L'ARBITRAGE ET L'EVOLUTION CONTEMPORAINE DES MODES DE REGLEMENT DES CONFLITS¹

Loïc Cadiet

Membre de l'Institut Universitaire de France. Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Panthéon-Sorbonne Paris 1). Président de l'Association Internationale de droit Processuel. cadiet@univ-paris1.fr

De l'extérieur, l'arbitrage se présente comme un mode de règlement des conflits parmi d'autres, mais distinct des autres. Il est, avec les autres, une pièce du système de justice pluriel que l'Etat offre aux justiciables en vue d'assurer le règlement des conflits qui les opposent. Il l'a toujours été et il l'est partout. Le droit comparé sera exclu de mon propos car il mène trop loin et il y a, sur ce point, de très utiles sources disponibles, y compris dans la littérature de langue française². L'histoire du droit le sera également³, car mon propos a pour objet l'arbitrage dans l'évolution *contemporaine* des modes de règlement des conflits. Ces travaux ne sont cependant pas intéressés. Les plus récents enseignent, notamment, que l'arbitrage n'est pas une forme primitive de la justice étatique, mais qu'il a toujours existé comme un mode concurrent de la justice publique, auquel il a même pu servir de modèle tandis que, à l'inverse, les principes directeurs du procès

¹ Cet article est issu d'une communication présentée sous le titre « L'arbitrage et l'évolution contemporaine des modes de règlement des conflits » lors d'un colloque organisé à Nice les 9 et 10 décembre 2011 sous la responsabilité scientifique des professeurs Yves Strickler et Jean-Baptiste Racine.

² J.F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2002. – Voy. aussi L. CADIET (dir.), T. CLAY et E. JEULAND, *Médiation et arbitrage*, Alternative Dispute Resolution – *Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Litec, 2005. Adde L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, 2^{ème} éd. 2013, n° 46, « Droit comparé ».

³ Voy. p. ex. D. ROEBUCK et B. DE LOYNES DE FUMICHON, *Roman arbitration*, Oxford, Holo Books, The arbitration press, 2004. - C. JALLAMION, *L'arbitrage en matière civile du XVII^e au XIX^e siècle*, thèse Montpellier 2004. - Ch. JARROSSON (dir.), *Les rapports entre arbitrage et justice étatique – Perspectives historiques*, coll. Les Episodiques, Centre d'histoire judiciaire, Université de Lille II, 2007. Adde L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, 2^{ème} éd. 2013, n° 46, « Histoire du droit ».

juridictionnel ont pu être étendus au procès arbitral *mutatis mutandis*. La tradition française est en effet de comprendre l'arbitrage dans les modes de règlement des conflits au point de l'inclure dans les dispositions du code de procédure civile⁴. Le code de 1806 lui consacrait un livre entier, le livre III *Des arbitrages*, de la deuxième partie *Des procédures diverses* (art. 1003 à 1018). Encore plus ambitieusement, l'actuel code, issu de la réforme des années 1970, à son tour récemment rénovée au mois de janvier dernier⁵, en fait une partie entière, avec le livre quatrième *L'arbitrage* (art. 1442 à 1527).

Pour autant, l'arbitrage n'est pas réductible à un simple mode de règlement *juridictionnel* des conflits. Chacun sait bien qu'en raison de sa source conventionnelle, l'arbitrage est tout entier dominé par l'accord des parties, qui lui confère un caractère amiable (à défaut d'être toujours aimable, tant s'en faut), dont le procès judiciaire n'est pas spontanément pourvu. Cette contractualité essentielle fait de l'arbitrage un mode *alternatif* de règlement des conflits dont l'évolution contemporaine doit être également articulée à celle des autres modes alternatifs de règlement des conflits.

L'ambivalence fondamentale de l'arbitrage nous conduira ainsi à saisir l'arbitrage dans son rapport à l'évolution contemporaine, à la fois, des modes *juridictionnels* (Section I) et des modes *alternatifs* (Section II) de règlement des conflits.

Section 1. – L'arbitrage et l'évolution contemporaine des modes de règlement juridictionnel des conflits

Si sa source est conventionnelle, l'arbitrage a un objet juridictionnel : dire le droit dans le litige soumis au tribunal arbitral. L'arbitre est un juge et la sentence est un

⁴ Cette tradition est d'ailleurs tellement libérale qu'elle a conduit à l'inclusion récente, au livre V du code (art. 1528-1568), de dispositions relatives à la résolution amiable des différends (conciliation et médiation extrajudiciaires, convention de procédure participative).

⁵ D. n° 2011-48, 13 janv. 2011 **portant réforme de l'arbitrage**, *JORF* 14 janv., p. 777. Voy. not. Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* 2011, p. 5 et s. - Et, plus spécifiquement en ce qui concerne l'arbitrage international, 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 et s. Et, pour une vue générale, T. CLAY (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Paris, Lextenso, 2011.

jugement qui a d'ailleurs autorité de chose jugée dès son prononcé. Deux phénomènes apparaissent au regard de l'évolution contemporaine des modes de règlement juridictionnel des conflits : d'une part, l'extension régulière du domaine de l'arbitrage (sous-section 1), d'autre part, son assimilation croissante à l'économie du procès judiciaire (sous-section 2), deux tendances observées à maintes reprises.

Sous-section 1. – La progression de l'arbitrage au détriment du procès judiciaire

La progression de l'arbitrage au sein des modes de règlement juridictionnel n'est pas nouvelle et le phénomène a souvent été observé, sauf à faire la part des faux arbitrages (§ 1) et des vrais arbitrages (§ 2).

§ 1. - Les faux arbitrages

Le faux arbitrage est celui qui se présente comme un arbitrage alors qu'il ne trouve pas sa source dans un accord des parties, mais dans une disposition de la loi qui le rend obligatoire. On parle aussi d'arbitrage *forcé*.

L'hypothèse n'est pas nouvelle.

Peu de temps a séparé la revendication, contenue dans les cahiers de doléances, d'une justice arbitrale conduisant les plaideurs apaisés à boire ensemble « une bouteille de vin payée à frais commun et bue à la santé l'un de l'autre »⁶ de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire. Cette loi s'ouvrait sur un titre premier *Des arbitres* (art. 1 à 6) et, surtout, organisait un arbitrage obligatoire dans les affaires de famille (art. 12 à 17)⁷, y compris le divorce à partir de la loi du 20 septembre 1792⁸. L'appel y était d'ailleurs

⁶ J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE et B. DUBOIS, *Histoire de la justice en France du XVIIIème siècle à nos jours*, Paris, PUF, 4^{ème} éd. 2010, n° 133, p. 248.

