* 2013, p. 1336.

A. Hervieux : « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1989, p. 257.

V. Heuzé : « Une variété de transactions : la convention d'arbitrage », *Rev. arb.* 2015, p. 3.

A. Hontebeyrie : « L'adage *Contra non valentem*... a-t-il survécu à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ? », *D.* 2014, p. 244.

Ph. Hoonakker :

- « La disposition de la prescription », in *La réforme du droit de la prescription*, Colloque Strasbourg 2008, *PA* 2 avr. 2009, p. 19.
- « L'exécution immédiate ou de l'incohérence à la cohérence du droit à l'exécution », in *La justice civile au vingt et unième siècle, Mélanges P. Julien*. Edilaix, 2003, p. 209.

D. Houtcieff :

- « Le régime des clauses limitatives de responsabilité est-il satisfaisant ? », *RDC* 2008, p. 1020.
- « L'essentiel est dans la contradiction ! », *JCP* 2010, 787.

G. Huchet : « La clause de médiation et le traitement de l'urgence », *PA* 2008, n°218, p. 3.

Ch. Hugon :

- « Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat », *JCP* 1994, I, 3790.



- « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *PA* 11 déc. 2003, p. 4.

M. Hunter : « *International Commercial Dispute : the Challenge of the Twenty-first Century* », *Arbitration International*, vol. 16, n°4, 2000, p. 378.

**\*I\***

L. Idot : « L'arbitrabilité des litiges : l'exemple français », *RJC* 1996, p. 6.

**\*J\***

Th. Jacomet et F. Chekarna : « La médiation, mode de règlement conventionnel des litiges, son essor, ses avantages, sa pratique », *Bull. Joly* 1997, n° 376 p. 1037.

J.-M. Jacquet : « Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum H. Gaudemet-Tallon*. 2008, p. 727.

Ch. Jamin :

- « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.) : *L'unilatéralisme et le droit des obligations*. Economica, 1999, p.71.
- « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? Rapport français », in M. Fontaine et G. Viney (dir.) : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé*. Bruylant, LGDJ, 2001, p. 451.

Ch. Jarrosson :

- « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*. Préf. J. Mestre, Colloque de l'institut des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, 1990, p. 141.
- « L'instance arbitrale : le rôle respectif de l'institution de l'arbitre et des parties dans l'instance arbitrale », *Rev. arb.* 1990, p. 381.
- « La clause compromissoire (article 2061 du Code civil) », *Rev. arb.* 1992, p. 259.
- « L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne », in *L'internationalité dans les institutions et le droit : convergences et défis : études offertes à A. Plantey*. Pedone, 1995, p. 233.
- « Médiation et conciliation : définition et statut juridique », *Gaz. Pal.* 1996, 2, Doctr. p. 951.
- « L'arbitrabilité, présentation méthodologique », *RJC* 1996, p.1
- « Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale », *RIDC* 1997, p. 325.
- « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, chron. p. 267.
- « Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales », *Rev. crit. DIP* 1997, p. 657.
- « Chronique de modes alternatifs de règlement des conflits : Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation? », *RGDP* 1999, p.764.
- « Le nouvel article 1441-4 NCPC, la transaction revêtue de la formule exécutoire », *RGDP* 1999, n° 1, p. 133.
- « Les frontières de l'arbitrage », *Rev. arb.* 2001, p. 5.

- « La sanction du non respect d'une clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation », *Rev. arb.* 2001, p. 752.
- « La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ? », in L. Cadiet et L. Richer (dir.) : *Réforme de la justice, réforme de l'État*. PUF, 2003, p. 185.
- « La portée des clauses de recours au règlement amiable », in P. Chevalier, Y. Desdevises et Ph. Milburn (dir.) : *Les modes alternatifs de règlement des litiges : Les voies nouvelles d'une autre justice*. Mission de recherche Droit et Justice, La documentation française, 2003 p. 145.
- « Les perspectives offertes par l'expertise juridique », *Gaz. Pal.*, 28 juin 2007, n°179, p. 74.

Ch. Jarrosson et J. Pellerin : « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 5.

S. Jarvin : « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », *Rev. arb.* 1998, p. 611.

F. Jault-Seseke : « Caractère de loi de police de la protection de l'agent commercial en Allemagne », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 890.

A. Jeammaud :

- « Retour sur une transaction en quête de stabilité », *Dr. soc.* 1999, p. 351.
- « Conflit, différend, litige », *Droits*, 34, 2002 (« Mots de la justice »), p.15.

E. Jeamin-Petit : « La libéralisation du changement de régime matrimonial », *JCP* 2007, I, 108.

Ph. Jestaz : « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*. Dalloz – Sirey, 1985, p. 273.

E. Jeuland : « Résolution des litiges », in D. Fenouillet et F. Labarthe (dir.) : *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?* Economica, 2002, p. 141.

E. Jeuland et C. Charbonneau : « Le caractère contradictoire du rapport d'expertise : une contradiction en haut lieu ? » *JCP* 2012, n° 11, 340.

E. Jolivet et L. Marquis : « La clause compromissoire pathologique (jurisprudence arbitrale CCI), *Cah. arb.* 2010-1, p. 81.

E. Jorgen Petersen : « La mise en œuvre des ADR dans les grands contrats », *Gaz. Pal.* 15 nov. 2001, n° 319, p. 42.

J.-L. Juhan : « Le contrat bouleversé par la crise : vers un droit à la renégociation », *RLDC* 2009, 58, p. 4.

P. Julien : « Principe de la contradiction et expertise en droit privé », in *La procédure dans tous ses états, Mélanges en l'honneur de J. Buffet*. Petites affiches, 2004, p. 293.

J. Junillon :

- « La volonté d'acquiescer au jugement », *Procédures* 2003, n°13.

- « Conséquence de la loi réformant la prescription : une déclaration d'appel irrégulière peut-elle interrompre le délai d'appel ? », *Procédures* 2009, prat. 2.

**\*K\***

P. Kayser : « Le principe de la publicité de la justice dans la procédure civile », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*. Préf. M. Despax, PI Toulouse, 1981, p. 501.

F. Kendérian : « Que reste-t-il du caractère automatique de la clause résolutoire ? Florilège de décisions », *RTD com.* 2009, p. 81.

H. Kenfack : « La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoires hors de toute instance », *D.* 2015, p. 384.

F. Kernaleguen : « La solution conventionnelle des litiges civils », in L. Cadiet (dir.) : *Le droit contemporain des contrats*. Economica, 1987, p. 65.

A. Kirri et R. Chaperon : « Un outil probatoire méconnu : l'utilisation de la procédure de *discovery* devant les tribunaux français », *Gaz. Pal.*, 10 déc. 2013, n° 344, p. 17.

E. Kleiman et J. Spinelli : « La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité », *Gaz. Pal.* 27 janv. 2011, ét. 14528.

R. Koering-Joulin : « Le juge impartial », *Justices*, 1998, n° 10, p. 1.

J. R. Kohnke : « *Dispute Review Boards. Rising Star of Construction ADR* », *Arbitration Journal*, juin 1993, p. 52.

H. Konarski : « Force majeure *and hardship clauses in international contractual practice* », *RDAI* 2003, n° 4.

**\*L\***

A. Lacabarats : « Les mesures provisoires demandées au juge français en matière d'arbitrage international », in J.-M. Jacquet et E. Jolivet (dir.) : *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*. Litec, 2007, p. 3.

G. Lagarde : « Le droit des affaires, droit sentimental ? », *Mélanges offerts à R. Savatier*. Dalloz, 1965, p. 491.

X. Lagarde :

- « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. arb.* 2000, p. 377.
- « Transaction et ordre public », *D.* 2000, chron. p. 217.
- « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », *Rev. arb.* 2001, p. 423.
- « Les spécificités de la transaction consécutive à un licenciement », *JCP* 2001, I, 337.
- « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », in P. Chevalier, Y. Desdevises et Ph. Milburn (dir.) : *Les modes alternatifs de règlement des litiges : Les voies nouvelles d'une autre justice*. Mission de recherche Droit et Justice, La documentation française, 2003 p. 45.

- « Rapport sur la fin de non-recevoir tirée d'une clause instituant un préalable obligatoire de conciliation », *BICC* 2004, *La procédure civile*. Hors série, rencontre Université-Cour de cassation.
- « Contrats et situations litigieuses - clauses de conciliation : le régime se précise », à propos de Cass. com., 22 févr. 2005, *RDC* 2005, n° 4, p. 1141.
- « La transaction et les tiers : tentative de clarification d'une question complexe », *RDC* 2005, n° 2, p. 413.

Y.-M. Laithier :

- « L'éradication de la clause limitative de réparation en cas de manquement à une obligation essentielle : "Chronopost", dix ans après » *RDC* 2006, p. 1075.
- « Clause pénale et dommages et intérêts incitatifs » in Ch. Jamin (dir.) : *Droit et économie des contrats*. LGDJ, 2008, p. 144.

P. Lalive :

- « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, p. 329.
- « Sur des dimensions culturelles de l'arbitrage international », in *Theory of international law at the threshold of the 21<sup>st</sup> century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*. Kluwer, 1996, p. 771.
- « Le choix de l'arbitre », in *Mélanges J. Robert*. préf. G. Vedel, Montchrestien, 1998, p. 353.

D. Lamèthe : « Les langues de l'arbitrage international : liberté raisonnée de choix ou contraintes réglementées ? », *JDI* n° 4, oct. 2007, var. 9.

D. Landry : « Les frais irrépétibles », *JCP* 2012, 1288.

E. Langlais et N. Chappe : « Analyse économique de la résolution des litiges », in B. Deffains, E. Langlais (dir.) : *Analyse économique du droit- principes, méthodes, résultats*. De Boeck, 2009, p. 105.

O. Laouenan : « Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002 », *JCP* 2003, I, 149.

P. Larrieu : « Les concessions dans la transaction », *RLDC* juin 2007, p. 59.

V. Lasserre-Kiesow : « La prescription, les lois et la faux du temps », *JCP N* 2004, 1125, n°3.

Y. Laurin :

- « L'*amicus curiae* », *JCP* 1992, I, 3603.
- « Les notions d'*amicus curiae* et de partie dans la procédure », *Gaz. Pal.*, 9 oct. 2012, n° 283, p. 13.

B. Le Bars : « La réforme du droit de l'arbitrage ; un nouveau pas vers un pragmatisme en marche », *JCP* 2011, act. 67.

Th. Lebéthot : « Le cadre juridique de la médiation pénale », *AJ Pénal* 2011, p. 216.

O. Leclerc : « L'indépendance de l'expert », in K. Favro (dir.) : *L'expertise : enjeux et pratiques*. éd. Lavoisier/ Tec&Doc, coll. « sciences du risque et du danger », 2009, p. 167.

H. Lécuyer :

- « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*. PUF, Dalloz-Juris-Classeur, 1999, p. 643.
- « Exercice abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire », *Rev. arb.* 2006, p. 573.

