

## 22 Le recours à l'arbitrage et à la médiation dans la résolution des conflits sociétaires : concurrence ou complémentarité ?

Sous la direction de



**Alexis Albarian,**

*maître de conférences à Aix-Marseille université Centre de droit économique (UR 4224),  
directeur du DESU « Droit et pratique de la négociation et  
de la médiation en droit des affaires » (Institut de droit des affaires)*



**Louis Thibierge,**

*agrégé des facultés de droit,  
professeur à l'université d'Aix-Marseille,  
avocat au barreau de Paris*



**Stéphanie Brunengo,**

*avocate et médiatrice,  
co-directrice du DESU Médiation et négociation  
en droit des affaires Aix-Marseille université*



**Blandine Ravet,**

*médiateur, Centre de médiation Aix Med*



**Silvestre Tandeau de Marsac,**

*avocat, arbitre, médiateur*



**Fabrice Vert,**

*Premier vice-président au tribunal judiciaire de Paris,  
vice-président de GEMME section France,  
membre du Conseil national de la médiation,  
ambassadeur de l'amiable*

**D**eux citations, n'ayant manifestement pas pris une ride, jouissent d'un écho tout particulier dans le cadre de la résolution des conflits sociétaires : « *Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès c'est la première. Il faut que la société dise aux parties : pour arriver au temple de la justice passez par celui de la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez* » (L. Prugnon, *Archives parlementaires*, t. XVI, p. 739, extrait d'un discours à la tribune de l'Assemblée nationale prononcé le 7 juillet 1790) ; « *Virata en était tout heureux, car il sentait que conseiller vaut mieux que commander et concilier mieux que juger* » (S. Zweig, *Le Chandelier enterré*, 1937).

Ceci dit, et à notre époque, l'on serait tout de même tenté de modifier quelque peu le propos de Monsieur Prugnon comme suit : « *J'espère qu'en passant vous serez " arbitrés " ou vous " médiez "* » (c'est là, en effet, une francisation du verbe anglais « *to mediate* » qui signifie « *obtenir une médiation* » ou encore « *réaliser une médiation* », V. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* : PUF, 18<sup>e</sup> éd., 1996, p. 605, « *Médiation* »). Ainsi, les acteurs (associés, dirigeants, partenaires commerciaux...) de la vie sociétaire sont-ils de plus en plus souvent appelés à solliciter le concours soit de « *celui qui, agréé ou désigné par les parties, juge un différend* », un arbitre, soit de « *celui [ou] celle qui s'entremet entre deux ou plusieurs personnes* » ou encore « *celui [ou] celle qui intervient pour arranger quelque affaire* », un médiateur.

Or, à l'heure actuelle, force est de constater que les modes amiables de résolution des conflits ou des litiges – au premier chef desquels l'on trouve la médiation – viennent talonner de plus en plus près l'arbitrage, mode historique et, surtout, le plus prisé (aujourd'hui encore) par la pratique de règlement du contentieux économique (notamment sociétaire). Dans un excellent rapport de 2014, le cabinet indépendant *Eight Advisory* (spécialisé en conseil financier et opérationnel) a en effet très nettement mis en exergue une tendance de fond au détriment non seulement de la voie judiciaire classique mais également de la voie de l'arbitrage dans le cadre de la résolution des litiges en matière économique (englobant naturellement dans une très large mesure les conflits sociétaires. – V. *L'apport de l'expertise financière de partie dans les litiges économiques : enjeux, avantages, inconvénients* : [www.8advisory.com/rapports/](http://www.8advisory.com/rapports/)).

Aux questions « *quel(s) est (sont) le(s) principal(aux) mode(s) de règlement de vos litiges économiques ?* » et « *quel est (sont) le (ou les) mode(s) de règlement(s) de vos litiges économiques que vous souhaitez privilégier ?* », le rapport précité a mis en exergue les réponses suivantes : « *Médiation* » à 43 % contre 53 % (seulement) en faveur de l'arbitrage. Plus éloquent encore, c'est la médiation qui est placée sur la première place du podium dans le rapport précité lorsque ces mêmes questions sont posées à l'aune des souhaits prospectifs des praticiens du droit des affaires sondés. D'où la conclusion suivante :

« *Les avocats et les sociétés [sous-entendus les entreprises] souhaitent, à l'avenir, réduire la part du judiciaire [large sensu ; l'on aurait préféré que l'expression " voie contentieuse " soit utilisée par opposition à la voie amiable matérialisée – notamment – par la médiation] et privilégier davantage la médiation [donc, la voie amiable] ».*