⁷ Voy. spéc. art. 12 : « S'il élève quelque contestation entre mari et femme, père et fils, grand-père et petits-fils, frères et sœurs, neveux et oncles, ou entre alliés aux degrés ci-dessus, comme aussi entre pupilles et leurs tuteurs pour choses relatives à la tutelle, les parties seront tenues de nommer des parents, ou, à leur défaut, des amis ou voisins pour arbitres, devant lesquels ils éclairciront leur différent, et qui, après les avoir entendues et avoir pris les connaissances nécessaires, rendront une décision motivée » et, là-dessus, J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE et B. DUBOIS, *op. cit.*, n° 140, p. 262-263 et n° 144, p. 267-270.

⁸ J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE et B. DUBOIS, *op. cit.*, n° 144, p. 267-270, et n° 172, p. 312-313.

possible, alors qu'il ne l'était pas, en principe, dans l'arbitrage facultatif de droit commun. On sait l'échec de ce dispositif⁹.

Mais les faux arbitrages n'ont pas disparu et ils s'attirent aujourd'hui la critique de n'être pas vraiment des arbitrages à défaut de reposer sur le consentement des parties qui y sont soumises, qu'il s'agisse de l'arbitrage prévu au profit des journalistes professionnels¹⁰, de l'arbitrage sportif, pour partie¹¹, ou de l'arbitrage du bâtonnier dans les litiges entre avocats, dont le champ d'application initial¹² a été étendu à l'ensemble des litiges entre avocats par une loi du 12 mai 2009¹³. Certains auteurs y ont vu un coup de force inutile et malvenu : inutile car l'art. 2061 du Code civil laisse déjà à tous les professionnels qui le souhaitent la possibilité d'insérer une clause compromissoire dans leurs conventions et, surtout, malvenu car il n'y a d'arbitrage que volontaire. Ainsi que l'écrit Thomas Clay, « Tout arbitrage forcé est un *ersatz* d'arbitrage qui ne doit d'ailleurs pas en porter le nom »¹⁴. Le propos vaut autant pour l'arbitrage interne que pour l'arbitrage international¹⁵.

⁹ J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, B. DURAND, N. DERASSE et B. DUBOIS, *op. cit.*, n° 144, p. 267-270, et n° 204, p. 353-356.

¹⁰ Art. L. 7112-4 et s. C. trav. : « Lorsque l'ancienneté excède quinze années, une commission arbitrale est saisie pour déterminer l'indemnité due (al. 1). Cette commission est composée paritairement d'arbitres désignés par les organisations professionnelles d'employeurs et de salariés. Elle est présidée par un fonctionnaire ou par un magistrat en activité ou retraité (al. 2). Si les parties ou l'une d'elles ne désignent pas d'arbitres, ceux-ci sont nommés par le président du tribunal de grande instance, dans des conditions déterminées par voie réglementaire (al. 3). Si les arbitres désignés par les parties ne s'entendent pas pour choisir le président de la commission arbitrale, celui-ci est désigné à la requête de la partie la plus diligente par le président du tribunal de grande instance (al. 4). En cas de faute grave ou de fautes répétées, l'indemnité peut être réduite dans une proportion qui est arbitrée par la commission ou même supprimée (al. 5). La décision de la commission arbitrale est obligatoire et ne peut être frappée d'appel (al. 6). ». Voy. T. CLAY, « L'arbitrage, justice du travail », in M. KELLER (dir.), *Procès du travail, travail du procès*, Paris, LGDJ, 2008, p. 107-109. Sur la constitutionnalité de cette commission, voy. Cons. const. 14 mai 2012, déc. n° 2012/243/244/245/246, *Procédures* 2012, n° 233, obs. BUGADA.

¹¹ Voy. M. PELTIER, « Un arbitrage particulier : l'arbitrage de litiges sportifs », in Y. STRICKLER (Textes réunis par), *L'arbitrage – Questions contemporaines*, préc., p. 115 et s.

¹² L. 31 déc. 1971, art. 7 (réd. L. n° 90-1259, 31 déc. 1990) : « Les litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail sont soumis à l'arbitrage du bâtonnier, à charge d'appel devant la cour d'appel siégeant en chambre du conseil ».

¹³ L. n° 2009-526, 12 mai 2009 **de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures** (*JORF* 13 mai, p. 7920 ; *JCP* 2009, I, 369, n° 2, obs. CLAY), compl. D. n° 2009-1544, 11 déc. 2009 relatif à la composition du Conseil national des barreaux et à l'arbitrage du bâtonnier (*JORF* 13 déc., p. 21545 ; *JCP* 2010, 546, n° 4, obs. CLAY) et CNB, décision 21 oct. 2010 portant réforme du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat (*JORF* 7 janv., p. 436. Voy. S. BORTOLUZZI : *JCP* 2011, 38, et T. CLAY : *JCP* 2011, 666, n° 11), parachevant le dispositif en prévoyant que le bâtonnier peut désormais déléguer ses pouvoirs d'« arbitre » à des anciens bâtonniers, voire à d'anciens membres du conseil de l'Ordre. « En d'autres termes, non seulement l'arbitrage est imposé, mais en outre on ne sait même plus par qui on va être jugé » : T. CLAY, obs. préc.

¹⁴ T. CLAY, *JCP* 2009, I, 369, n° 2. Voy. déjà T. CLAY, « L'arbitrage du bâtonnier : *perseverare diabolicum* », *D.* 2007, p. 28 et s.

On pourrait en discuter et peser la question de savoir si la singularité de l'arbitrage tient plus à sa source conventionnelle, surtout lorsque la justice étatique elle-même s'ouvre à la convention des parties, ou à la possibilité offerte aux parties de choisir leur juge et leur procédure, notamment en mettant la procédure arbitrale à l'abri de la publicité. En tout cas, la progression de l'arbitrage au sein des modes de règlement juridictionnel des conflits bénéficie également au véritable arbitrage.