G. Légier : « Définition de l'acte authentique au sens de la Convention de Bruxelles », *Rev. crit. DIP* 2001, p. 163.

M. Le Pogam et C. Dudit : « La mise en état des affaires civiles deux ans après le décret du 28 décembre 2005 », *Gaz. Pal.* 14 mars 2009, n° 73, p. 2.

Y. Lequette : « De la difficulté des clauses de *hardship* » *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009.

Ph. Le Tourneau :

- « Quelques aspects de l'évolution des contrats », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz – Sirey, 1985, p. 349.
- « De l'art et de la manière de négocier et conclure les contrats internationaux », *Gaz. Pal.* 1996, doct. p. 8.

A. Leulan : « Le constat », in *Expertise et Conciliation*. Actes du colloque du 9 avril 2009, disponible : <http://www.cnideca.fr/PDF/Colloque-09-04-2009.pdf>.

P. Level :

- « À propos de la médiation dans la vie des affaires », *JCP E* 1989, n° 46 , II, p. 641.
- « L'arbitrabilité », *Rev. arb.* 1992, p. 213.

L. Leveueur :

- « Une intéressante précision », *CCC* 2004, comm. n°169.
- « Le nouvel article 2254 du Code civil », in *Liber Amicorum Ch. Larroumet*. Economica, 2009, p. 283.
- « La faculté d'aménagement de la prescription en matière civile », in Ph. Casson et Ph. Pierre (dir.) : *La réforme de la prescription en matière civile ; Le chaos enfin régulé ?* Dalloz, 2010, p. 65.

B. Lissarrague : « Décret de procédure du 28 décembre 2005 : quel cadeau ? », *Gaz. Pal.* 29-31 janv. 2006, p. 2.

G. Loiseau : « La faute lourde du transporteur et la mise en échec de la limitation d'indemnisation prévue au contrat type », *JCP* 2005, II, 10066.

E. Loquin :

- « Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur ; À propos de trois arrêts de la Cour d'appel de Paris », *Rev. arb.* 1985, p. 199.
- « La réalité des usages du commerce international », *RIDE*, 1989, p. 163.
- « Perspective pour une réforme des voies de recours », *Rev. arb.* 1992, p. 321.

- « Arbitrage et cautionnement », *Rev. arb.* 1994, p. 235.
- « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises », *Gaz. Pal.* 5-6 juin 2002, p. 7.
- « Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *RTD com.* 2006, p. 764.
- « De la bonne gestion de l'instance arbitrale par les arbitres », *RTD com.* 2007, p. 689.
- « Arbitrabilité et protection des parties faibles », communication au Comité français de Droit international privé, Trav. Com Fr. DIP 2004-2006, Pedone, 2008. p. 135.
- « À la recherche du principe de l'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage », *Gaz. Pal.* 29 juin – 1er juill. 2008, p. 5.
- « La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage », *RTD com.* 2011, p. 255.

A. Lyon-Caen : « L'occupation des lieux de travail et la procédure civile, à propos de l'arrêt Ferodo du 17 mai 1977 », *Dr. ouvrier* 1977, chron. 467.

#### \*M\*

E. Mackaay :

- « L'efficacité du contrat- une perspective d'analyse économique du droit », in G. Lardeux (dir.) : *L'efficacité du contrat*. Dalloz, 2011, p. 31.
- « Règles et décisions en droit », in D. Bourcier et P. MacKay (dir.) : *Lire le droit. Langue, texte et cognition*. LGDJ, coll. Droit et société, 1992, p. 41.

F. Magar : « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation », *D.* 2010, p. 1959.

Ph. Malaurie :

- « Les problèmes actuels du droit des obligations », in *Les cours du droit*. 1971-1972, p. 158.
- « La révision judiciaire de la clause pénale », *Deffrénois* 1976, p. 533.
- « Les antinomies de règles et leurs fondements », in *Le droit privé à la fin du XXe siècle. Etudes offertes à P. Catala*. Litec, 2001, p. 25.
- « La réforme de la prescription civile », *JCP* 2009, I, 134, n°14.

Ph. Malinvaud :

- « De l'application de l'article 1152 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*. Dalloz-PUF-éd. Du juris-classeur, 1999, p. 689.
- « Réflexions sur le Dispute Adjudication Board », in *Etudes offertes à P. Catala*. Litec, 2001, p. 241 et *RDI* 2001, p. 215.

B. Mallet-Bricout : « Vices et transaction », in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.) : *La transaction dans toutes ses dimensions*. Dalloz, 2006, p. 35.

F. Marchadier : « L'attribution de la force exécutoire à la transaction extrajudiciaire après le décret du 20 janvier 2012 », *Gaz. Pal.*, n° 342-343, 7 déc. 2012, p. 15.

C. Maréchal : « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme un principe général du droit », *D.* 2012, p. 167.

J.-Cl. Marin : Intervention au Club du Chatelet, 23 nov. 2011, disponible : <http://www.paris.notaires.fr/club-du-chatelet/le-juge-est-il-toujours-la-bouche-de-la-loi>

J.-P. Martel : « Quelles conditions pour une médiation réussie ? », *PA* 1<sup>er</sup> juillet 1999, n°138, p. 17.

R. Martin :

- « Le fait et le droit ou les parties et le juge », *JCP* 1974, I, 2625.
- « La règle de droit adéquate dans le procès civil », *D.* 1990, p. 163.
- « Un autre procès est-il possible ou est-il interdit de rêver ? *RTD civ.* 1994, p. 557.
- « Le relevé d'office par le juge d'un moyen de droit. Une question mal posée », *D.* 2005, p. 1444.
- « Les détournements de la procédure judiciaire », *RTD civ.* 2007, p. 723.

E. Maurel : « Le recours à la médiation pénale par le procureur de la République », *AJ Pénal* 2011, p. 219.

L. Mayer : « Précisions sur le contrôle « léger » exercé par le juge homologateur d'une transaction », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2015, n° 167, p. 12.

P. Mayer :

- « Les clauses relatives à la compétence internationale insérées dans les contrats de travail », in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*. Litec, 1990, p. 263.
- « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure. Une analyse comparative des systèmes de *civil law* et de *common law* », *Rev. arb.* 1995, p. 163.
- « Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 1998, p. 359.
- « La "circulation" des conventions d'arbitrage », *JDI* 2005, p. 251.

D. Mazeaud :

- « Les clauses limitatives de réparation », in *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*. Bruylant – Dalloz, 1994, p. 155.
- « L'expertise de droit à travers *l'amicus curiae* », in M.-A. Frison-Roche et D. Mazeaud (dir.) : *L'expertise*. Dalloz, 1995, p. 109.
- « Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique », *Deffrénois* 1998, p. 1137.
- « Ordre public et aménagements de la prescription », in *Les désordres de la prescription*. colloque, Publications de l'Université de Rouen, 2000, p. 85.
- « Les conventions portant sur la réparation », *RDC* 2007, n°1, p. 149.
- « Renégocier ne rime pas avec réviser! », *D.* 2007, p. 765.
- « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.* 2008, p. 1776.
- « Liberté contractuelle et pouvoirs du juge dans le nouveau droit de la prescription extinctive », *RLDA* 2009, n° 42, p. 92.
- « Clauses limitatives de réparation : fin de la saga ? », *D.* 2010, p. 1832.
- « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », *D.* 2014, p. 291.

D. Mazeaud et R. Wintgen : « La prescription extinctive dans les codifications savantes », *D.* 2008, p. 2523.

L. Mazeaud : « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit », *RTD civ.* 1929, p. 17.

E. Mazuyer : « Nullité relative et nullité absolue des transactions entre employeur et salarié », *JCP* 2003, n° 5, II, 10018.

J. Méadel : « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *PA* 17 avr. 2007, n°77, p. 6.

M. Mekki :

- « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », 1<sup>ère</sup> partie, *RDC* 2006, p. 1051.
- « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle », 2<sup>nde</sup> partie, *RDC* 2007, p. 239.

J.-P. Ménabé : « Plaidoyer pour un bel outil », in J. Foyer et C. Puigelier : *Le Nouveau code de procédure civile [1975-2005]*. coll. Études juridiques, Economica, 2006, p. 47.

C. Ménard : « Le contrat entre l'entreprise et ses clients : que signifie « s'engager » ? », in Ch. Jamin (dir.) : *Droit et économie des contrats*. LGDJ, 2008, p. 245.

S. Menetrey : « Le financement privé de procès par un tiers », *Gaz. Pal.* 8 sept. 2012, n° 252, p. 23.

B. Mercadal : « Regards sur le droit des transports », in *Etudes offertes à R. Rodière*. Dalloz, 1981, p. 423.

F. Megerlin : « La médiation en matière de commerce international : aspects pratiques de droit international privé », *PA* 26 août 2002, n° 170, p. 69.

J. Mestre :

- « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.* 1986, p. 100.
- « De quelques limites au jeu des clauses résolutoires », *RTD civ.* 1988, p. 120.
- « La force de la transaction », éditorial, *RLDC* 2006/25, p. 3.

R. Mésa : « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », *Gaz. Pal.* 21 nov. 2009, n°325, p. 15.

E. Mezger : « L'arbitrage commercial et l'ordre public », *RTD com.* 1948, p. 611.

J. Miguet : « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, al. 4 du Code de Procédure Civile) », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*. Préf. M. Despax, PI Toulouse, 1981, p. 567.

P. Moisan : « Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux », *Les cahiers de droit*, 1994, p. 281.

N. Molfessis :

- « Remarques sur l'efficacité des décisions de justice (à propos des effets de l'arrêt *Chronopost*) », *RTD civ.* 1998, p. 213.
- « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.* 2014, p. 947.



D. Mondoloni : « Le procès peut-il être financé par un tiers investisseur ? », in *Liber amicorum Ch. Larroumet. Economica*, 2010, p. 361.

B. Moreau : « Qui a peur de la médiation ? », *Gaz. Pal.* 23-24 mai 2001, p. 16.

H. Motulsky :

- « Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé », *Trav. comité fr. DIP*, 1948-52, p. 13.
- « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Etudes de droit contemporain*. Sirey 1959, Fasc. XV t.2, p. 355.
- « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, chron. p. 235.
- « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Écrits, études et notes de procédure civile*. Préf. G. Bolard, Dalloz, 2009, p. 95.

A. Mourre : « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Pal.* 29 avr.-3 mai 2001, p. 21.

J. Moury :

- « Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs », *D.* 2002, p 2744.
- « De la règle de l'effet suspensif de l'appel en matière civile », in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à J. Normand*. 2003, Litec, p. 353.
- « Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du code civil », *Rev. Sociétés* 2005, p. 513.

T. Moussa : « L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction », *Rencontres Université- Cour de Cassation*, 23 oct. 2004, *BICC* hors série, rencontre Université-Cour de cassation, n° 3, p. 51.

J.-M. Mousseron :

- « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 481.
- « Rapport de synthèse », in *Les principales clauses des contrats conclus entre les professionnels*. Colloque de l'institut des affaires d'Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, 1990, p. 225.
- « Contrefaçon et recours de l'utilisateur industriel », *RDAI* 1991, p. 715.