La médiation – via ce que d'aucuns ont pu qualifier de « *management optimisé des litiges* » ou *dispute wise business management* (V., sur ce point spécifique, I. Vaugon, *Le management optimisé des litiges*, in *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits* : Larcier, 2015, p. 357-385) – serait-elle donc en passe de détrôner le « *roi* » arbitrage ? Statistiquement, tel n'est assurément pas encore le cas (pour des statistiques extrêmement intéressantes émanant du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris ou CMAP, V. S. Henry, *État des lieux de la médiation judiciaire en France*, in *La déjudiciarisation*, O. Boskovic (dir.) : Mare et Martin, 2012, p. 313-327, spéc. p. 320-327). Cela dit, dans l'esprit de nombre de praticiens, l'idée semble commencer à faire son chemin, comme en témoignent les propos suivants rapportés dans l'étude précitée (S. Henry, *État des lieux de la médiation judiciaire en France* : Mare et Martin, 2012, préc., p. 13) :

- « *Le monde des affaires ne peut pas se satisfaire de la longueur des contentieux judiciaires et arbitraux* » ;
- « *Bien souvent, les litiges économiques impliquent des partenaires commerciaux qui, malgré le litige, peuvent avoir des intérêts communs. Des solutions transactionnelles ou de médiation permettent tout à la fois de préserver les relations et d'avoir une gestion efficace du litige en termes de coûts* » ;
- « *Les procédures judiciaires sont longues, coûteuses et le résultat reste aléatoire. L'arbitrage, de par son coût, est souvent disproportionné par rapport au montant du litige. Au contraire, les modes de résolution amiable comme la médiation et la négociation amiable (notamment le droit collaboratif) permettent aux parties en conflit de devenir acteur de la solution de leur litige. La solution négociée permet de surcroît de ne pas rompre définitivement les liens commerciaux, ce qui peut s'avérer particulièrement utile pour certains partenaires ou associés* ».

Ce sentiment se trouve même accru lorsqu'il s'agit d'un conflit de nature internationale (c'est-à-dire opposant notamment deux sociétés de nationalités différentes). Ainsi, l'un des avocats interrogés dans le cadre du sondage susmentionné soutient que « *la majorité de [s]es contentieux sont à l'international, ce qui exclut fréquemment le recours aux juridictions étatiques. La médiation organisée est une alternative efficace au contentieux si le type de litige et la culture des entreprises/États concernés le permettent* » (S. Henry, *État des lieux de la médiation judiciaire en France* : Mare et Martin, 2012, préc., p. 13). Dans le même sens, l'on peut lire sous la plume du Professeur Kessedjian que « *l'usage de la médiation s'est beaucoup amplifié au cours des années récentes, soit parce que*

les modes juridictionnels de règlement des différends sont devenus beaucoup plus onéreux et longs, soit parce que les opérateurs du commerce international ont vu l'arbitrage se juridictionnaliser et perdre le caractère 'coopératif' qu'il avait encore au milieu du XX<sup>e</sup> siècle » (C. Kessedjian et V. Pironon, *Droit du commerce international* : PUF, coll. *Thémis*, 2<sup>e</sup> éd., 2020, p. 552, n° 957).

Dans le prolongement de ce dernier point, il a été également soutenu que la médiation « n'aboutit pas à une solution imposée, comme une décision arbitrale. Elle va rechercher une solution permettant aux parties d'en conserver la maîtrise » (Ch. Lapp, *L'avocat : acteur dynamique du règlement des conflits in Juriste d'entreprise magazine*, févr.-mars 2015, n° 22, p. 49). C'est là évidemment un avantage fondamental de la médiation car elle permet d'échapper à la logique classique et immuable inhérente à une procédure contentieuse de type juridictionnel ou arbitral, à savoir la présence d'un « gagnant » et d'un « perdant » à l'issue du délibéré des juges ou des arbitres, étant précisé qu'il est fort difficile de pronostiquer en amont quelle partie « ramera la mise » in fine (M. Guillaume, J.-G. Liebherr et J.-B. Dagnaud, *Plaidoyer pour la médiation* : Descartes & C<sup>ie</sup>, 2017, p. 71 : « Dans une procédure juridictionnelle, le jugement final est le plus souvent gagnant/perdant pour les parties, parfois même perdant/perdant »).