§ 2. - Les vrais arbitrages

Après une assez longue période d'ankylose au cours du 19^{ème} siècle, favorisée par la limitation de l'arbitrage aux seuls litiges nés, l'expansion de l'arbitrage a connu plusieurs vagues successives commençant en 1925 avec l'admission de la clause compromissoire entre commerçants¹⁶. Dans la période la plus contemporaine, cette expansion s'est faite, en législation, dans deux directions principales.

D'abord, le domaine de validité du compromis, défini par l'article 2060 C. civ., dont étaient initialement écartées les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement toutes les matières qui intéressent l'ordre public¹⁷, a été progressivement étendu à toute une série de litiges administratifs¹⁸, au-delà même des litiges mettant en cause un établissement public industriel et commercial

¹⁵ A. MEZGHANI, « Arbitrage forcé et fondement contractuel de l'arbitrage ? », *Gaz. Pal.* 25-26 juin 2003, 1.

¹⁶ Sur cette évolution, voy. C. JALLAMION et Th. CLAY, « Justice publique et arbitrage », in L. CADIET, S. DAUCHY et J.-L. HALPÉRIN, *Itinéraires d'histoire de la procédure civile*, Paris, IRJS Editions, 2013, à paraître. Voy. aujourd'hui, art. L. 721-3, al. 5, C. com. : « Les tribunaux de commerce connaissent : 1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux ; 2° De celles relatives aux sociétés commerciales ; 3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. Toutefois, les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées ».

¹⁷ Art. 2060 C. civ., réd. L. n° 72-626, 5 juill. 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile., art. 13.

¹⁸ Contestations relatives à l'État, aux collectivités territoriales et aux établissements publics pour les contrats qu'ils concluent avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national (art. 9, L. n° 86-972, 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales), marchés publics (art. 132 C. marchés publ.), contrats de partenariat public-privé, qui comportent « nécessairement des clauses relatives : [...] 1) aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française » (art. 1414-12 C. gén. coll. terr., réd. L. n° 2008-735, 28 juill. 2008, en application de l'Ord. n° 2004-559, 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Voy. M. AUDIT, « Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative », *Rev. arb.* 2004, p. 541 et s.).

autorisé à compromettre¹⁹, mais à l'exclusion compréhensible du contrôle de légalité²⁰. Avec la bénédiction du Conseil d'Etat, il a même été proposé de desserrer encore le corset et, si le projet formé par un rapport dit Labetoulle, du nom d'un ancien président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, de créer un régime spécifique d'arbitrage administratif, qui échapperait aux dispositions du Code de procédure civile²¹, n'a pas encore abouti, le Tribunal des conflits, l'an passé, dans un arrêt *INSERM* abondamment commenté, a ouvert une brèche en ce sens à propos des contrats administratifs conclus par des personnes publiques françaises avec des contractants étrangers ; il a jugé que ces contrats relèvent de la juridiction administrative dès lors qu'ils impliquent le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français²². Puis, faisant application de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat a jugé que le juge administratif français est compétent pour connaître de la demande d'exequatur dans un arbitrage soumis aux règles impératives du droit français²³.

Surtout, le clivage traditionnel des contrats civils et des contrats commerciaux ne correspond plus à la réalité économique qui se fonde plutôt sur la distinction, devenue le principe dans d'autres domaines, entre professionnels et non professionnels : c'est dans ce type de rapports que la prohibition de la clause compromissoire a vocation à s'appliquer. La cause a fini par être entendue : à la faveur d'une loi sur les nouvelles régulations économiques, il y a dix ans, l'article 2061 C. civ. a été modifié pour qu'y soit posé le

¹⁹ Art. 2060, al. 2, C. civ. Voy., de manière générale, Ch. JARROSSON, « L'arbitrage en droit public », *AJDA* 1997, p. 16 et s. – Adde A. PATRIKIOS, *L'arbitrage en matière administrative*, préf. Y. GAUDEMET, Paris, LGDJ, 1997.

²⁰ Voy. art. L. 311-6 CJA et D. FOUSSARD, « Les dispositions sur l'arbitrage de l'article L. 311-6 du Code de justice administrative », *Rev. arb.* 2000, p. 537 et s.

²¹ Voy. D. LABETOULLE, « Personnes morales de droit public et recours à l'arbitrage », *JCP* 2007, act. 149 et l'entretien avec D. LABETOULLE, *JCP* 2007, I, 143. Conf. J.-L. DELVOLVÉ, « Une véritable révolution... inaboutie (remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative) », *Rev. arb.* 2007, 373 ; S. LEMAIRE, Ch. JARROSSON et L. RICHER, « Pour un projet viable de réforme de l'arbitrage en droit administratif », *AJDA* 2008, 617.

²² T. confl. 17 mai 2010, n° 3754, *INSERM c. Fondation Letten F. Saugstad*, D. 2010, 2330, obs. BOLLÉE et 2633, note LEMAIRE ; *Rev. arb.* 2010, 252, note AUDIT et 275, concl. GUYOMAR. Voy. aussi M. AUDIT, « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux (à la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal des conflits dans l'affaire *INSERM*) », *Rev. arb.* 2010, p. 253 et s. - Th. CLAY, « Les contorsions byzantines du Tribunal des conflits en matière d'arbitrage », *JCP* 2010, n° 21, 552. – E. GAILLARD, « Le Tribunal des conflits torpille le droit français de l'arbitrage », *JCP* 2010, n° 21, 585. Adde Avis du Comité français de l'arbitrage dans l'affaire *INSERM*, *Rev. arb.* 2010, 401.

²³ CE 19 avr. 2013, *SMAC*, n° 352750, *JCP* 2013, 543, obs. ERSTEIN, 748, note LEMAIRE et 784, n° 7, obs. ORTSCHIEDT ; D. 2013, 1069, obs. MONTECLER et 1445, note CASSIA ; *Gaz. Pal.* 29-30 mai 2013, 18, note GUYOMAR et 16-18 juin 2013, 10, obs. SEILLER.

principe de la validité de principe des clauses compromissoires « dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle »²⁴. La validité des clauses compromissoires dans les contrats de la consommation a même été soutenue, sous la seule réserve de l'abus au sens de l'article L. 132-1 et R. 132-1 du Code de la consommation²⁵. L'opinion n'est pas admise en droit interne, mais elle l'est en matière internationale²⁶.