H. Muir-Watt : « La rencontre dans l'espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions) », *RGDP* 1998, p. 711.

M. Mûlh : « *Economic analysis of settlement negotiation in a litigation process* », *Économie appliquée*, t. LIV, 2001, n°3, p. 39.

\*N\*

J.-L. Nadal : « Introduction » in L. Cadiet et G. Canivet (dir.) : *1806 - 1976 – 2006 ; De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*. LexisNexis, 2006, disponible :

[https://www.courdecassation.fr/venements\\_23/colloques\\_ formations\\_4/2006\\_55/introduction\\_m\\_nadal\\_9576.html#N\\_6](https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_ formations_4/2006_55/introduction_m_nadal_9576.html#N_6)

J.-Cl. Najar : « Le *mini trial*, chimère ou panacée ? », *DPCI*, 1988, p. 451.

N. Nevejans : « L'ordonnance du 16 novembre 2011 ; un encouragement au développement de la médiation ? », *JCP* 2012, n° 6, p. 148.

H. Nial : « Les clauses pénales dans les contrats de vente internationaux », *Études juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière*. Dalloz, 1964, p. 417.

M.-L. Niboyet : « Contre le dogme de l'application de la *lex fori* en matière de procédure », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum H. Gaudemet-Tallon*. 2008, p. 363.

F. Niggemann et F. Jonglez de Ligne : « La liberté contractuelle et l'égalité des parties : une relation difficile », *Gaz. Pal.* 27 oct. 2009, n° 300, p. 21.

P. Noreau : « La superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution », *Droits et société*, n°40, 1998, p. 585.

J. Normand :

- « Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain », *RTD civ.* 1998, p. 461.
- « De quelques limites du référé provision », *RTD civ.* 1999, p. 177.
- « Les facteurs d'accélération de la procédure civile », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à P. Drai*. Dalloz, 2000, p. 427.
- « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? », in L. Cadiet et L. Richer (dir.) : *Réforme de la justice, réforme de l'État*. PUF, 2003, p. 159.

C. Nourrissat : « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.* 2000, p. 369.

\*O\*

B. Oppetit :

- « L'arbitrage et les contrats commerciaux à long terme », *Rev. arb.* 1976, p. 91.
- « Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel : à propos d'une jurisprudence récente », *Rev. arb.* 1977, p. 315.
- « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship », *RIDC* 1974, p. 794.
- « Les *hardship clauses* », *DPCI* 1975, p. 512.
- « Arbitrage, médiation et conciliation », *Rev. arb.* 1984, p. 307.
- « Sur le concept d'arbitrage », in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à B. Goldman*, Litec, 1983, p. 227.
- « La clause arbitrale par référence », *Rev. arb.* 1990, p. 551.
- « Justice étatique et justice arbitrale », in *Études offertes à P. Bellet*. Litec, 1991, p. 415.

J. Ortscheidt :

- « Les dommages et intérêts punitifs en droit de l'arbitrage international », *PA* 20 nov. 2002, n°232, p. 17.
- « Un nouvel exemple de l'effacement du droit commun des contrats en ce qui concerne les conventions d'arbitrage international », *JCP* 2007, act. 135.

F. Osman : « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Defrénois* 1993, n° 2, p. 65.

A. Outin-Adam, S. Henry : « Quelques autres modes de règlement des litiges », *Gaz. Pal.*, 28 juin 2007, n° 179, p. 88.

**\*P\***

G. Paisant : « Les limites de l'action collective en suppression de clauses abusives », *JCP* 2005, II, 10057.

C. Parodi : « L'esprit général et les innovations du Nouveau Code de procédure civile », *Defrénois* 1976, n°31120, p. 753.

J. Patarin : « À propos de quelques parades ou défense à l'action en révocation paulienne des donations faites en fraude des droits des créanciers du donateur », *RTD civ.* 1997, p. 718.

E. Pataut : « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », in *Études du droit de la consommation, Liber amicorum J. Calais-Auloy*. Dalloz, 2004, p. 807.

Ch. Paulin : « Interprétation souveraine des juges du fond de la clause résolutoire contenue dans un contrat », *D.* 1994, p. 483.

J. Paulsson : « L'adaptation du contrat », *Rev. arb.* 1984, p. 249.

A. Pekar-Lempereur : « La technique de conciliation : les six étapes du processus », *Gaz. Pal.* 4-6 oct. 1998, p. 36.

J. Pellerin : « L'instance au fond devant la cour d'appel après annulation de la sentence », *Rev. arb.* 1993, p. 199.

C. Pelletier :

- « L'aménagement conventionnel de la prescription extinctive », *RDC* 2008, p. 430.
- « Clause de conciliation et référé », *RDC* 2009, n° 3, p. 1160.

J. Pelletier : Entretien, *L'Actualité, droit et patr.* Juin 1996, p. 16.

A. Penneau : « L'article 1134 du code civil et l'abus du droit d'user d'une clause résolutoire », *D.* 2006, p. 1796.

C. Pérès : « Les pratiques commerciales trompeuses sur les sources du droit des contrats », *RDC* 2008, n°4, p. 1083.

M.-D. Perrin : « Conciliation-Médiation », *PA* 26 août 2002, n° 170, p. 4.

R. Perrot :

- « Le principe de la publicité dans la procédure civile », in *Le principe de la publicité de la justice*. Travaux du VI<sup>e</sup> colloque des IEJ, Toulouse, mai 1968, Librairies Techniques, 1969, p. 23.

- « Désistement : transaction et désistement », *RTD civ.* 1993, p. 883.
- « Appel : évolution du litige, demande nouvelle et intervention forcée », *RTD civ.* 1995, p. 962.
- « L'homologation des transactions », *Procédures* 1999, n° 8/9, chron. 10, p. 3.
- « Du “provisoire” au “définitif” », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à P. Drai*. Dalloz, 2000, p. 447.
- « La contrainte par dissuasion », in *La procédure dans tous ses états, Mélanges en l'honneur de J. Buffet*. Petites affiches, 2004, p. 393.
- « Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 », *Procédures* 2006, ét. 3.
- « Expertise : la place de la contradiction ? », *D.* 2012, p. 374.

C. Peulvé :

- « Ces MARL venus d'ailleurs... : droit collaboratif et mécanismes voisins », *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> juin 2010, n° 152, p. 10.
- « La dimension processuelle de la procédure participative », *PA* 2012, n° 76, p. 6.

A. Plantey : « Quelques observations sur l'arbitrage administré », *JDI* 1999, p. 731.

Y. Picod : « La clause résolutoire et la règle morale », *JCP* 1990, I, 3447.

Ph. Pinsolle : « Le financement de l'arbitrage par les tiers », *Rev. arb.* 2011, p. 385.

Ph. Pinsolle et R. H. Kreindler : « Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale », *Rev. arb.* 2003, p. 41.

A. Pinto-Monteiro : « La clause pénale en Europe », in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle, études offertes à J. Ghestin*. LGDJ, 2001, p. 719.

G. Poissonnier :

- « Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit à la consommation », *D.* 2006, p. 370.
- « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D.* 2008, chron. p.1285.
- « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », *CCC* 2009, ét. 5, p. 10.

H. Poivey-Leclercq : « La convention de procédure participative : “un pacte de non agression à durée déterminée” », *JCP* 2011, n° 4, p. 70.

C. Ponce : « Expertise judiciaire et conciliation des parties », *Gaz. Pal.* 5-6 oct. 2005, 6.

A. Prujiner : « L'adaptation forcée des contrats internationaux », in C. Samson et J. McBride : *Solutions de rechange au règlement des conflits. Alternative dispute resolution*. Les presses de l'Université Laval, Ste Foy, Québec, 1993, p. 391.

P. Puig : « La transaction : atouts et risques », *PA* 3 déc. 2009, n° 241, p. 29.

\*Q\*

**\*R\***

J.-B. Racine : « Les incertitudes de la transaction dite “homologuée” (à propos de l’article 1441-4 du NCPC) », in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d’une autre justice*. La documentation française, 2003, p. 151.

Ch. Radé : « Les effets de la transaction », in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.) : *La transaction dans toutes ses dimensions*. Dalloz, 2006, p. 87.

A. S. Rau et C. Pédamon : « La contractualisation de l’arbitrage : le modèle américain », *Rev. arb.* 2001, p. 451.

V. Rebeyrol : « La nouvelle action de groupe », *D.* 2014, p. 940.

P. Rembauville-Nicolle : « Du bon usage de l’article 700 du NCPC », *Gaz. Pal.* 2007, n° 102, p. 2.

B. Rémy : « De la profusion à la confusion : réflexion sur les justifications des clauses d’élection de for », *JDI* 2011, doct. 2.

Ph. Rémy :

- « Clause de fixation par un expert ; application de l’article 1592 du code civil ; distinction du mandat, de l’expertise et de l’arbitrage », *RTD civ.* 1991, p. 356.
- « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages-intérêts en cas d’inexécution », in *La sanction du droit, Mélanges offerts à P. Couvrat*. PUF-PU Poitiers, 2001, p. 121.

J. Rivero : « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Études juridiques offertes à L. Julliot de La Morandière*. Dalloz, 1964, p. 457.

M.-Cl. Rivier :

- « L’éviction de la juridiction étatique par le contrat » in M.-Cl. Rivier et P. Ancel (dir.) : *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*. Economica, coll. Etudes juridiques, vol. 10, 2001, p. 23.
- « L’efficacité de la solution contractuelle », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.) : *La contractualisation de la production normative*. Dalloz, 2008, p. 219.

E. Robine : « Le choix des arbitres », *Rev. arb.* 1990, p. 325.

P. Robino : « Les conventions d’irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine », *RTD civ.* 1951, p. 1.

M. Roblot : « De la faute lourde en droit privé français », *RTD civ.* 1943, p. 1.

F. Rongeat-Oudin : « Les avocats à la conquête du règlement amiable des différends », *JCP* 2011, n° 41, 1097.

M. Rotondi : « Considérations sur la fonction de l’équité dans un système de droit positif écrit », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d’Études en hommage à M. Ancel*. Pedone, 1975, T. 1, p. 43.

G. Rouhette : « La révision conventionnelle du contrat », *RIDC* 1986, p. 369.

E. Rousseau : « La nature contractuelle du changement de régime matrimonial », *Defrénois* 2014, n° 1, p. 14.

F. Rouvière : « La remise en cause du contrat par le juge », in G. Lardeux (dir.) : *L'efficacité du contrat*. Dalloz, 2011, p. 41.

\*S\*

K. Salhi : « Dissimulation et procédure civile », in A. Cerf-Hollender (dir.) : *Droit et dissimulation*. Bruylant, 2013, p. 169.

M. Saluden : « L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale », *Gaz. Pal.*, 1984, 1, doct. 262

M. Santa-Croce : « L'efficacité des modes alternatifs de règlement des litiges dans le contentieux international et européen », *Gaz. Pal.* 10-12 Juin 2001, p. 3.