Avec l'essor de la médiation (qui gagne chaque jour, manifestement, un peu plus de crédibilité aux yeux des juristes au point qu'on lui consacre exclusivement un tome spécifique dans les prestigieuses Archives de la philosophie du droit, V. *La médiation*, in *Archives de la philosophie du droit* : Dalloz, 2019, t. 61), l'on assiste ainsi à un changement radical (mais vertueux) de paradigme : le passage d'une situation « gagnant-perdant » à une situation « gagnant-gagnant » (V., en ce sens, P. Denormandie, *Médiation, retour d'une discipline de bon sens*, in *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, 2013/2, p. 85 : « À la suite d'un jugement ou d'un arbitrage, il y a toujours un mécontent et souvent deux, lorsque le gagnant n'a pas obtenu autant qu'il a pu le souhaiter, et leur mésentente est installée durablement. Dans une médiation, les deux protagonistes, après avoir pris conscience des contraintes et difficultés de l'autre, parviennent généralement à construire une solution commune. L'incident qui les a opposés étant dédramatisé, ils peuvent reprendre, s'ils le souhaitent, des relations sur un mode harmonieux ». – Rapp. R. H. Mnookin, S. R. Peppet & A. S. Tulumello, *Beyond winning*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2000) voire, idéalement, à « un équilibre à partir duquel il n'y a plus de gagnant/gagnant possible [car] si la médiation aboutit à une solution pouvant encore être améliorée pour l'une des parties sans détériorer celle de l'autre partie, cela signifie que la médiation est restée imparfaite, inefficace » (M. Guillaume, J.-G. Liebherr et J.-B. Dagnaud, *Plaidoyer pour la médiation* : Descartes & C<sup>ie</sup>, 2017, p. 73).

Or, ce « bienfait » de la médiation est loin d'être négligeable car elle permet de préserver voire de revigorer les liens de confiance entre les parties (V. G. Canivet, *Allocution d'ouverture au colloque Confiance et médiation*, C. cass., 22 nov. 2006 in fine : « La médiation est finalement la confiance en l'avenir, et l'avenir dans la confiance »), leur permettant ainsi de pérenniser leur collaboration commerciale une fois le conflit les opposant surmonté (sur la notion de conflit, V. Ch. Thuderoz, *Négociations. Essai de sociologie du lien social* : PUF, 2000, p. 47 et s. – Adde, sur les termes « conflit, litige et différend », V. L. Cadet et Th. Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits* : Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2<sup>e</sup> éd., 2017, p. 22-27. – V., sur l'issue, J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage* : PUF, coll. *Thémis*, 2016, p. 23, n° 27. – Adde, M. Guillaume, J.-G. Liebherr et J.-B. Dagnaud, *Plaidoyer pour la médiation* : Descartes & C<sup>ie</sup>, 2017, p. 92 : « La recherche de solution conduit vers des points de rencontre et l'acceptation de concessions réciproques. Ce chemin parcouru fait naître des relations apaisées, une compréhension nouvelle qui peut déboucher sur la reprise de relations commerciales qui auraient été définitivement perdues dans le cadre du prononcé d'une décision de justice ». – M. Guillaume, J.-G. Liebherr et J.-B. Dagnaud, *Plaidoyer pour la médiation* : Descartes & C<sup>ie</sup>, 2017, p. 92, préc., note 7 : « Le processus de médiation permet aux parties de se réconcilier et d'envisager, plus sereinement que lors d'un procès, un avenir commun »).

Cela dit, et paradoxalement, « la médiation [...] continue à rencontrer des obstacles à son essor qu'elle finirait par envier les critiques faites à l'arbitrage. Les praticiens y voient encore trop souvent du 'temps perdu' alors que, même dans les rares cas où elle n'aboutit pas, elle permet de donner de la visibilité à un dossier en obligeant les protagonistes à mieux préparer leurs positions juridiques, trop souvent expédiées en amont, et à anticiper celles de leurs adversaires dans un arbitrage à venir. On a sans doute [voire assurément !] tort d'opposer ces deux créatures de l'autonomie de la volonté que sont l'arbitrage et la médiation : [...] l'avenir est à la complémentarité [et non à la concurrence] des deux mécanismes [...] » (J. El Ahdab et D. Mainguy, *Droit de l'arbitrage. Théorie et pratique* : LexisNexis, 2021, p. 25, n° 20).

Partant, la combinaison du processus de médiation avec une procédure d'arbitrage semble apparaître comme une « formule (à tout le moins potentiellement) gagnante » sur le terrain de la résolution des conflits sociétaux. L'on parle alors de processus de Med-Arb ou d'Arb-Med (bien qu'il s'agisse en réalité davantage d'un procédé hybride car le Med-Arb est aussi bien un processus qu'une procédure). « Médiation et arbitrage requièrent de la part du tiers neutre des qualités et des compétences différentes : l'arbitre a une approche de juriste et de juge, qui tranche, il s'appuie sur les moyens en fait et en droit [ainsi que] sur des preuves, alors que le médiateur ne décide pas ; il cherche avant tout à restaurer la communication pour que

les parties aboutissent à une solution qui satisfasse leurs besoins et intérêts. Ces deux fonctions sont néanmoins combinables si elles se succèdent. C'est l'objet d'un MedArb – contraction de médiation et d'arbitrage » (C. Peulve, P. Van Leynseele et P. Jung, *Médiation commerciale. Méthode, stratégies, outils* : Pearson, 2022, p. 468).