Il faut également avoir égard à l'œuvre jurisprudentielle elle-même qui, dominée par une volonté délibérée de favoriser l'arbitrage au sein des modes de règlement des conflits²⁷, n'a eu de cesse, d'une part, d'assouplir les conditions de validité des clauses d'arbitrage en consacrant un principe d'autonomie, à la fois formelle²⁸ et substantielle²⁹, de la clause d'arbitrage et, d'autre part, d'en renforcer l'efficacité au-delà du cercle des parties signataires grâce à la libéralisation de leur transmission aux parties adjointes et, surtout, aux parties successives en cas de transmission du rapport d'obligation dont elle

²⁴ Art. 2061 C. civ. (réd. L. n° 2001-420, 15 mai 2001) : « Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

²⁵ Art. R. 132-2 C. consomm. (réd. D. n°2009-302, 18 mars 2009) : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article L. 132-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : (...) 10° 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 ».

²⁶ Un contrat international de consommation peut être soumis à l'arbitrage, en raison du principe d'autonomie de la clause compromissoire : Voy. Paris, 7 déc. 1994, *RTD com.* 1995, 402, obs. (réserv.) DUBARRY et LOQUIN ; *Justices* 1996-3, 435, obs. (crit.) RIVIER ; *Rev. arb.* 1996, 245, note (approb.) JARROSSON (la clause compromissoire insérée dans un acte mixte international est valable : contrat de consommation entre l'acquéreur d'une voiture et une société anglaise), sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartient à l'arbitre de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige : Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1997, *Rev. arb.* 1997, 537, note GAILLARD ; *Rev. crit. DIP* 1998, 87, note (crit.) HEUZÉ ; *RGDP* 1998, n° 1, 156, obs. (crit.) RIVIER. – Rappr. Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2010, n° 09-11.872 : *D.* 2010, 2934, obs. CLAY (cession de droits d'auteur).

²⁷ Voy. déjà art. 1^{er} L. 16-24 août 1790 préc. : « L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer, soit la faveur, soit l'efficacité des compromis ». *Adde*, en dehors de la France, Ch. JARROSSON, « Résolution du Parlement européen sur la promotion de l'arbitrage », *Rev. arb.* 1995, p. 355 sq.

²⁸ *Formelle*, avec l'admission de la clause compromissoire par référence : voy. Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1989, n° **87-15094**, *Bull. civ. I*, n° 314 ; Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006, n° **05-21818**, *Bull. civ. I*, n° 502 et, désormais, art. 1443 CPC.

²⁹ *Matérielle*, avec : l'indépendance des lois applicables au contrat principal et à la clause d'arbitrage, et la survie de la clause d'arbitrage à l'annulabilité du contrat principal. Voy. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 119, « Théorie juridique », b).

sont l'accessoire³⁰. Ce concours de bonnes fées explique la progression de l'arbitrage et cette progression se fait au détriment des procès judiciaires. La faveur est telle qu'en cas de concours, voire de conflit entre une clause d'arbitrage et une clause de compétence, entre une procédure arbitrale et une procédure judiciaire, la prime est plus souvent donnée à l'arbitrage que l'inverse³¹. Mais, au sein des modes juridictionnels de règlement des conflits, la progression du domaine de l'arbitrage n'est pas la seule tendance observable. Il faut également souligner, ce qui peut sembler paradoxal de prime abord, son assimilation croissante à l'économie du procès judiciaire.

Sous-section 2. – L'assimilation de l'arbitrage à l'économie du procès judiciaire

Cette assimilation de l'arbitrage à l'économie du procès judiciaire emprunte des formes variées (§ 1), mais il ne faut pas en exagérer la portée, qui n'est pas sans limites (§ 2).

§ 1. - Formes

A s'en tenir à l'essentiel, l'assimilation de l'arbitrage au procès juridictionnel revêt trois formes principales.

Une *première forme*, observée depuis plus d'une vingtaine d'années déjà, est celle d'une *tendance à l'institutionnalisation de l'arbitrage*. Cette tendance est la rançon du succès de l'arbitrage. Le phénomène est particulièrement notable en matière d'arbitrage international, mais l'arbitrage interne n'y échappe pas. Il tient au développement des arbitrages assurés dans le cadre d'organismes permanents d'arbitrage qui, en France, se

³⁰ Voy. L. CADIET, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *Les petites affiches*, 5 mai 2000, p. 30 et s., spéc. n° 4 à 20.

³¹ Voy. L. CADIET, art. préc., spéc. n° 22 à 28 (hypothèses de conflits tenant au concours de clauses de compétence et de clauses compromissoires ou à la pluralité de parties, dont certaines seulement sont parties à la clause compromissoire). *Adde* X. LAGARDE, « Pluralité de parties à un contrat *versus* pluralité de parties à un procès », in L. CADIET et D. LORIFERNE (dir.), *La pluralité de parties*, Paris, IRJS Editions, 2013, à paraître.

comptent aujourd'hui par dizaines. La *Cour européenne d'arbitrage* en est un exemple³². Il en est d'autres, très connus comme la *Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale* ou le *Centre de médiation et d'arbitrage de Paris* de la *Chambre de commerce et d'industrie de Paris*, ou moins connus, comme tous ces centres régionaux, généralistes ou spécialisés comme, par exemple, *Chambre d'arbitrage et de médiation des litiges de l'immobilier* du CNAM des Pays-de-Loire³³.

La *deuxième forme* est celle de la *procéduralisation de l'arbitrage*, qui se traduit par la soumission de l'arbitrage à des règles de procédure comparables à celle des procès judiciaires, parfois même plus strictes³⁴, qui peuvent être certes définies par l'accord des parties, mais qui peuvent aussi l'être, le cas échéant, par le tribunal arbitral lui-même ou par les centres d'arbitrage lorsque l'arbitrage est institutionnel³⁵, quand elles ne le sont pas, ce qui est moins fréquent, par renvoi au droit commun du procès civil³⁶. La réforme du 13 janvier 2011 n'a pas remis en cause ce lien, même si elle l'a formulé différemment³⁷. Le tribunal arbitral fait même l'objet, désormais, d'un chapitre entier du code, ce qui n'était pas le cas antérieurement³⁸. Le procès arbitral, du moins dans l'ordre interne, reste une procédure spéciale soumise à certains des principes directeurs du procès énoncés au seuil du code de procédure civile³⁹, en tant qu'ils sont l'expression d'un noyau dur intangible, qui peut apparaître comme un droit commun processuel *minimum*, hors d'atteinte de la volonté des parties : l'alinéa 2 de l'article 1464 se présente bien comme une dérogation au

³² Voy. Y. STRICKLER (Textes réunis par), *L'arbitrage – Questions contemporaines*, Paris, L'Harmattan, 2012, spéc. p. 213 et s.