S. Sanz : « La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 Juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale », *RTD civ.* 1977, p. 268.

S. Sauphanor : « La convention de procédure participative : aspects pratiques », *Gaz. Pal.* 18 janv. 2011, p. 10.

N. Sauphanor-Brouillaud :

- « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *CCC* 2008, n°6, ét. 7.
- « Les remèdes en droit de la consommation : clauses noires, clauses grises, clauses blanches, clauses prosrites par la jurisprudence et la commission des clauses abusives », *RDC* 2009, p. 1629.

A. Sauret : « La convention de procédure participative : une nouvelle règle de traitement à l'amiable de certains différends survenant en droit social », *Gaz. Pal.* 5 mars 2011, n° 64, p. 33.

H. Scalbert et L. Marville : « Les clauses compromissaires pathologiques », *Rev. arb.* 1988, p. 117.

I. Schwenzer : « Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts », 39 *VUWLR*, p. 709, disponible : <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf>

J. Seignolle : « De l'évolution de la juridiction des référés », *JCP* 1954, I, 1200, n°25.

Ch. R. Seppälä : « Les nouveaux modèles FIDIC de contrat de construction internationale », *RDI* 2002, p. 183.

Ch. Seraglini :

- « Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l'arrêt Peavey », *Gaz. Pal.* 2001, n° 319, p. 6.

- « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *Gaz. Pal.* 14-15 déc. 2007, p. 5.

E. Serverin : « Les marchandages sur les droits litigieux », in T. Kirat et E. Serverin (dir.) : *Le droit dans l'action économique*. CNRS éditions, 2000, p.111.

A. Sheppard et S. Barret-White : « Le règlement des litiges dans le domaine de la construction par voie d' "adjudication" au royaume uni », *RDI* 2001, p. 129.

A. Sinay-Cytermann : « Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissaires dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation international », *Rev. crit. DIP* 2009, p. 427.

H. Solus : « Les préoccupations d'ordre psychologiques du Code de procédure civile », in *Études juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière*. Dalloz 1964, p. 511.

S. Souam : « Clause pénale et dommage et intérêts incitatifs : une analyse économique », in Ch. Jamin (dir.) : *Droit et économie des contrats*. LGDJ, 2008, p. 138.

J. Souhami : « Changement de régime matrimonial : le droit des contrats protège-t-il l'intérêt de la famille ? », *D.* 2013, p. 2088.

B. Starck : « Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité », *D.* 1974, chron. 157.

#### \*T\*

G. Tapie : « Une redéfinition des diligences interruptives de la péremption d'instance : la péremption en sursis ? *D.* 2003, p. 2797.

J.-M. Tchakoua : « Le statut de la sentence arbitrale d'accord parties : les limites d'un déguisement bien utile », *RDAI* 2002, p. 775.

E.-A. Télémaque : « La médiation en propriété intellectuelle : un outil de prévention et de pacification des litiges à consommer sans modération », *Gaz. Pal.* 11 mars 2008, n° 71, p. 8.

H. Temple : « "Class action" et économie de marché », *JCP* 2005, act. 284.

R. Tendler : « Le juge des référés, une procédure ordinaire ? », *D.* 1991. chron. 139.

P. Tercier : « L'expérience de la Chambre de commerce internationale dans le cadre du référé pré-arbitral », in J.-M. Jacquet et E. Jolivet (dir.) : *Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international*. Litec, 2007, p. 47.

B. Teyssié : « L'impératif de sécurité juridique », in *Jean Foyer, auteur et législateur : leges tulit, jura docuit : écrits en hommage à J. Foyer*. PUF, 1997, p. 985.

J. Théron : « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.* 2010, p. 2246.

M. Thibierge : « L'exécution provisoire du jugement et l'équilibre des intérêts des parties », *D.* 2011, p. 610.

L. Thibierge : « La caution et la transaction », *D.* 2012, p. 1102.

J. Timsit : « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *Cah. arb.* 2001, p. 53.

T. Titone, F. Coulon et M. Dary : « Circonstances économiques et déséquilibre contractuel », *JCP E* 2011, 1435, p. 25.

J.-Ph. Tricoit : « Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits », *Rev. arb.* 2011, p. 204.

Ph. Tuffreau : « Le temps révolu de l'avocat gladiateur », *Gaz. Pal.* 17 févr. 2009, p.2.

R. Tudéla : « Décret du 28 décembre 2005 : vers une contractualisation de la procédure civile », *Gaz. Pal.* 28 mars 2006, n° 87, p. 13.

#### \*U\*

L. Usunier : « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for ; Beaucoup de bruit pour rien ? », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 37.

#### \*V\*

F. Valencia : « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2007, p. 45.

P. Van Ommeslaghe : « Les clauses de force majeure et d'imprévision "hardship" dans les contrats internationaux », *Rev. Dr. intern. Et Dr. comp. (belge)* 1980, p.7.

J. Vassogne : « L'amiable composition et le contrat », *Rev. arb.* 1984, Débats, p. 278.

B. Vatier : « La justice est elle un service public ? », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à P. Drai.* Dalloz, 2000, p. 141.

P. Vellas : « Expertise, amiable composition et non droit dans le commerce international », in *Mélanges offerts à P. Hébraud.* Préf. M. Despax, PU Toulouse, 1981, p. 875.

P.-Y. Verkindt : « La contractualisation collective de l'instance », in S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.) : *La contractualisation de la production normative.* Dalloz, 2008, p. 233.

B. Vial-Pedroletti : « Quel avenir pour la clause résolutoire en matière de bail d'habitation ? », *Loyers et copropriété*, mars 1999, chron. n° 4, p. 4.

J. Viatte : « Péremption d'instance, caducité et radiation », *Gaz. Pal.* 1974, 1, doct. p. 372.

J.-P. Viennois : « L'amiable », *RGDP*, 1999, p. 471.



V. Vigneau : « Propos d'ouverture », in *Expertise et Conciliation*. Actes du colloque du 9 avril 2009, disponible : <http://www.cnideca.fr/PDF/Colloque-09-04-2009.pdf>.

P.-D. Vignolle : « La consécration des fautes lucratives : une solution au problème d'une responsabilité civile punitive ? », *Gaz. Pal.* 14 janv. 2010, n°14, p. 7.

G. Viney : « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs », *JCP* 1988, I, 3355.

J. Vincent : « La procédure civile et l'ordre public », in *Droit privé, propriété industrielle littéraire et artistique, Mélanges en l'honneur de P. Roubier*. T. 2, 1961, Dalloz – Sirey.

D. Voillemot : « La pratique dans les autres pays membres de l'union européenne », *Gaz. Pal.* 28 juin 2007, n°179, p. 101.

**\*W\***

L. Weiller : « Le contrat en procès », in E. Putman (dir.) : *L'accès à la justice*. PUAM, 2007, p. 89.

V. Wester-Ouisse : « La caducité contractuelle : une notion à réinventer », *JCP* 2001, I, 290.

J. Willems : « L'arbitrage et l'indivisibilité procédurale », *Gaz. Pal.* 2001, n° 123, p. 32.

R. Wintgen : « L'émergence d'un droit commun des délais pour agir », *D.* 2007, p. 1112.

**\*X\***

**\*Y\***

**\*Z\***

A. Zelcevic-Duhamel : « La notion d'économie du contrat en droit privé », *JCP* 2001, I, 300.

## **ENCYCLOPÉDIES, DICTIONNAIRES, RÉPERTOIRES, JURIS-CLASSEURS**

L. Cadet (dir.) : *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.

L. Cadet : V° Clauses relatives aux litiges in *J-Cl. Contr.-Distrib.*, 2003, fasc. 190.

N. Cayrol : V° Action en justice, in *Rép. Proc. Civ.*

P. Chauvel : V° Transaction, in *Rép. Civ.*

Th. Clay : V° Transaction in L. Cadet (dir.) : *Dictionnaire de la justice*. PUF, 2004.

- G. Cornu (dir.) : *Vocabulaire Juridique*. Association H. Capitant, Quadrige, PUF, 9<sup>e</sup> éd., 2011.
- V<sup>o</sup> Comminatoire
  - V<sup>o</sup> Conflit
  - V<sup>o</sup> Contestation
  - V<sup>o</sup> Contrat judiciaire
  - V<sup>o</sup> Erreur
  - V<sup>o</sup> Homologation
  - V<sup>o</sup> Liberté
  - V<sup>o</sup> Médiation
- G. Deharo : V<sup>o</sup> Contrat judiciaire, *in Rep. Proc. Civ.*
- Y. Desdevises : V<sup>o</sup> Conciliation et médiation *in* L. Cadet (dir.) : *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.
- Y. Desdevises : V<sup>o</sup> Demande en justice *in J.-Cl. Proc. Civ.*, fasc. 126-6, 6
- F. Ferrand : V<sup>o</sup> Appel *in Rép. Proc. Civ.*
- M. Gégout : V<sup>o</sup> Ordre public et bonnes mœurs *in J.-Cl. Civil code*, art 6. Fasc. II, 1979, n°28.
- R. Guillien et J. Vincent : V<sup>o</sup> Litige *in Lexique des termes juridiques*. Dalloz, 16<sup>ème</sup> éd., 2007.
- D. Houtcieff : V<sup>o</sup> Renonciation *in Rep. Civ.* 2004.
- E. Loquin et F. Leborgne : V<sup>o</sup> Clauses dissuasives des litiges *in J.-Cl. Contr.- Distrib.*, 2006, fasc. 135.
- R. Martin : V<sup>o</sup> Principes directeurs du procès *in Rep. Proc. Civ.*
- L. Mayer : V<sup>o</sup> Nullités *in Rep. Proc. Civ.*
- D. Le Ninivin et Y. Strickler : V<sup>o</sup> Matière et procédure gracieuse *in J.-Cl. Proc. Civ.* fasc. 116.
- J. Normand et C. Bléry : V<sup>o</sup> Principes directeurs du procès - office du juge - fondement des prétentions litigieuses *in J.-Cl. Proc. Civ.*, 1995, fasc. 150 à 152.
- I. Petel-Teyssier : V<sup>o</sup> Défenses, exceptions, fins de non-recevoir *in Rep. Proc. Civ.*
- S. Pierre-Maurice : V<sup>o</sup> Ordonnance sur requête *in Rep. Proc. Civ.*
- G. Raymond : V<sup>o</sup> Modifications au droit de la consommation, *in J.-Cl. Conc. Cons.* fasc. 10.
- M.-Cl. Rivier : V<sup>o</sup> Conflit / Litige *in* L. Cadet (dir.) : *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.
- M. Storck : V<sup>o</sup> Résolution judiciaire *in J.-Cl. Civil code*, art 1184, fasc. 10.
- M. Storck : V<sup>o</sup> Clause résolutoire *in J.-Cl Civil code*, art 1184, fasc. 20.