Ce procédé repose sur une logique relativement simple : dans un premier temps, c'est un processus de médiation que l'on déploie dans le but de permettre aux parties (les médiés) de trouver un accord ; ce n'est que dans un second temps – en cas d'échec de la phase amiable – qu'une véritable procédure arbitrale s'ouvre (V., M. Rubino-Sammartano, *Arbitrage international. Droit et pratique. Tome 1 – Partie générale Arbitrage commercial international*, 1<sup>re</sup> éd. (française) : Bruylant, 2019, p. 59 et s., n° 1.124 et s.). L'avantage premier du Med-Arb e réside dans le fait que « la médiation ne ralentit pas la recherche d'une solution contraignante et l'arbitrage est ressenti comme une " épée de Damoclès " incitant les parties à négocier » (Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables, J. A. Mirimanoff (dir.) et a. : Bruylant, 2019, p. 319. Pour les inconvénients « non insurmon-

tables » du MedArb, V. Médiation et arbitrage. *Alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? perspectives comparatives*, L. Cadiet (dir.), Th. Clay et E. Jeuland : LexisNexis, 2005, p. 106, n° 126).

Ainsi, arbitrage et médiation – loin d'être opposés – sont en réalité des plus compatibles, des plus complémentaires. Cette alliance de l'eau et du feu, de l'amiable et du contentieux maximise, en effet, non seulement les chances de mettre un terme au conflit mais permet également, dans l'immense majorité des cas, d'obtenir une solution optimisée, voire optimale. C'est typiquement ce que recherchent les acteurs du monde des affaires : une issue efficace voire efficiente à leur différend (rappr. L. Cadiet, *L'économie des conventions relatives à la solution des litiges*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, B. Deffains (dir.), préf. G. Canivet : éd. Cujas, 2002, p. 313 et s. – B. Deffains et M. Doriat Duban, *La médiation à travers le prisme de l'analyse économique*, in *Archives de la philosophie du droit, La médiation : Dalloz*, t. 61, 2019, p. 3 et s. – Adde, V. Lasserre, *Médiation et performance économique* : JCP E 2021, 1059).

**Louis THIBIERGE**, Le droit des sociétés à l'épreuve de l'arbitrage et de la médiation : l'approche traditionnelle proposée par l'ingénierie sociétariaire : article 23

**Alexis ALBARIAN**, La pratique américaine du *mini-trial* : un outil efficace de résolution des conflits au sein des groupes de sociétés : article 24

**Stéphanie BRUNENGO, Blandine RAVET**, Le droit des sociétés à l'épreuve de l'arbitrage et de la médiation : l'approche renouvelée par l'avènement de la RSE : article 25

**Silvestre TANDEAU de MARSAC**, L'intérêt de recourir à l'arbitrage dans la résolution des conflits sociétariaires – Le point de vue de l'avocat : article 26

**Fabrice VERT**, Médiation versus arbitrage dans la résolution des conflits sociétariaires : les avantages – Le point de vue du magistrat : article 27

## 23 Le droit des sociétés à l'épreuve de l'arbitrage et de la médiation : l'approche traditionnelle proposée par l'ingénierie sociétaire



**Louis THIBIERGE,**  
agrégé des facultés de droit,  
professeur à l'université d'Aix-Marseille,  
avocat au barreau de Paris

### 1. - LES CLAUSES DE MÉDIATION STATUTAIRES ET EXTRA-STATUTAIRES

Le droit des sociétés entretient un rapport paradoxal à la litigiosité. Le microcosme qu'est la société, creuset de l'*affectedio societatis*, est aussi le terrain de conflits virulents, tantôt larvés, tantôt éclatants. Pour, sinon prévenir ces conflits, du moins leur prodiguer une issue saine, différentes stipulations s'offrent aux associés. Ici, l'on optera pour une clause de médiation, afin de susciter une solution acceptable. Là, l'on acceptera la logique contentieuse, mais on l'inscrira dans un cadre feutré et diligent, *via* une convention d'arbitrage.