³³ Autant qu'on puisse le savoir à partir du contentieux sur recours dont ils sont l'objet devant les tribunaux étatiques, les arbitrages institutionnels représentent, en moyenne, 45 % au moins des arbitrages se déroulant en France, contre 55 % des arbitrages *ad hoc*, ces derniers étant à l'inverse plus nombreux du reste en province qu'à Paris. Pour une étude remontant à quelques années, voy. S. CRÉPIN, *Les sentences arbitrales devant le juge français*, Paris, LGDJ, 1995, préf. Ph. Fouchard.

³⁴ Pour lui appliquer les catégories traditionnelles du droit commun du procès civil, l'arbitrage apparaît comme une procédure écrite, strictement encadrée par un calendrier de procédure qui engage les parties aussi bien que les arbitres, à peine de responsabilité éventuelle de ces derniers, qui jouissent d'un pouvoir d'administration important de la procédure. Du reste, c'est bien d'une procédure « administrée » que les règlements de certains centres d'arbitrage parlent pour désigner l'arbitrage institutionnel.

³⁵ Voy. p. ex. art. 19 Règlement CCI.

³⁶ « Sans être tenues de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques », dispose le nouvel article 1464, al. 1 CPC, simple faculté et non pas devoir.

³⁷ Le renvoi au droit commun du procès civil était plus clair dans la disposition antérieure de l'article 1460, al. 1 CPC : « Les arbitres règlent la procédure arbitrale sans être tenus de suivre les règles établies pour les tribunaux, sauf si les parties en ont décidé autrement dans la convention d'arbitrage ».

³⁸ Chapitre 2 du Titre 1^{er} du livre IV (art. 1450 à 1461 CPC).

³⁹ Voy. art. 1er à 24 CPC.

principe de liberté contractuelle posé par l'alinéa 1^{er} ⁴⁰. Ainsi que l'écrivait déjà le doyen Cornu à propos des dispositions antérieures, il y a vingt ans, « Ils font voir, au cœur de l'ensemble des principes directeurs, le noyau de ceux *-primi inter pares-* qui, étant de l'essence de l'action de juger, s'attache à tout juge (l'arbitre en est un : principe dispositif, principe de contradiction, liberté de la défense, audition ouverte des parties, conciliation) »
41.

La troisième forme va même jusqu'à emprunter les habits d'une certaine judiciarisation de l'arbitrage en raison de l'association permanente du juge judiciaire au procès arbitral, traditionnellement juge de l'exequatur et juge du recours, mais surtout, juge d'appui de la procédure arbitrale, chargé d'en prévenir ou d'en régler les difficultés afin d'en assurer un déroulement optimal : constitution du tribunal, maintien de l'arbitre, durée de l'arbitrage⁴². Le décret du 13 janvier 2011 a fait explicitement entrer le juge d'appui dans le code de procédure civile⁴³. La compénétration de la justice arbitrale et de la justice étatique ainsi réalisée peut paraître si étroite que la thèse pourrait être défendue, malgré les hauts cris qu'elle provoque dans le milieu arbitragiste, que la juridiction arbitrale est une variété particulière de juridiction d'exception, du moins pour ce qui est de l'arbitrage interne. En effet, en ce qui concerne l'arbitrage international, la Cour de cassation est allée jusqu'au bout de sa politique de faveur à l'égard de l'arbitrage en jugeant que l'arbitrage international est un ordre juridique autonome qui n'est rattaché à aucun ordre juridique étatique⁴⁴. Au bout de cette logique, c'est sans doute trop loin ⁴⁵. On touche ici la question des limites de l'assimilation de l'arbitrage au procès judiciaire.

⁴⁰ « A 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 (al. 1). Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1 (al. 2) ».

⁴¹ G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Mélanges Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 83 et s., spéc. p. 87, note 7.

⁴² Voy. Y. STRICKLER, « Arbitres et juges internes », in Y. STRICKLER (Textes réunis par), *L'arbitrage – Questions contemporaines*, préc., p. 57 et s. Et, déjà, Ph. FOUCHARD, « La coopération du président du TGI à l'arbitrage », *Rev. arb.* 1985, p. 5 et s. – D. HASCHER, « Le juge d'appui », in L. CADIET (dir.), avec E. JEULAND et T. CLAY, *Médiation et arbitrage, Alternative Dispute Resolution – Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, préc., p. 243 et s.

⁴³ Voy. art. 1451 à 1457, 1459, 1460, 1463, 1505 et 1506 CPC.

⁴⁴ Très exactement, « la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées » : Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2007, n° 05-18.053, *Bull. ass. plén.* n° 250. – Rapp. Cass. 1^{re} civ., 12 oct. 2011, n° 11-11.058, *JCP* 2012, 1140, obs. SERAGLINI ; *D.* 2011, 2483 et 3023, obs. CLAY ; *D.* 2012, 2337, obs. BOLLEE ; *Rev. crit. DIP* 2012, 121, note MUIR WATT, jugeant

§ 2. - Limites

Ces limites sont aussi diverses que les formes de l'assimilation.