G. Wiederkehr : V° Intervention, *in Rép. Proc. Civ.*

J.-Cl. Woog : V° Amicus curiae *in Rép. Proc. Civ.*

## RAPPORTS ET ŒUVRES COLLECTIVES

A. Anziani et L. Bételle : *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile*. Session extraordinaire de 2008-2009, disponible <http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5581.pdf>

J. Barthélémy, G. Cette : *Refondation du droit social : concilier protection des travailleurs et efficacité économique*. Rapport pour le Conseil d'Analyse Economique, disponible [http://www.cae.gouv.fr/IMG/pdf/CAE88\\_DroitSocial.pdf](http://www.cae.gouv.fr/IMG/pdf/CAE88_DroitSocial.pdf)

P. Catala (dir.) : *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, rapport à M. P. Clément, 22 sept. 2005, disponible [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf)

J.-M. Coulon (dir.) : *Réflexions et propositions sur la procédure civile*. Rapport au garde des Sceaux, Doc. Fr., 1997, disponible <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/974024100/index.shtml>

A. Garapon (dir.) : *La prudence et l'autorité ; l'office du juge au XXI<sup>ème</sup> siècle*. Rapport au garde des Sceaux, disponible : [http://www.ihej.org/wp-content/uploads/2013/07/rapport\\_office\\_du\\_juge\\_mai\\_2013.pdf](http://www.ihej.org/wp-content/uploads/2013/07/rapport_office_du_juge_mai_2013.pdf)

S. Guinchard (dir.) : *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*. Rapport de la Commission sur la répartition des contentieux présidée par, remis au Garde des Sceaux, Doc. Fr., 2008, disponible <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392/0000.pdf>

J.-Cl. Magendie (dir.) : *Célérité et qualité de la justice – la gestion du temps dans le procès*. Rapport au garde des Sceaux. Doc. Fr., 2004, disponible : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_rapport\\_magendie\\_20080625.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_magendie_20080625.pdf)

Groupe de travail Confluences : « Conclusion de l'expertise : conciliation ou dépôt du rapport », *Gaz. Pal.*, 31 août 2006, n° 243, p. 2.

## RÈGLEMENTS ET CHARTES (non exhaustif)

*Charte de la médiation inter-entreprises* du 22 novembre 2005 pour les entreprises du CAC 40 (disponible : <http://www.etudes.ccip.fr/rapport/188> ), et la charte des cabinets d'avocats pour la résolution amiable des conflits du 16 oct. 2006 pour les avocats.

*Practices and Procedures Manual*. Dispute Resolution Board Foundation, disponible sur leur site internet : [www.drj.org](http://www.drj.org)

Règlement d'expertise de la CCI, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, disponible :  
[http://www.iccwbo.org/drs/english/expertise/pdf\\_documents/rules/rules\\_expert\\_french.pdf](http://www.iccwbo.org/drs/english/expertise/pdf_documents/rules/rules_expert_french.pdf)

Règlement relatif aux Dispute Boards de la CCI en vigueur depuis le 1er septembre 2004, disponible :  
[http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/DRS/dispute\\_boards/db\\_reglement\\_2004%282%29.pdf](http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/DRS/dispute_boards/db_reglement_2004%282%29.pdf)

*DRBF Practices and Procedures Manual* de 2007, disponible :  
[http://www.drb.org/manual\\_access.htm](http://www.drb.org/manual_access.htm).

*Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer*, article 20, disponible :  
[http://www1.fidic.org/downloads/cons\\_mdb\\_gc\\_v3\\_unprotected.pdf](http://www1.fidic.org/downloads/cons_mdb_gc_v3_unprotected.pdf)

# INDEX

- Acquiescement**, 321, 461, 462, 463, 464  
à la décision, 462  
à la demande, 461, 462
- Action déclaratoire**, 239, 358, 433
- Action paulienne**, 417, 426
- Aménagement de l'action en justice**, 182, 208
- Aménagement de la compétence**, 209
- Aménagement des conséquences du conflit**, 266  
répartition des frais, 267
- American Arbitration Association**, 139, 140, 344
- Amiable composition**, 7, 107, 116, 133, 258, 319, 322, 335, 365, 368, 377, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 395, 429, 497, 500  
conditions, 381  
forme de l'accord, 381  
mission, 384  
moment de l'accord, 382  
respect du contrat, 386
- Amicus curiae**, 136, 478, 479, 480  
égalité des armes, 479  
intérêt à agir, 478, 479  
principe du contradictoire, 479  
sélection, 479
- Appel en garantie**, 436, 484, 488, 489, 490
- Approche économique du droit**, 17, 57, 269
- Appropriation de la Justice**, 8, 11
- Arbitrabilité subjective**, 213, 214, 223
- Arbitrage**  
*ad hoc*, 356  
fondement contractuel, 259, 261, 491, 492, 499  
impuissance de la volonté des tiers, 485  
institutionnel, 353  
intervention forcée, 490  
intervention volontaire, 488, 489  
qualification interne ou internationale, 250  
renonciation aux irrégularités de procédure, 446  
tierce opposition, 492, 493, 494  
tierce opposition en, 491  
tiers absolu, 486, 487, 488, 489  
tiers imparfait, 486, 490
- Arbitrage multipartite**, 347, 348, 485, 489
- Arbitre**  
choix, 341, 342, 343, 344, 346, 384, 433, 491  
décision de procédure, 362  
impartialité, 343  
impartialité imparfaite, 350  
liste, 350  
neutralité intellectuelle, 348  
tribunal arbitral, 342  
unique, 240, 342, 346, 348, 349, 350, 432
- Asymétrie d'information**, 22, 65, 102, 148
- Autonomie a minima**, 274
- Autonomie absolue**, 274  
autonomie de la volonté, 64, 159
- Autonomie de la volonté**, 1, 22, 49, 231, 252, 260, 263, 264, 266, 363, 370, 497
- Autorité de la chose jugée**, 32, 297, 298, 299, 314, 336, 391, 406, 454, 468, 476  
relativité, 468
- Aversion à l'égard du risque**, 62
- BATNA**, 56, 139
- Calendrier de procédure**, 329, 330, 331
- CCI**, 89, 118, 119, 120, 122, 137, 142, 146, 147, 155, 173, 176, 178, 241, 261, 362, 407, 441, 488  
règlement d'expertise, 137  
règlement relatif aux *Dispute Boards*, 173
- Chaîne de contrats**, 253, 256, 257, 259, 276
- Choix de loi de procédure**, 337  
juridictions arbitrales, 351  
juridictions étatiques, 337
- Clause aménageant la compétence**, 98, 212, 227, 237, 241, 242, 245, 246, 252, 253, 260, 264, 273, 277, 435, 439  
circulation, 253
- Clause attributive de juridiction**, 28, 209, 210, 212, 220, 222, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234, 235, 236, 237, 239, 241, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 251, 253, 254, 257, 258, 259, 264, 266, 274, 367, 394, 433, 434, 435, 470, 471, 497

autonomie, 243  
 compétence matérielle, 8, 225, 226, 234, 273, 275, 321, 433, 470, 497  
 compétence territoriale, 225, 227, 228, 229, 234, 435, 436, 439, 471  
 condition de forme, 234  
 référé, 439  
**Clause compromissoire**, 28, 100, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 273, 274, 276, 322, 339, 340, 342, 349, 353, 354, 383, 432, 433, 436, 440, 453, 485, 487, 488, 489, 490, 491, 497  
 autonomie, 242  
 autonomie et volonté des parties, 249  
 circulation, 253  
 condition de forme, 232  
 domaine de validité, 212  
 extension aux tiers, 260  
 nullité, 216  
 nullité ou inapplicabilité manifeste, 220, 247  
 présomption de connaissance, 255  
 ratification, 262, 263, 266  
 transmission, 248  
**Clause d'escalade**, 86, 87, 88, 274  
**Clause d'expertise amiable**, 136, 151  
**Clause d'indexation**, 110, 111, 125  
**Clause d'adaptation**, 103, 104, 105, 108, 110, 122, 161  
 automatique, 108, 126  
**Clause de choix de loi**, 399  
**Clause de conciliation** *Voir* Clause de médiation  
**Clause de constatation**, 19  
**Clause de force majeure**, 108  
**Clause de hardship**, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 122, 123, 124, 125, 126, 128, 130, 131, 147, 149, 154, 155, 156, 157, 158, 161, 163, 164, 165  
 avis d'expert, 122  
 efficacité économique, 105  
 objectif de la renégociation, 123  
 obligation de renégocier, 110, 122  
 projets de réforme, 130  
**Clause de médiation**, 88  
 autonomie par rapport au contrat principal, 98  
 conséquences procédurales, 95  
 fin de non-recevoir, 96  
 finalité, 97  
 incidence sur les délais pour agir, 100  
 référé, 98  
 sanction contractuelle, 94  
**Clause de non recours**, 21, 53, 184, 185, 186, 188, 191, 192, 195, 197, 207, 208, 274, 276  
 conditions de validité, 186  
 exécution forcée, 190  
 obligation essentielle, 187  
 obligation non essentielle, 188  
 résolution judiciaire, 189  
**Clause de qualification**, 395, 398  
**Clause de remboursement des frais de procès**, 270  
**Clause limitative de responsabilité**, 21, 28, 32, 37, 38, 53, 55, 57, 59, 60, 61, 62, 81, 179, 188, 191, 192, 197, 201, 207, 275, 277, 497  
 dissuasion extrinsèque, 59  
 dissuasion intrinsèque, 56  
 renversement de la charge de la preuve, 58  
 clause pénale, 62, 179  
**Clause pénale**, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 61, 81, 82, 129, 191, 207, 270, 275, 497, 501  
**Clause relative à l'action**, 21, 259, 276  
**Clause résolutoire**, 21, 23, 34, 39, 40, 41, 42, 67, 179, 191, 207  
 gravité du manquement, 31  
**Clauses abrégatives de prescription**, 184  
**Clauses abusives**, 2, 20, 22, 52, 60, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 89, 179, 180, 216, 217, 220, 230, 231, 270, 277, 340, 341, 497  
 clauses noires, 64, 67, 72, 74, 77  
 dissuasion illégitime, 22, 52, 64, 65, 67, 72, 74, 75, 76, 80, 180, 277, 497  
 nouvelles sanctions, 75  
 pratique commerciale déloyale, 65, 79, 80