### 1. Les clauses de médiation statutaires et extra-statutaires

1 - **Définition.** – On entend par médiation, au sens de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008, « un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur »<sup>1</sup>. *Stricto sensu*, médiation et conciliation ne sont pas des termes parfaitement synonymes. Alors que la conciliation peut être menée sans intermédiation, la médiation requiert, par construction, un *medium*, le médiateur. On glissera également sur les quelques différences de statut<sup>2</sup> et de rémunération pour retenir, dans les propos *infra*,

1. PE et Cons. UE, dir. 2008/52/CE, 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, art. 3, a : JOUE n° L 136, 24 mai 2008, p. 3.  
2. Rappelons qu'aux termes d'un récent arrêt, les fonctions de conciliateur et de médiateur sont incompatibles, de sorte qu'un médiateur ne peut être conciliateur (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 déc. 2022, n° 22-60.140 : JurisData n° 2022-021331). La principale différence entre ces deux « tiers » indépendants, neutres et impartiaux réside dans le fait que le conciliateur est force de proposition contrairement au médiateur qui « n'est qu'un maïeuticien » de la solution au litige (dimension uniquement juridique du différend opposant les médiés) ou, plutôt, au conflit (dimension extra-juridique [personnelle, morale, psychologique...] dudit différend). C'est, donc, dans le cadre d'un

### 2. - LES CLAUSES D'ARBITRAGE STATUTAIRES ET EXTRA-STATUTAIRES

une conception large de la médiation, englobant également la conciliation. À l'instar de la directive (qui ne s'attache pas à l'appellation consacrée dans les différents États membres), force est de reconnaître qu'en dépit de leurs divergences, ces deux figures traduisent une même réalité : la recherche négociée d'une solution. Aussi nous sera-t-il permis de citer, çà et là, quelques jurisprudences rendues en matière de conciliation.

2 - **Utilité.** – La clause de conciliation a parfois mauvaise presse. Parfois rebaptisée « *clause champagne* » ou « *clause de minuit* », d'aucuns la perçoivent comme une clause de style inutile, procédant d'une vision naïve des rapports humains et sociaux<sup>3</sup>. À quoi bon stipuler une clause de médiation alors qu'il suffira d'une once de mauvaise volonté pour faire capoter le processus ? S'il est vrai que l'insertion d'une clause de médiation ne met pas la société à l'abri de tout litige ou blocage, s'en priver au seul motif qu'elle pourrait ne pas aboutir ne paraît guère convaincant. Et, à l'inverse, n'est-il pas franchement « naïf » d'ignorer les risques d'une détérioration des rapports entre associés ou actionnaires, pouvant engendrer une paralysie sociale ?

processus de médiation proprement dit que les parties appelées « médiés » ont le rôle le plus proactif qui soit.

3. En ce sens, J. Cheval, *La résolution des conflits entre actionnaires* : RLDA 1<sup>er</sup> févr. 2023, n° 189. – Rapp. H. Barbier, *Qui a peur des clauses de conciliation et de médiation dans les conflits sociétaires ?* : BJS 2017, p. 97.

3 - On entend également parfois que la clause de médiation serait inutile parce que le droit des sociétés connaît déjà un arsenal de réponses aux situations de blocage : clause de recours à un *swing man*, clause de retrait, clause d'éviction<sup>4</sup>, clause dite *boomerang*, *buy or sell* ou *revolver* ne sont qu'autant de techniques visant à permettre de surmonter une difficulté d'ordre social<sup>5</sup>. Ces clauses ne sont pas pour autant la panacée. L'indépendance du *swing man* n'est pas plus assurée que son bien-jugé<sup>6</sup>. Quant à la clause de retrait ou à la clause *boomerang*, elle dénoue le blocage de la manière la plus radicale qui soit, en conduisant au départ d'un des associés.

4 - Autant de raisons de penser que la clause de médiation peut avoir sa place dans le droit des sociétés. Maintenir un canal de discussion, fût-il forcé, entre associés, espérer que l'intérêt social prenne l'ascendant sur les postures et les intérêts individuels<sup>7</sup>, c'est garder foi en l'humain et en la société. Il est permis de penser qu'une solution négociée demeure préférable à l'éviction ou au retrait d'un associé.

5 - Ajoutons que le prétoire n'est pas nécessairement le meilleur lieu pour résoudre des conflits entre associés. Non seulement, il porte sur la place publique des différends qui s'accommoderaient mieux du cadre feutré d'une médiation, mais en outre, inscrire le contentieux dans le temps long paralyse la vie de la société et gâche celle de ses associés<sup>8</sup>. En outre, tous les différends ne sont pas suffisamment graves pour justifier une action en justice, qui laisse nécessairement des traces dans les relations sociales. Autant de points d'intérêt pour la médiation.

6 - **Champ d'application.** – Le champ d'application de la clause de médiation doit être ciselé. Si les parties définissent trop strictement les litiges déclenchant la clause de médiation, le risque est de passer entre les mailles du filet. Ainsi, si la clause de médiation ne vise que les seuls litiges entre un associé et la société, le risque est grand qu'un litige entre associés échappe à la clause et aille directement au contentieux. À l'instar de la clause compromissoire, une rédaction large épargne bien des avanies.

7 - Par ailleurs, faute pour les parties d'avoir spécifiquement soumis certains différends à la médiation, le juge appliquera des règles (prétoiriennes) supplétives. Ces règles étant parfois fluctuantes, opter pour un peu de sécurité juridique ne s'avère pas inutile.