L'assimilation de l'arbitrage au procès judiciaire est *tout d'abord* limitée par la singularité de l'arbitrage parmi les modes de règlement juridictionnel des conflits. Cette singularité tient bien sûr à la source conventionnelle, donc privée, de l'arbitrage, qui impose *l'éviction de certains principes directeurs du procès juridictionnel* comme, du reste, de certaines exigences du droit au procès équitable⁴⁶. C'est cette contractualité de l'arbitrage qui explique, notamment, que les principes directeurs résultant des articles 1^{er} à 3 du code de procédure civile ne soient pas applicables au litige, pas plus que le principe de publicité auquel se substitue, en principe, un principe opposé de confidentialité⁴⁷. Ainsi que l'a écrit le doyen Cornu : « Les principes écartés font place aux règles qui reflètent les particularités de l'arbitrage »⁴⁸. Parce que l'arbitrage a une origine conventionnelle, les parties en ont seules la maîtrise : d'où l'éviction des articles 1^{er} à 3, et il n'a d'effet qu'à l'égard des parties : d'où l'impossibilité d'enjoindre aux tiers une production de pièces aux débats. Parce que l'arbitrage met en œuvre une justice privée, l'arbitre ne dispose pas de *l'imperium* : d'où l'impossibilité, pour lui, d'ordonner saisies conservatoires et sûretés judiciaires (art. 1468, al. 1 CPC), et l'instance présente un caractère confidentiel : d'où l'exclusion de la publicité des débats et de la sanction du manquement à l'obligation de réserve⁴⁹.

que le tribunal arbitral étant une juridiction internationale autonome, il n'entraîne pas dans les pouvoirs du juge étatique français d'intervenir dans le déroulement d'une instance arbitrale internationale. Et, sur cette opinion, car c'en est une avant que d'être jurisprudence, J.-P. ANCEL, « L'arbitrage : une juridiction internationale autonome », *RJDA* 2007, p. 883 et s. – Conf. E. GAILLARD, « L'ordre juridique arbitral : réalité, utilité et spécificité », (2010) *55 R.D. McGill* 891. - F. GRISEL, *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique*, Fondation Varenne et LGDJ, 2011, préf. L. CADIET.

⁴⁵ Voy. V. HEUZE, « Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? » *D.* 2011, p. 2880-2885.

⁴⁶ Voy. N. FRICERO, « L'arbitrage à l'aune de la Convention européenne » in Y. STRICKLER (Textes réunis par), *L'arbitrage – Questions contemporaines*, préc., p. 47 et s. *Adde* L. BERNHEIM VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, 2012.

⁴⁷ Art. 1464, al. 2 et 4 CPC.

⁴⁸ G. CORNU, « Les principes directeurs par eux-mêmes... », préc., p. 84, note 7.

⁴⁹ Voy., pour une vue embrassant l'ensemble des modes alternatifs de règlement des conflits, L. CADIET, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », in M. DELMAS-MARTY, H. MUIR-WATT et H. RUIZ-FABRI, *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2002, p. 89-109.

A l'inverse, plus subtilement, l'assimilation du procès arbitral au procès judiciaire devant le juge étatique est compensée, sinon limitée, par *l'assimilation ponctuelle du procès judiciaire au procès arbitral* qui a pu servir, sur plusieurs points, de modèle à la justice étatique. L'illustration pourrait ici en être donnée avec la requête conjointe (art. 57 CPC), inspirée du compromis, l'amicable composition judiciaire (art. 12, al. 4 CPC), inspirée de l'amicable composition arbitrale, l'autonomie et la transmission des clauses de compétence, inspirée de l'autonomie et de la transmission de la clause compromissoire⁵⁰. L'article 2061 C. civ. est également, aujourd'hui, un puissant argument en faveur d'une extension de la validité des clauses de compétence territoriale à l'ensemble des contrats entre professionnels et non plus seulement entre commerçants⁵¹. L'influence de l'arbitrage sur la justice étatique pourrait aussi trouver quelques éléments, sinon arguments, avec la consécration, en matière judiciaire, du principe de concentration des moyens⁵² et de la théorie de l'*estoppel*⁵³, même si, sur ces deux derniers points, le périmètre des solutions n'est pas exactement le même⁵⁴.

Il faut *enfin* observer que, plus radicalement, c'est le face-à-face de la justice étatique et de la justice arbitrale qui est lui-même limité par la concurrence d'autres modes alternatifs de règlement des conflits, qui impose maintenant d'examiner l'arbitrage au regard de l'évolution contemporaine des modes alternatifs de règlement des conflits.

⁵⁰ Voy. L. CADIEP, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 119, Théorie juridique. Et, depuis, Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2010, n° 07-17.788, *JCP* 2010, act., 869 ; *JCP* 2010, 1191, n° 7, obs. CLAY ; *D.* 2010, 2333, obs. D'AVOUT ; *Procédures* 2010, n° 336, obs. PERROT (autonomie des clauses de compétence).

⁵¹ Ainsi que continue de le prévoir l'article 48 CPC : « 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 et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

⁵² Cass. ass. plén., 7 juill. 2006 : *Bull. civ.*, cass. ass. plén., n° 8. Voy. L. CADIEP, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 8^{ème} éd. 2013, n° 739.

⁵³ Voy. not. Cass. com., 20 sept. 2011, n° 10-22.888 : *JCP* 2011, 1397, n° 13, obs. AMRANI-MEKKI ; *Rev. huissiers* 2011, 293, note PUTMAN ; *RTD civ.* 2011, 760, obs. FAGES et, là-dessus, D. HOUTCIEFF, « La consécration de l'interdiction de se contredire », *JCP* 2011, 1250. - C. MARÉCHAL, « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », *D.* 2012, 167. - Et, déjà, N. DUPONT, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *RTD civ.* 2010, 459. Adde O. BALDES, *L'estoppel ou l'approche renouvelée des systèmes d'interdiction de l'auto-contradiction en procédure civile : Procédures* 2013, Etude 5.

⁵⁴ Voy. not. E. LOQUIN, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes », *Rev. arb.* 2010, p. 201 et s.

Section 2. – L’arbitrage et l’évolution contemporaine des modes alternatifs de règlement des conflits

Je serai beaucoup plus rapide sur ce deuxième volet. La justice arbitrale est souvent présentée comme une justice amiable par opposition à la justice étatique, autoritaire, hâtivement stigmatisée pour son cortège compliqué de procédures contentieuses, formalistes, longues et coûteuses. La distinction est excessive, mais il est vrai que règlement amiable et justice arbitrale ont partie liée. Dans la conception française, si l’arbitre est un juge et sa sentence un jugement, l’arbitrage trouve son origine dans une convention et c’est bien là la caractéristique essentielle de l’arbitrage, source première de sa légitimité⁵⁵, qui conduit d’ailleurs les juristes anglo-saxons à y voir l’archétype des *Alternative Dispute Resolution*, c’est à dire des modes alternatifs de règlement des conflits⁵⁶. Mais ce caractère alternatif, s’il s’observe au sein de l’arbitrage (sous-section 1), met l’arbitrage en concurrence avec d’autres modes alternatifs et cette concurrence, de marginale, est devenue importante (sous-section 2).