réparation du préjudice collectif, 68, 75, 76, 77  
sanctions civiles, 75  
sanctions pénales, 78  
sanctions traditionnelles, 72  
Clauses attributives de juridiction non exclusives, 237  
bénéficiaire du choix, 239  
**Clauses dissuasives des litiges**, 19, 20, 21  
au fond, 17  
par la forme, 21  
**Clauses relatives au règlement des différends**, 12, 17, 274, 275  
**CMAP**, 89, 137, 139, 147, 176, 178  
avis technique amiable, 137  
décision d'urgence, 147  
évaluation juridique indépendante, 137, 139  
comminatoire, 23  
**Comminatoire**, 20, 23, 24, 25, 29, 30, 43, 44, 45, 47, 48, 81, 270, 497  
**Compromis**  
domaine de validité, 339  
objet du litige, 339  
**Concentration du contentieux**, 471, 473, 488  
**Confidentialité**, 28, 57, 83, 94, 174, 177, 178, 194, 212, 217, 268, 275, 281, 288, 291, 293, 333, 334, 352, 381, 432, 485, 486, 491, 494  
**Conflit**, 5  
conflit d'évaluation, 85, 102, 103, 121, 122, 138, 177, 179  
conflit relationnel, 85, 179  
distinction du litige, 6  
intérêts de la distinction, 7  
prévention des conflits d'évaluation, 103  
types, 85  
***Contra non valentem agere non currit praescriptio***, 205, 378  
**Contractualisation du procès**, 13  
**Contrat judiciaire**, 323, 372, 404, 406, 407, 413, 416, 420  
**Convention d'arbitrage**, 211, 212, 213, 215, 216, 217, 220, 222, 223, 230, 232, 233, 234, 238, 241, 244, 245, 246, 247, 249, 250, 254, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 273, 319, 322, 339, 340, 341, 351, 352, 353, 354, 356, 357, 358, 367, 368, 382, 383, 384, 436, 440, 485, 486, 487, 驚488, 489, 490  
**Convention d'arbitrage**  
compromis, 339  
nullité, 446  
principe compétence-compétence, 211, 218, 223, 224, 225, 238, 246, 264, 352  
principe d'autonomie, 245  
**Convention de Bruxelles I**, 236, 243, 298, 434  
**Convention de Bruxelles refondue**, 235  
**Convention de la Haye**, 225, 231, 236, 243, 298  
**Convention de Lugano**, 225, 227, 231, 235  
**Convention de procédure**, 242, 284  
**Convention de procédure participative**, 100, 167, 280, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 371, 428, 452, 453, 454  
**Convention européenne des droits de l'homme**, 345, 450  
***Da mihi factum, dabo tibi jus***, 373  
**Décision de justice**  
opposabilité aux tiers, 468  
**Déclaration d'indépendance**, 345  
**Déjudiciarisation**, 10, 281, 282  
**Demande conjointe de renvoi**, 328  
**Demande reconventionnelle**, 362, 465, 466  
**Déni de justice**, 83, 216, 222, 232, 374, 441  
**Désistement**, 464  
d'instance, 464, 465, 466, 473  
d'action, 297, 310, 311, 312, 463, 465  
des voies de recours, 464  
en première instance, 463  
**Dilatoire**, 41, 94, 97, 98, 99, 117, 121, 124, 150, 181, 210, 211, 219, 228, 240, 241, 242, 244, 246, 274, 275, 286, 320, 356, 362, 412, 431, 443, 444, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 456, 457, 458, 459, 460, 496, 497, 498, 500  
sanction, 448  
**Dispense de plaidoiries**, 335  
**Dispute board**, 103, 118, 119, 178  
**Dispute Board**, 117, 119, 120, 121, 141, 142, 143, 146, 152, 154, 155, 173, 267, 274

*Dispute Adjudication Board*, 118, 142, 145, 146, 155, 159  
*Dispute Adjudication Boards*, 146, 154  
*Dispute Resolution Board*, 118, 139, 142, 143, 146  
recommandations, 142  
suivi de projet, 119  
**Divorce par consentement mutuel**, 416, 417, 418, 427  
**Dommages intérêts punitifs**, 73, 76, 77  
**Double degré de juridiction**, 322, 336, 337, 376, 450, 472, 473, 480, 481, 482, 483, 484, 488  
**Droit collaboratif**, 281, 282, 284, 285, 288, 291  
**Droit de la famille**, 281, 282, 414, 415, 418  
**Droits de la défense**, 442, 482, 483, 490, 492, 493  
*Early neutral evaluation*, 137, 139  
**Économie du contrat**, 157, 209, 253, 295, 387  
**Égalité des armes**, 289, 361, 362, 376, 479, 483, 484, 486, 488  
**Engagement d'honneur**, 415  
**Équilibre contractuel**, 38, 61, 64, 107, 110, 111, 114, 123, 124, 147, 163  
**Équité**, 3, 11, 19, 22, 42, 43, 47, 48, 49, 56, 62, 105, 116, 123, 125, 147, 158, 159, 182, 269, 293, 302, 305, 309, 376, 377, 378, 379, 380, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 498  
**Estoppel**, 447, 459, 460  
**Exception d'incompétence**, 228  
exception d'inexécution, 128, 129  
**Exception d'inexécution**, 128, 181  
**Exception de procédure**, 444, 446, 452, 458, 465  
**Exception dilatoire**, 454  
**Exécution provisoire**, 449, 450, 451  
**Exequatur**, 150, 158, 220, 338, 339, 358, 359, 360, 365, 367, 369, 413, 414, 424  
**Expertise**, 133  
expert décisionnaire, 136  
expertise amiable, 137, 171, 174, 176, 268, 274  
expertise conventionnelle, 119, 135, 267  
expertise judiciaire, 134, 135, 138, 175, 290  
**Faute lucrative**, 25, 46, 65, 66, 72, 76, 338  
**Fiction utilitariste du consentement**, 244, 274  
**FIDIC**, 118, 145, 146, 173  
ingénieur, 145, 146  
**Fin de non-recevoir**, 93, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 129, 167, 181, 184, 185, 192, 194, 195, 196, 197, 198, 208, 284, 286, 295, 297, 299, 306, 320, 323, 391, 397, 444, 445, 446, 452, 453, 454, 455, 458, 459, 460, 465, 466, 500  
**Forclusion**, 203, 204, 206, 207, 444, 445, 455, 456, 458  
**Fraude**, 229, 262, 365, 397, 416, 417, 418, 420, 421, 422, 425, 426, 427  
**Gestion**  
notion, 8  
**Groupe de société**, 261, 262  
**Homologation**, 281, 283, 290, 293, 312, 404, 405, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 422, 423, 498  
caractère contractuel des conventions, 416  
constatation des accords, 408  
étendue du contrôle du juge, 410  
hybridité de l'accord, 416  
indivisibilité, 418  
juge avalisateur, 414  
juge récipiendaire, 412  
refus, 412  
régularité apparente de l'accord, 413  
**Honeymoon clause**, 112  
impartialité, 94, 168, 170, 171, 172, 173, 174, 306, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 350, 361, 446, 447, 499  
**Impartialité**, 92, 168  
imparfaite, 347  
parfaite, 346  
**Imperium**, 19, 150, 373, 390, 398, 399, 404, 405, 406, 408, 410, 419, 429, 496, 498  
**Indépendance**, 145, 164, 168, 169, 171, 172, 173, 174, 245, 248, 251, 274, 343, 344, 345, 346, 350, 360, 447  
absence, 360  
**Indisponibilité des droits**, 186, 415, 462, 467  
**Inexistence**, 98, 243, 244, 245, 246, 274, 433, 457



**Inopposabilité**, 217, 218, 220, 221, 222, 224, 230, 232, 249, 255, 256, 273, 358, 360, 419, 475, 476, 494

**Interprétation du contrat**, 159

**Intervention**

accessoire, 476, 477, 478, 479

accessoire, 477

clause attributive de juridiction, 470

condition de l'évolution du litige, 472, 473, 481

double degré de juridiction, 472, 480

évolution du litige, 480

forcée, 469, 471, 472, 473, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 489, 490

volontaire, 271, 469, 470, 471, 474, 477, 484, 485, 488, 489, 493, 495

volontaire principale, 470

**Irrecevabilité des prétentions nouvelles**, 336, 337

**Irrégularités de fond**, 455, 456, 457, 458, 459

**Juge**

contrainte indirecte de son office, 336

instrument des parties, 419

pouvoir de qualification, 373

rôle dans le procès civil, 3, 335

**Jugement de donné-acte**, 420

**Jugement d'expédient**, 6, 393, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426

avantages en droit international, 423

dénaturation du rôle du juge, 425, 427

intérêt fiscal, 424

simulation, 420

**Juridictions arbitrales**, 239, 255, 259, 363, 372, 433, 468, 489

**Juridictions étatiques**, 8, 14, 174, 210, 211, 212, 215, 218, 220, 233, 238, 239, 241, 247, 258, 261, 263, 316, 317, 337, 340, 351, 353, 362, 366, 367, 368, 369, 371, 372, 380, 381, 394, 395, 407, 428, 433, 435, 439, 440, 441, 447, 453, 467, 468, 483, 488, 489, 490, 492, 493, 495, 497

**Jurisdiction**, 281, 301, 305, 319, 346, 373, 376, 403, 404, 405, 412, 419, 420, 427, 428, 429, 496, 498

**Justice**

conception, 279

rôle, 4

**Lex mercatoria**, 106, 447

**Liaison du juge**, 389

avant la naissance du litige, 395

efficacité, 400

et renonciation conventionnelle, 397

et transaction, 396

litige né, 391

**Libre disponibilité des droits**, 226, 381

**Litige**, 5

**Litige né**, 7, 8, 15, 217, 218, 221, 222, 224, 226, 232, 237, 238, 240, 258, 267, 273, 279, 283, 296, 297, 317, 321, 322, 332, 333, 339, 342, 383, 384, 391, 393, 395, 400, 401, 403, 498

**Litispendance**, 434

**Loi de police**, 225, 229, 252

**Mandat d'intérêt commun**, 149, 151, 159, 160, 161, 163, 164, 277

**Médiation**, 6, 17, 20, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 129, 130, 135, 136, 138, 139, 140, 141, 143, 152, 167, 169, 171, 172, 173, 176, 177, 179, 181, 182, 194, 195, 202, 205, 206, 208, 245, 267, 274, 279, 282, 283, 284, 285, 286, 290, 293, 312, 408, 410, 411, 452, 453, 454, 496, 497

intérêt de la distinction de la conciliation, 91

libre disponibilité des droits, 98

**Mesures d'instruction *in futurum***, 440, 442

**Mesures provisoires**, 99, 117, 237, 287, 361, 362, 405, 436, 437, 438, 439, 440, 441

**Mini trial**, 139, 140, 141, 143, 172, 287, 289

**Ministère public**, 318, 335, 469

**Modes alternatifs de règlement des conflits**, 82, 83, 84, 85, 86, 90, 91, 93, 135, 139, 154, 167, 171, 174, 175, 176, 177, 180, 267, 280, 281, 285, 292, 293, 408