8 - On songe notamment à l'épineuse question des voies d'exécution. Lorsque la clause de médiation vise les différends entre associés ou entre un associé et la société, peut-on saisir un juge de l'exécution aux fins de saisie, par exemple, sans avoir tenté une médiation préalable ? Non, juge la première chambre civile, qui raisonne en des termes très généraux, appliquant implicite-

ment l'adage *ubi lex non distinguit* : « la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à toute instance judiciaire s'impose au juge, quelle que soit la nature de celle-ci »<sup>9</sup>. À l'inverse, la deuxième chambre civile retient qu'une clause de médiation ne peut, en l'absence d'une stipulation expresse en ce sens, faire obstacle à l'accomplissement d'une mesure d'exécution forcée<sup>10</sup>. La prudence rédactionnelle est de mise.

9 - **Contenu.** – À l'instar des clauses compromissoires, les clauses de médiation doivent être rédigées avec soin et complétude. Le rédacteur pourra s'inspirer de modèles préexistants, que l'on songe à la CCI, au CMAP ou encore à l'OMPI. À défaut d'opter pour un modèle type, on pourra suivre la *check-list* suivante ; sans prétention à l'exhaustivité, on s'assurera des points suivants :

- quels types de différends ?
- qui sera le médiateur ?
- comment le médiateur sera-t-il désigné ?
- *quid* en cas de désaccord des parties ou d'impossibilité pour le médiateur pressenti d'accepter sa mission ?
- comment saisit-on le médiateur ?
- quel délai entre la saisine du médiateur et la première réunion ?
- quelle durée pour la médiation ?
- quelles modalités pour la médiation ?
- quelles règles de confidentialité ?
- interdiction de saisir la justice durant la médiation (sauf exceptions à définir) ;
- quelle issue pour la médiation ?
- quelle répartition des honoraires du médiateur ?

10 - **Caractère contraignant.** – Le nœud gordien de la médiation se trouve ici. Dans quelle mesure la stipulation d'une clause de médiation interdit-elle aux parties de saisir directement la justice ? Peut-on faire sanctionner le non-respect du préalable de conciliation ou de médiation par une fin de non-recevoir ? Sur ce point, « les clauses de conciliation préalable inscrites dans un pacte d'associés, voire dans les statuts de la société doivent répondre aux mêmes conditions que dans n'importe quel contrat pour constituer une fin de non-recevoir »<sup>11</sup>.

11 - Le point de départ tient dans un arrêt de chambre mixte rendu il y a 20 ans<sup>12</sup>. La Cour de cassation y juge qu'il « résulte des articles 122 et 124 du nouveau Code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; (...) 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 (...) Dès lors, la cour d'appel qui a retenu qu'un acte de cession d'actions prévoyait le recours à une procédure de conciliation préalable à toute instance judiciaire pour les contestations relatives à l'exécution de la convention, en déduit exactement l'irrecevabilité du cédant à agir sur le fondement du contrat avant que la procédure de conciliation ait été mise en œuvre ». Est ici consacrée une forme d'exécution forcée en nature des clauses de médiation, qui prend la forme d'une fin de non-recevoir opposée à l'action en justice. On rappellera que les fins de non-recevoir peuvent être soulevées en tout état de cause

4. Rappr. Cass. com., 9 nov. 2022, n° 21-10.540 : *JurisData* n° 2022-018485 ; « Il résulte de l'article L. 231-6, alinéa 2, du code de commerce qu'est licite une clause des statuts d'une société commerciale à capital variable stipulant que tout associé peut être exclu de la société pour justes motifs par une décision des associés réunis en assemblée générale statuant à la majorité fixée pour la modification des statuts, quand bien même cette clause ne précise pas les motifs d'exclusion » ; JCP E 2023, 1034, B. Dondero.

5. Sans même évoquer les remèdes légaux, à l'instar de la désignation d'un administrateur provisoire, d'un mandataire ad hoc, de la dissolution de la société civile ou encore de l'exclusion d'un associé de SCP. Sur ces aspects, S. Schiller et H. Fabre, *La mésentente dans les sociétés civiles : risques et solutions* : JCP N 2018, n° 50, 1365.

6. Rappr. A. Lacourt, *Les mécanismes statutaires et conventionnels de prévention des conflits entre actionnaires* : RLDA 1<sup>er</sup> févr. 2023, n° 189.

7. En ce sens, J. Cheval, *La résolution des conflits entre actionnaires* : RLDA 1<sup>er</sup> févr. 2023, n° 189, préc.

8. En ce sens, D. Brac de la Perrière, *Le recours à la médiation en matière de droit des sociétés* : JCP N 2016, n° 51-52, 1349.

9. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> oct. 2014, n° 13-17.920 : *JurisData* n° 2014-022666 ; *Procédures* 2014, comm. 320, note Ch. Laporte.

10. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 mars 2019, n° 18-14.773.

11. J. Heinich, obs. à la RDC 2022/2, p. 72.

12. Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 : *JurisData* n° 2003-017812 ; JCP E 2003, 707, H. Croze et D. Gautier ; *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. 84, L. Leveneur.

et que celle tirée du non-respect du préalable de conciliation ne peut être régularisée en cours d'instance<sup>13</sup>.

La solution de 2003 fut par la suite étendue aux clauses de médiation<sup>14</sup>. La règle paraissait donc simple : qui viole la clause de médiation préalable ne peut ester en justice.

12 - La donne se complique néanmoins en 2014, lorsque la chambre commerciale décide de distinguer entre les clauses prévoyant des conditions particulières pour le processus de médiation et les clauses se bornant à en prévoir le principe. Pour la Haute Juridiction, « la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci »<sup>15</sup>. Haro sur les clauses imprécises ! Ont été jugées suffisamment précises pour inspirer une fin de non-recevoir :

- une clause prévoyant que les parties « s'engagent à trouver un accord amiable avec l'arbitrage » d'une fédération nationale<sup>16</sup> ;
- une clause par laquelle les parties « convenaient de se réunir sous 7 jours à compter la réception d'une lettre recommandée avec avis de réception notifiant le litige, en vue de trouver une solution amiable (...) »<sup>17</sup>, étant précisé que la clause accordait un mois aux parties pour trouver une telle solution avant saisine des juridictions.

L'exigence de précision ne paraît pas insupportable, les derniers arrêts jugeant la clause suffisamment précise dès lors qu'elle procède à la désignation du médiateur ou fixe les modalités de désignation de celui-ci<sup>18</sup>.

13 - La solution tenant à subordonner l'efficacité de la clause de médiation à sa précision semble remise en cause. En témoigne un récent arrêt de la deuxième chambre civile<sup>19</sup>. Pour la Cour de cassation, « le non-respect des clauses contractuelles relatives aux modes de règlement alternatif des litiges constitue une fin de non-recevoir dès lors que le contrat édicte de manière expresse et non équivoque le recours à la conciliation comme un préalable obligatoire à la saisine de la juridiction »<sup>20</sup>. Aucune référence n'est ici faite à la nécessité de préciser les conditions particulières de mise en œuvre du processus amiable. Foin d'exigence de précision quant aux modalités de mise en œuvre de la

médiation ; ce qui importe, c'est que la volonté des parties d'instaurer un préalable obligatoire de médiation ressorte expressément.

La troisième chambre civile semble s'être ralliée à cette position nouvelle. Dans un récent arrêt, un contrat d'entreprise était soumis à la norme AFNOR NF P 03-001. Le client résilie le marché. L'entrepreneur l'assigne devant le tribunal de commerce, sans avoir tenté une médiation préalable. La cour d'appel relève que la norme AFNOR précitée instaure une médiation préalable. Elle oppose donc une fin de non-recevoir à l'action de l'entrepreneur, qui se pourvoit en cassation, arguant de la jurisprudence ancienne. Pour le pourvoi, « la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci ». La Cour de cassation rejette le pourvoi, au motif que « l'article 21-2 de la norme NF P 03-001, modifié au mois d'octobre 2017, dispose " les différends relatifs à la validité, l'interprétation, l'exécution, l'inexécution ou la résiliation du marché seront soumis, préalablement à toute action en justice, à une médiation ou à une conciliation ". La cour d'appel a exactement retenu qu'il instituait une procédure de conciliation ou médiation obligatoire préalable sanctionnée par une fin de non-recevoir »<sup>21</sup>. En d'autres termes, peu importe que la clause prévoie ou non des modalités particulières pour la médiation, dès lors qu'il ressort clairement que les parties ont entendu faire de celle-ci un préalable obligatoire à toute action contentieuse.

Dans la même veine, la chambre commerciale retient que la clause d'un pacte d'actionnaires intitulé « clause de conciliation – tribunaux » se bornant à inviter les parties à « coopérer avec diligence et bonne foi en vue de trouver une solution amiable à leur différend » n'impose pas le recours à un médiateur ou conciliateur<sup>22</sup>. La solution paraît cohérente : aucune volonté expresse de se soumettre à un préalable de conciliation n'appert de la clause.

De même, la cour de Paris a récemment jugé que la clause d'un pacte d'actionnaires prévoyant que « les litiges auxquels pourrait donner lieu le Pacte seront soumis au tribunal de commerce s'ils n'ont pas pu être réglés par une transaction »<sup>23</sup> ne fait que laisser aux parties la possibilité de tenter la voie amiable, sans pour autant instaurer un préalable obligatoire de médiation ou de conciliation.