Sous-section 1. – Le caractère alternatif de l’arbitrage parmi les modes de règlement des conflits

La notion de mode alternatif de règlement des conflits a souvent intrigué et suscité la discussion, soit en raison de son objet : conflit ou litige ? Soit en raison de son caractère alternatif : alternatif à quoi ? La réponse initiale était d’envisager ces modes comme alternative à la justice étatique et, à ce titre, l’arbitrage est bien un mode alternatif de règlement des conflits. Mais, ce sens a évolué par la suite dès lors que la recherche d’une solution amiable, là où la solution juridictionnelle apparaît comme une solution autoritaire, se diffuse au sein même de l’institution judiciaire. Du coup, les modes alternatifs de règlement des conflits ont leur place aussi bien sur le terrain des solutions judiciaires que sur le terrain des solutions extrajudiciaires et l’on sait que, depuis une vingtaine d’années, le droit positif a largement engagé l’institution judiciaire dans la voie des règlements

⁵⁵ Voy. P. TERCIER, « La légitimité de l’arbitrage », *Rev. arb.* 2011, p. 653 et s.

⁵⁶ Voy., aux Etats-Unis d’Amérique, l’*ADR Act* de 1998, spéc. Sections 6 et 7. Adde G. ALPA, « La circulation des modèles de résolution extrajudiciaire des conflits », *RIDC* 1993, p. 755 *sq.*, ainsi que Cl. SAMSON et J. MCBRIDE, *Solutions de rechange au règlement des conflits - Alternative dispute resolution*, Québec, Les presses de l’Université Laval, 1993.

amiables, en multipliant les passerelles entre celle-ci et ceux-là⁵⁷. L'Etat met en place une offre de justice plurielle⁵⁸. La récente introduction en droit français de la convention de procédure participative est la dernière illustration de cette politique juridique⁵⁹.

L'arbitrage est compris dans cette politique de diffusion des règlements amiables au sein même des procédures juridictionnelles. En effet, s'il est par lui-même une alternative au règlement judiciaire du litige, l'arbitrage propose en son sein plusieurs types de solutions possibles du litige.

A la *solution juridictionnelle pure*, rendue « conformément aux règles de droit », ainsi qu'en dispose l'article 1478 et 1511 CPC⁶⁰, en écho à l'article 12, al. 1 CPC⁶¹, tenant compte, en matière internationale, des « usages du commerce » (art. 1511, al. 2 CPC), les parties peuvent préférer une solution plus amiable à laquelle ils peuvent aboutir de deux façons.

La *première* consiste à donner à l'arbitre mission de statuer en *amicable compositeur*⁶², c'est-à-dire en équité, en ayant pour seul souci que de trouver une solution qui soit équilibrée pour l'ensemble des parties en présence. Cette mission peut être prévue une fois le litige né, dans le compromis ou lors de la rédaction de l'acte de mission. Mais, à la différence de ce que l'article 12, al. 4 CPC dispose pour l'amicable composition judiciaire, cette mission peut être stipulée avant tout litige lors de la rédaction de la clause compromissoire. Le caractère alternatif de l'arbitrage est d'autant plus prononcé que les arbitres ont reçu cette mission de statuer comme amiables compositeurs, ce qui, en principe

⁵⁷ Conciliation judiciaire déléguée aux conciliateurs de justice, médiation judiciaire, médiation familiale, etc. pour n'évoquer ici que la matière civile. Voy. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 49-51 et p. 490-548.

⁵⁸ V. p. ex. L. CADIET, « La justice face aux défis du nombre et de la complexité », *Les Cahiers de la Justice*, 2010/1, ENM et Dalloz, pp. 13-35.

⁵⁹ Art. 2062-2068, réd. L. n°2010-1609, 22 déc. 2010, spéc. art. 2062 : « La convention de procédure participative est une convention 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 ».

⁶⁰ Pour l'arbitrage interne, l'article 1511 précisant, pour l'arbitrage international, « (...) conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il (le tribunal arbitral) estime appropriées ».

⁶¹ « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

⁶² Art. 1478 CPC : « (...) à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition », pour l'arbitrage interne. – Art. 1512 CPC : « Le tribunal arbitral statue en amiable composition si les parties lui ont confié cette mission » (arbitrage international).

et dans l'arbitrage interne, rendait leur sentence spécialement insusceptible d'appel sous l'empire des dispositions antérieures au décret du 13 janvier 2011⁶³.

La *seconde* manière d'aboutir à une solution amiable est, comme en matière judiciaire, de solliciter du tribunal arbitral qu'il constate l'accord des parties sur la solution de leur litige. On parle alors de « sentence d'accord parties ». La possibilité en est consacrée par certains règlements d'arbitrage comme, par exemple, par celui de la CCI, dont l'article 32 dispose : « Si les parties se mettent d'accord pour régler leur différend à l'amiable alors que le tribunal arbitral a été saisi du dossier conformément à l'article 16, ce règlement à l'amiable peut, à la demande des parties et avec l'accord du tribunal arbitral, être constaté par une sentence d'accord parties ». Ce type de sentence est un avatar du contrat judiciaire ou du jugement de donné acte⁶⁴. La solution du litige n'est plus, ici, de nature juridictionnelle, mais de nature conventionnelle⁶⁵ ; elle est prévue et encouragée par la plupart des règlements d'arbitrage qui font de cette possibilité de solution amiable en cours d'arbitrage une technique de gestion efficace de la procédure de règlement du litige⁶⁶. L'arbitrage subit alors la concurrence des autres modes alternatifs de règlement des conflits.

Sous-section 2. – L'arbitrage à l'épreuve des autres modes alternatifs de règlement des conflits

Un mot seulement suffira sur cette concurrence qui, à certains égards, est un effet pervers de l'institutionnalisation de la justice arbitrale, déjà observé par plusieurs auteurs

⁶³ Voy. anc. art. 1482 CPC. Cet effet n'apparaît plus dans les nouveaux textes. Voy. art. 1489 et 1490 CPC, le premier se contentant de prévoir que « la sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties ». C'est que, en vérité, le principe est désormais celui de l'absence d'appel, que la sentence soit en droit ou en équité.