pluralité des modèles, 85

qualité de la procédure, 174

qualités du tiers, 170

suspension des délais pour agir, 167

***Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet***, 254

**Neutral fact finding**, 137

- Nul ne peut se contredire au détriment d'autrui*, 459
- Obligation de renégocier**, 122  
contenu, 124  
exception d'inexécution, 128  
objectif, 123  
préjudice en cas de violation, 127  
sanction, 125
- Obligation essentielle**, 2, 12, 53, 54, 55, 58, 60, 61, 62, 63, 180, 186, 187, 188, 192, 207
- Ordre public**, 2, 14, 22, 42, 45, 49, 71, 77, 89, 98, 107, 174, 189, 192, 193, 194, 196, 198, 200, 202, 206, 208, 212, 216, 217, 219, 220, 223, 224, 225, 226, 249, 273, 278, 279, 293, 298, 300, 318, 324, 332, 336, 338, 346, 347, 349, 357, 361, 365, 367, 368, 375, 385, 387, 394, 396, 397, 398, 401, 402, 403, 411, 412, 413, 414, 462, 493
- Organisation du service public de la justice**, 14, 208, 209, 225, 273, 316, 325, 329, 428, 498
- Pacta sunt servanda*, 106
- Partie faible**, 71, 78, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 227, 230, 232, 273, 333, 341  
disparité de traitement, 221  
réitération du consentement, 232
- Peine privée**, 20, 22, 23, 24, 26, 27, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 44, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 57, 76, 81, 179, 277  
dimension processuelle, 49  
double détente, 26  
fonction pédagogique, 26  
fonction sanctionnatrice, 26  
incitation à l'exécution, 23  
opportunité de la sanction, 30
- Péremption de l'instance**, 324, 326, 327, 328, 451
- Prescription**, 21, 45, 53, 60, 66, 72, 76, 96, 100, 101, 168, 182, 194, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 274, 276, 286, 392, 421, 431, 433, 439, 444, 445, 452, 455, 456, 457, 458, 465, 475, 497  
délai butoir, 199, 202, 205, 206, 207  
distinction des causes de suspension ou d'interruption, 205  
droit de la consommation, 198  
faute lourde, 201  
interruption, 202, 465  
point de départ du délai, 199  
réduction du délai, 200  
suspension, 202
- Principe d'efficacité**, 219, 236, 242, 244, 246, 260, 264, 265, 266, 339, 364, 366, 368, 369, 370, 428, 499
- Principe d'égalité**, 260, 341, 347, 348, 349, 350, 491, 499
- Principe de coopération**, 325, 373
- Principe de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral**, 490
- Principe de l'unicité de l'instance**, 433, 462
- Principe de la contradiction**, 137, 168, 169, 174, 175, 176, 177, 178, 288, 359, 361, 441, 446, 479, 480, 483, 492  
principe dispositif, 49
- Principe dispositif**, 5, 281, 318, 361, 375, 389, 391, 392, 393
- Principes du droit européen du contrat**, 106
- Principes Unidroit**, 106, 115, 131, 161, 193
- Procédure de *discovery***, 141, 304, 525
- Procédure sur requête**, 288, 291, 410, 411, 437, 442
- Procédures multipartites**, 435
- Procès équitable**, 150, 169, 171, 174, 182, 280, 289, 316, 331, 334, 337, 350, 356, 361, 362, 370, 371, 484, 486, 492  
projet d'ordonnance, 61, 132
- Projet d'ordonnance**, 2, 10, 12, 275, 389, 403
- publicité des débats**, 333, 334
- Publicité des débats**, 174
- Quod nullum est, nullum producit officium*, 455
- Rapport Magendie**, 317, 329, 331, 383, 449
- Rebus sic stantibus**, 106, 130
- Référé-provision**, 99, 437, 438, 439
- Réforme du droit de l'arbitrage**, 211, 233, 243, 245, 321, 339, 351, 352, 365, 366, 383, 492
- Règlement d'arbitrage**, 344, 354, 355, 358, 362, 407, 488  
applicabilité dans le temps, 354

**Règlement de Bruxelles I**, 235, 237, 239, 251, 257, 298, 423, 434  
**Règlement de Bruxelles I refondu**, 230, 231, 251, 298, 423, 433, 434, 435  
**Régularisation**, 97, 445, 453, 454, 456, 457, 458, 459  
**Renonciation à l'appel**, 8, 185, 320, 321, 322, 323  
**Renonciation implicite**, 96, 190, 191, 447  
**Représentants de fait**, 482  
**Requête conjointe**, 7, 290, 291, 318, 319, 320, 339, 382, 437  
**Retrait conventionnel du rôle**, 281, 318, 323, 324, 326, 329, 451  
*Senior executive appraisal*, 87  
**Sentence d'accord-partie**, 407  
**Sous-traitant**, 259, 263, 481  
*Standing neutral*, 118, 120, 121  
**Stipulation défensive**, 192, 207, 275  
**Stratégie procédurale**, 240, 430, 467  
**Tactique procédurale**, 239, 327, 340, 430, 431, 442  
     gestion du temps, 436  
     position procédurale, 436  
     positon procédurale, 431  
*Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage*, 341  
**Théorie de l'utile et du juste**, 2  
**Tierce opposition**, 366, 417, 474, 475, 476, 486, 488, 491, 492, 493, 494, 495  
**Tiers**  
     mission contractuelle, 149  
     mission juridictionnelle, 150  
     nature de la mission, 149  
**Transaction**, 11, 57, 63, 83, 98, 102, 130, 139, 148, 170, 184, 186, 267, 269, 272, 279, 280, 283, 289, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 322, 327, 336, 371, 375, 396, 397, 400, 406, 407, 408, 409, 411, 412, 413, 414, 422, 423, 424, 425, 426, 428, 463, 501  
     autorité de la chose jugée, 297  
     caractère aléatoire, 296  
     conception contemporaine, 309  
     concession dérisoire, 314  
     concessions réciproques, 293, 294, 295, 296, 297, 301, 304, 306, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 396, 397, 463  
     désistement d'action, 312  
     effets, 297  
     erreur de droit, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 312, 315  
     erreur sur l'objet de la contestation, 297, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 315  
     objet, 301  
     renonciation à un droit, 312  
     vices du consentement, 303  
**Vice de consentement**, 244  
**Vice de procédure**, 206, 444, 445, 455, 456, 457  
**Violence**, 245, 274, 305, 309  
**Voies de recours**, 150, 184, 196, 249, 320, 321, 322, 357, 359, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 394, 395, 406, 411, 412, 417, 418, 421, 422, 438, 443, 447, 448, 462, 464, 493  
     aménagement, 357  
     effet suspensif, 365, 447, 448, 449  
     recours en annulation, 150, 220, 261, 322, 357, 358, 359, 360, 365, 366, 367, 368, 369, 393, 446, 448, 492, 493  
     renonciation sélective, 359  
**Volonté des tiers**, 5, 13, 256, 261, 262, 266, 430, 467, 468, 469, 480, 483, 485, 486, 495, 500

# TABLE DES MATIÈRES

<b>SOMMAIRE.....</b>	<b>III</b>
<b>TABLE DES ABBREVIATIONS.....</b>	<b>IV</b>
<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE .....</b>	<b>1</b>
<b>PREMIERE PARTIE La force de la volonté dans le précontentieux .....</b>	<b>16</b>
<b>TITRE 1<sup>er</sup> - La dissuasion du contentieux .....</b>	<b>19</b>
<b>Chapitre 1<sup>er</sup> - La dissuasion par la prévention des litiges.....</b>	<b>20</b>
<b>Section 1<sup>ère</sup> La double dissuasion directe des peines privées contractuelles .....</b>	<b>23</b>
<b>§1<sup>er</sup> La dissuasion de l'inexécution : la composante comminatoire préventive du conflit .....</b>	<b>23</b>
<b>§2 La dissuasion des litiges par la prédétermination d'une peine privée .....</b>	<b>29</b>
<b>A. La négation du contrôle d'opportunité de la sanction .....</b>	<b>30</b>
1 <sup>o</sup> <i>Un déclencheur objectif : l'inexécution .....</i>	<i>31</i>
2 <sup>o</sup> <i>L'imputabilité, une caractéristique essentielle de la peine privée.....</i>	<i>34</i>
3 <sup>o</sup> <i>La nature potestative du droit du créancier d'exiger la peine .....</i>	<i>36</i>
<b>B. La problématique de la proportion entre le manquement et la sanction.....</b>	<b>38</b>
1 <sup>o</sup> <i>L'absence de contrôle de proportionnalité entre l'inexécution et la sanction : la clause résolutoire.....</i>	<i>39</i>
2 <sup>o</sup> <i>L'appréciation problématique de la juste proportion : la clause pénale .....</i>	<i>42</i>
<b>§3 La dimension processuelle des peines privées .....</b>	<b>49</b>
<b>Section 2 La dissuasion indirecte d'agir en justice .....</b>	<b>52</b>
<b>§1<sup>ère</sup> La dissuasion indirecte propre à la détermination de la réparation .....</b>	<b>52</b>
<b>A. La dissuasion intrinsèque par la certitude du bénéfice maximum attendu de l'action .....</b>	<b>56</b>
<b>B. La dissuasion extrinsèque due aux incertitudes du régime.....</b>	<b>59</b>
<b>§2 La dissuasion indirecte résultant des clauses abusives.....</b>	<b>63</b>
<b>A. La dissuasion illégitime résultant de l'insertion de clauses abusives.....</b>	<b>65</b>
<b>B. Les moyens nouveaux de l'efficacité de la lutte contre la dissuasion .....</b>	<b>68</b>
<b>C. Les moyens de l'efficacité .....</b>	<b>72</b>
1 <sup>o</sup> <i>par l'amélioration de l'efficacité des sanctions traditionnelles .....</i>	<i>72</i>
2 <sup>o</sup> <i>par la recherche de nouvelles sanctions.....</i>	<i>75</i>
<b>Chapitre 2 - La dissuasion par la prévention et le traitement des conflits .....</b>	<b>82</b>
<b>Section 1<sup>ère</sup> La gestion des conflits relationnels .....</b>	<b>85</b>
<b>§1 Les négociations directes : les clauses d'escalade.....</b>	<b>87</b>
<b>§2 Les négociations assistées : les clauses de médiation et de conciliation .....</b>	<b>88</b>
<b>A. L'intérêt de la distinction entre médiation et conciliation.....</b>	<b>91</b>
<b>B. Les effets des clauses de médiation préalable.....</b>	<b>92</b>
1 <sup>o</sup> <i>La consistance de l'obligation de négocier.....</i>	<i>93</i>
2 <sup>o</sup> <i>Les conséquences procédurales des clauses de médiation .....</i>	<i>95</i>
<b>Section 2 La gestion des conflits d'évaluation .....</b>	<b>102</b>
<b>§1<sup>er</sup> L'appréhension et la prévention des conflits d'évaluation.....</b>	<b>103</b>
<b>A. L'appréhension de l'imprévisible par les clauses d'adaptation.....</b>	<b>104</b>
1 <sup>o</sup> <i>Contexte et spécificité de la clause de hardship.....</i>	<i>105</i>
2 <sup>o</sup> <i>L'appréhension par les parties du changement de circonstances .....</i>	<i>111</i>
<b>B. La prévention des différends par les Dispute Boards.....</b>	<b>117</b>
1 <sup>o</sup> <i>La pacification des relations par le suivi du projet.....</i>	<i>119</i>
2 <sup>o</sup> <i>La favorisation des règlements amiables .....</i>	<i>120</i>
<b>§2 Le traitement des conflits d'évaluation .....</b>	<b>121</b>
<b>A. Le traitement du conflit par la négociation .....</b>	<b>122</b>
1 <sup>o</sup> <i>La stipulation d'une obligation de renégocier .....</i>	<i>122</i>
2 <sup>o</sup> <i>La facilitation de la négociation par l'information.....</i>	<i>133</i>
<b>B. Le traitement du conflit par la force du contrat.....</b>	<b>143</b>
1 <sup>o</sup> <i>Le recours à un tiers pour traiter le conflit par le contrat .....</i>	<i>144</i>
2 <sup>o</sup> <i>Le recours au contrat pour remédier à l'échec des négociations.....</i>	<i>164</i>
<b>Section 3 : Les conditions de validité et d'efficacité des MARC.....</b>	<b>167</b>
<b>§1<sup>er</sup> Les conditions relatives au tiers .....</b>	<b>169</b>
<b>A. Les compétences et les qualités du tiers .....</b>	<b>170</b>
1 <sup>o</sup> <i>Les compétences et qualités de l'expert .....</i>	<i>170</i>

2° Les compétences et qualités du médiateur .....	170
B. La posture du tiers relativement à sa mission .....	171
1° La condition essentielle : l'impartialité .....	171
2° L'indépendance: une condition facultative ? .....	172
§2 Les conditions relatives à la qualité de la procédure.....	174
A. Le principe du contradictoire.....	174
B. Le principe de la confidentialité.....	177
<b>TITRE 2 - L'organisation du contentieux.....</b>	<b>182</b>
<b>Chapitre 1<sup>er</sup> - La restriction de l'action en justice .....</b>	<b>183</b>
Section 1 <sup>ère</sup> La fermeture de l'action .....	184
§1 <sup>er</sup> La prohibition des clauses de non recours d'une portée trop générale.....	184
§2 Les conditions de validité des clauses de non recours .....	186
A. Les renonciations aux sanctions de l'inexécution.....	186
1° L'impossible renonciation à toute sanction de l'inexécution d'une obligation essentielle.....	187
2° La validité sous surveillance de la renonciation à l'action en responsabilité.....	188
3° La validité de la renonciation à la résolution judiciaire .....	189
4° La validité de la renonciation à l'exécution forcée.....	190
B. La condition de la disponibilité des droits .....	192
C. La condition de la durée limitée de l'abstention .....	194
§3 La sanction du non-respect de la clause de non recours.....	195
Section 2 La limitation de l'action dans le temps.....	197
§1 <sup>er</sup> La fixation conventionnelle du point de départ ou du délai de prescription .....	199
A. La fixation conventionnelle du point de départ de la prescription .....	199
B. La réduction de la durée de prescription extinctive.....	200
§2 La détermination conventionnelle des éléments affectant le cours de la prescription.....	201
A. La définition conventionnelle des causes de suspension ou d'interruption de la prescription .....	202
B. La réduction du délai butoir.....	206
<b>Chapitre 2 - L'aménagement de l'action et de ses conséquences .....</b>	<b>209</b>
Section 1 <sup>ère</sup> L'aménagement de la compétence .....	209
§1 <sup>er</sup> La validité des clauses aménageant la compétence.....	212
A. Le domaine de validité des clauses aménageant la compétence .....	212
1° Le domaine de validité étendu des clauses compromissaires.....	212
2° Le domaine de validité restreint des clauses attributives de juridiction.....	225
B. Les conditions de forme à la validité des stipulations aménageant la compétence .....	232
1° Pour la validité de la clause compromissoire .....	232
2° Pour la validité des clauses attributives de juridiction .....	234
C. Les clauses attributives de juridiction non exclusives.....	237
§2 La particulière vigueur des clauses aménageant la compétence .....	241
A. Le détachement des clauses aménageant la compétence .....	242
1° La séparabilité du contrat principal des conventions de procédure. ....	242
2° L'autonomie de la clause par rapport à la loi.....	248
3° Une autonomie par rapport à la volonté des parties ? .....	249
B. L'extraordinaire rayonnement des clauses aménageant la compétence .....	252
1° La « circulation » des clauses aménageant la compétence.....	253
2° L'extension au tiers des clauses aménageant la compétence.....	260
Section 2 L'aménagement des relations entre les parties en cas de litige .....	266
§1 <sup>er</sup> La répartition des frais liés au contentieux.....	267
§2 La gestion des conflits extérieurs aux parties.....	271
<b>DEUXIÈME PARTIE La force de la volonté dans le contentieux.....</b>	<b>279</b>
Titre 1 <sup>er</sup> - La force de la volonté commune dans le contentieux.....	279
Chapitre 1 <sup>er</sup> - L'aménagement du contentieux par la volonté commune .....	280
Section 1 <sup>ère</sup> La recherche d'une solution consensuelle hors du juge .....	280
§1 <sup>er</sup> La recherche de l'amiable par la convention de procédure participative .....	283
A. La gestion par les parties du temps des négociations.....	285
B. La circonscription du litige et la structuration des négociations .....	287
C. La facilitation des suites de la procédure .....	290
§2 La renonciation à la solution juridictionnelle : la transaction .....	293
A. Les conditions particulières de la juridiction des parties.....	301
1° L'interprétation restrictive de l'objet de la transaction .....	301

2° <i>La dérogation par la loi à la théorie des vices du consentement</i> .....	303
B. Les limites à la <i>jurisdictio</i> des parties tenant à la conception de la Justice .....	305
1° <i>L'appréciation jurisprudentielle des vices pouvant affecter la transaction</i> .....	306
2° <i>Le contrôle dérobé de la justice par les concessions réciproques</i> .....	310
Section 2 L'aménagement du litige.....	316
§1 <sup>er</sup> L'accord de volonté devant les juridictions étatiques .....	317
A. La maîtrise du temps judiciaire par les parties.....	317
1° <i>La maîtrise par les parties de l'action en justice et de ses conséquences sur l'instance</i> .....	318
2° <i>L'influence limitée de la volonté des parties sur le déroulement de l'instance</i> .....	325
B. L'impulsion des parties dans la modification de certaines règles de procédure.....	331
1° <i>Le pouvoir des parties, fonction de l'intérêt protégé</i> .....	332
2° <i>Vers un possible élargissement des pouvoirs des parties en matière d'aménagement de la procédure</i> .....	336
§2 La liberté des parties dans les procédures arbitrales .....	338
A. Le compromis ou la délimitation du litige.....	339
B. Le choix de l'arbitre.....	341
1° <i>Les paramètres généralement considérés pour effectuer le choix d'un arbitre</i> .....	341
2° <i>Les problématiques découlant du libre choix de l'arbitre par les parties</i> .....	343
C. Le choix de la procédure.....	351
1° <i>La liberté dans l'aménagement de la procédure</i> .....	351
2° <i>Les limites à la liberté de l'aménagement procédural</i> .....	360
Chapitre 2 - La volonté commune et le juge .....	372
Section 1 <sup>ère</sup> La détermination de la mission du juge par l'accord des parties .....	373
§1 <sup>er</sup> L'amiable composition ou l'expression déguisée de la volonté du juge .....	377
A. Les conditions de l'amiable composition.....	381
B. Le contenu de la mission de l'amiable compositeur .....	384
§2 Le Juste établi conventionnellement par les parties .....	389
A. La liaison du juge une fois le litige né .....	391
B. Les clauses de qualification et d'exclusion des points de droit.....	395
Section 2 La réception par le juge de l'accord des parties .....	404
§1 <sup>er</sup> Le juge au soutien de la volonté des parties.....	404
A. Le juge réceptacle de l'accord des parties .....	405
1° <i>Le cadre de la réception par le juge de l'accord des parties</i> .....	406
2° <i>L'étendue du contrôle du juge sur l'accord des parties</i> .....	410
B. Le juge avaliseur.....	414
1° <i>L'association entre le contractuel et le juridictionnel</i> .....	416
2° <i>L'absorption de la convention par la décision</i> .....	417
§2 Le juge instrument des parties.....	419
A. La robustesse du contrat contenu dans un jugement d'expédient .....	421
1° <i>L'impossible remise en cause du contenu de la décision</i> .....	421
2° <i>Les autres bénéfices du jugement convenu</i> .....	422
B. Risques de fraude et dénaturation du rôle du juge .....	425
Titre 2 - La force de la volonté individuelle dans le contentieux .....	430
Chapitre 1 <sup>er</sup> - La volonté d'une partie au litige .....	430
Section 1 <sup>ère</sup> La volonté d'une partie dans le choix d'une tactique procédurale.....	430
§1 <sup>er</sup> Le choix tactique de la position procédurale et ses conséquences sur la compétence.....	431
§2 Le choix tactique de la gestion du temps .....	436
A. L'accélération du temps par le choix du provisoire.....	437
1° <i>Le choix d'une satisfaction « provisoire »</i> .....	437
2° <i>La sécurisation du contentieux à venir</i> .....	441
B. L'allongement du temps de la procédure.....	443
1° <i>Les manœuvres classiques</i> .....	443
2° <i>Les manœuvres habiles difficiles à appréhender</i> .....	451
Section 2 La volonté d'une partie dans l'achèvement du contentieux .....	460
§1 <sup>er</sup> Volonté unilatérale et achèvement du contentieux.....	461
A. La renonciation à la contestation .....	461
B. Les limites à l'efficacité sur l'instance de la renonciation unilatérale au droit d'agir .....	463
§2 L'intérêt de l'instance pour l'adversaire .....	464
Chapitre 2 - La volonté des tiers au litige .....	468
Section 1 <sup>ère</sup> La puissance de la volonté des tiers dans les procédures judiciaires.....	468
§1 <sup>er</sup> L'incidence de la volonté des tiers.....	469
A. La volonté d'un tiers de s'immiscer dans le litige des parties.....	470

1° <i>La volonté du tiers lors de l'instance originelle</i> .....	470
2° <i>L'incidence de la volonté du tiers sur la décision rendue</i> .....	474
B. Les lumières ou le soutien d'un tiers.....	476
1° <i>L'intervention accessoire volontaire</i> .....	477
2° <i>L'amicus curiae, un « ami » désintéressé ?</i> .....	478
§2 La contrainte exercée sur la volonté des tiers.....	480
A. La contrainte particulière de la volonté des tiers.....	480
1° <i>La contrainte privant les tiers du double degré de juridiction</i> .....	480
2° <i>La contrainte liée à l'absence d'individualisme : l'extension d'une décision à des tiers</i> .....	482
B. La légitimité de la contrainte sur la volonté des tiers.....	483
Section 2 L'impuissance de la volonté des tiers en matière d'arbitrage.....	485
§1 <sup>er</sup> La mise à l'écart de la volonté des tiers au cours des procédures arbitrales.....	486
A. L'obstacle tenant à la nature conventionnelle de l'arbitrage.....	487
B. L'obstacle tenant au principe de l'égalité des parties dans la constitution du tribunal arbitral.....	490
§2 La sentence arbitrale, une forteresse pour les tiers ?.....	491
A. L'exclusion de l'intervention des tiers aux recours contre la sentence.....	492
B. L'exclusion de la tierce opposition contre les sentences internationales.....	493
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....	<b>496</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE</b> .....	<b>502</b>
<b>INDEX</b> .....	<b>543</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES</b> .....	<b>550</b>