⁶⁴ Voy. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 105.

⁶⁵ Voy. Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2012, n° 11-24.238, *Procédures* 2013, n° 46, obs. WEILLER ; *Rev. arb.* 2013, 138, note BILLEMONT : la simple constatation d'un accord entre les parties dans le dispositif de la sentence, sans aucun motif au soutien de ce dispositif, ne peut s'analyser en une sentence constitutive d'un acte juridictionnel ayant autorité de chose jugée.

⁶⁶ Voy. p. ex. l'article 3.h.i de l'appendice IV sur les techniques de gestion de la procédure du Règlement d'arbitrage CCI, qui rappelle que le tribunal arbitral peut « informer les parties qu'elles sont libres de régler tout ou partie de leur litige par la négociation ou par toute méthode de règlement amiable des différends ».

au premier rang desquels figurent Philippe Fouchard et Bruno Oppetit⁶⁷. Les institutions d'arbitrage présentent certes l'avantage de mettre à la disposition des parties une liste d'arbitres, un règlement d'arbitrage et des structures matérielles d'accueil et de gestion de la procédure (locaux, secrétariat, etc.). Mais la juridictionnalisation de l'arbitrage s'en trouve accrue par les règlements d'arbitrage, qui imposent des formes et des délais de procédure, organisent parfois même une procédure d'examen du litige à double degré⁶⁸. Cette institutionnalisation de l'arbitrage est susceptible d'alimenter un phénomène de « dérives procédurales » auquel Jean-Baptiste Racine avait consacré un article il y a plus de dix ans déjà⁶⁹. Le propos portait sur l'arbitrage international, mais l'arbitrage interne n'y échappe pas. L'arbitrage y perd l'avantage de sa souplesse comme celui de sa rapidité en y gagnant, si l'on peut dire, l'inconvénient d'un coût accru car la courbe des frais de la procédure d'arbitrage a tendance à s'élever au fur et à mesure qu'il s'institutionnalise⁷⁰. Il en résulte que, comme l'avait écrit Bruno Oppetit, « par l'effet d'une loi de substitution si souvent vérifiée dans la vie des institutions juridiques »⁷¹, on assiste au développement de modes de règlement des litiges alternatifs à l'arbitrage lui-même et, au premier chef, de la médiation, avec les mêmes risques de processualisation qui ont précédemment affecté l'arbitrage⁷². Le développement est tel que la médiation a en effet tendance elle aussi à s'institutionnaliser au point que la plupart des organismes permanents d'arbitrage sont devenus des centres d'arbitrage et de médiation qui proposent à leurs adhérents une vaste palette de solutions alternatives au règlement juridictionnel des litiges, depuis la médiation jusqu'aux ORD en passant par l'avis technique amiable, l'évaluation juridique

⁶⁷ Voy. spéc. Ph. FOUCHARD, « Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique », *Rev. arb.* 1987, p. 225 et s. – B. OPPÉTIT, « Justice étatique et justice arbitrale », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 415 et s.

⁶⁸ V. p. ex. M. RUBINO-SAMMARTANO, « Le degré arbitral d'appel dans l'arbitrage international », in Y. STRICKLER (Textes réunis par), *L'arbitrage – Questions contemporaines*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 111 et s.

⁶⁹ J.-B. RACINE, « Les dérives procédurales de l'arbitrage », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 229-247.

⁷⁰ V., en dernier lieu, Th. CLAY et W. BEN HAMIDA (dir.), *L'argent dans l'arbitrage*, Paris, Lextenso, 2013, à paraître.

⁷¹ B. OPPÉTIT, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices*, n° 1, 1995, p. 53-59, spéc. p. 55. Voy. également J.-B. RACINE, *op. cit.*, p. 244-247.

⁷² Voy. Ph. FOUCHARD, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges du commerce international », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2001, p. 95 et s.

indépendante, les *dispute boards*, la décision sur dernière offre, le *mini-trial*, la décision d'urgence et même des formules alternatives hybrides combinant médiation et arbitrage⁷³.

On parle alors de *med-arb* dans lequel la médiation et l'arbitrage peuvent être combinés soit dans le temps, soit dans l'espace⁷⁴. Dans le *med-arb* ordinaire, *diachronique*, un arbitrage succède à une médiation en cas d'échec de cette dernière pour tout ou partie du litige, les deux phases du processus étant mises en œuvre devant la même personne, qui remplit donc deux missions successives. Dans le *med-arb* simultané, *synchronique*, que propose notamment le *Centre d'arbitrage et de médiation de Paris*, les deux procédures sont mises en œuvre simultanément et indépendamment l'une de l'autre, ce qui est supposé garantir aux parties, sans perte de temps comme dans le *med-arb* ordinaire, une solution amiable ou imposée du litige. Dans ce cas, la médiation n'est plus un préalable à l'arbitrage. Cette deuxième formule permet d'éviter les objections que soulève la première en termes de cumul de fonctions, donc de confidentialité et d'impartialité du tiers saisi⁷⁵. Mais ce gain supposé de temps se fait au prix d'un alourdissement de la procédure de règlement qui est une autre source d'inconvénient⁷⁶.

En conclusion, le système des modes alternatifs de règlement des conflits est donc pluriel, comme l'est le système plus général de justice dans lequel ces modes s'inscrivent aux côtés de techniques traditionnelles de solution judiciaire des litiges. Tous ces éléments sont globalement solidaires et l'arbitrage, plus que tout autre en raison de son ambivalence constitutive, est un bon observatoire des mutations contemporaines de la justice.

⁷³ Sur la décision d'urgence, voy. not. E. LOQUIN, « L'arbitre d'urgence, un objet juridique non identifié », *IJPL / RIDP* 2012, n° 2, p. 261 et s.

⁷⁴ Voy. Ch. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », in *Les modes alternatifs de règlement des conflits : rencontres internationales de droit comparé*, *RIDC* 1997, p. 325 et s., spéc. n° 49 à 52. – A. BURR, « Med-arb : A viable Hybrid Solution ? » in *Les arbitres internationaux*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 57 et s.

⁷⁵ Voy. L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, préc., n° 55.

⁷⁶ Comp. D. PARAGUACUTO-MAHÉO, « Pour plus de médiation en arbitrage international », *Gaz. Pal.* 14-16 oct. 2012, 19.