Enfin, et sans grande motivation, la Cour de cassation a très récemment jugé, concernant l'arbitrage du bâtonnier instauré par la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques que « si ces dispositions prévoient une conciliation préalable à l'arbitrage du bâtonnier, elles n'instaurent toutefois pas une procédure de conciliation obligatoire dont le non-respect serait sanctionné par une fin de non-recevoir »<sup>24</sup>. Comprenez (entre les lignes) qui pourra.

**14 - Inapplicabilité de la clause de médiation à une demande de désignation d'un administrateur provisoire.** – Achevons le propos par une considération pratique, invitant à l'humilité. Si bien tournée soit-elle, la clause de médiation ou de conciliation obligatoire est inapplicable à une demande de désignation d'un

13. Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684 : JurisData n° 2014-030449 ; JCP G 2015, 115, note N. Dissaux ; JCP E 2014, act. 976.

14. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 avr. 2009, n° 08-10.866 : JurisData n° 2009-047864 ; JCP G 2009, 43, note O. Cuperlier ; Procédures 2009, comm. 203, note H. Croze.

15. Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004 : JurisData n° 2014-008854 ; JCP E 2014, 1290, obs. N. Dissaux ; JCP G 2014, 607, obs. H. Croze ; JCP G 2014, 711, obs. O. Sabard. – Fiche pratique n° 243 : Recourir à la médiation en matière civile.

16. Cass. com., 30 mai 2018, n° 16-26.403 : JurisData n° 2018-009059 ; JCP E 2018, act. 480.

17. Cass. com., 14 nov. 2018, n° 17-16.577 : JurisData n° 2018-020260 ; Contrats, conc. consom. 2019, comm. 8, N. Mathey.

18. Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-21.089 : JurisData n° 2018-016915. – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 juill. 2019, n° 18-13.460 : JurisData n° 2019-014366 ; Contrats, conc. consom. 2019, comm. 192, L. Leveneur. – Cass. com., 19 juin 2019, n° 17-28.804 : JurisData n° 2019-01087, au sujet d'une clause de médiation stipulée dans une garantie de passif et prévoyant des conditions de désignation du médiateur ; Dr. sociétés 2019, comm. 200, R. Mortier.

19. On peut trouver les prémices de cette solution dans quelques décisions antérieures. Ainsi d'une clause par laquelle les parties s'engageaient à « solliciter l'avis d'un arbitre choisi d'un commun accord » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 mai 2016, n° 15-14.464 : JurisData n° 2016-009404 ; JCP E 2016, act. 466), étant précisé que le prétendu arbitre n'en était pas un, puisqu'il était dénué de pouvoir juridictionnel ; ou encore d'une clause aux termes de laquelle les parties devaient « solliciter l'avis du conseil régional » de l'ordre des architectes (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 nov. 2017, n° 16-24.642 : JurisData n° 2017-022799 ; JCP E 2017, act. 854), toutes deux jugées contraignantes.

20. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 juin 2022, n° 21-12.502 : JurisData n° 2022-010923.

21. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 déc. 2022, n° 21-24.474.

22. Cass. com., 20 oct. 2021, n° 20-13.819. – V. obs. R. Mortier à la revue Dr. sociétés 2022, comm. 40 et note J. Heinich à la RDC 2022/2, p. 72.

23. CA Paris, pôle 5, ch. 1, 22 févr. 2022, n° 19/18469 : JurisData n° 2022-014621.

24. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 mars 2023, n° 21-19.620 : JurisData n° 2023-003083 ; JCP G 2023, 368, S. Grayot-Dix.

administrateur provisoire dans l'intérêt de la société. La solution résulte d'un arrêt de la Cour de cassation de 2016, rendu au sujet d'une clause de sortie comprenant une médiation obligatoire. Pour la Haute Juridiction, « *l'instance introduite [...] n'avait pas pour objet de mettre en œuvre cette clause statutaire mais tendait à obtenir la désignation d'un administrateur provisoire afin de sauvegarder les intérêts de la personne morale, compromis par la mésentente entre les organes de direction* », de sorte que « *la clause litigieuse n'était pas applicable* »<sup>25</sup>. La *ratio decidendi* est la suivante : l'instance n'avait pas pour objet de mettre en œuvre la clause statutaire mais tendait à la désignation d'un administrateur provisoire afin de sauvegarder les intérêts de la personne morale, compromis par la mésentente entre les organes de direction. C'est l'urgence, caractérisée par le péril imminent pour la société, et la spécificité du régime de désignation d'un administrateur provisoire qui justifiait que soit écartée la procédure conventionnelle de règlement des différends.

15 - La solution a été récemment reprise par la cour de Paris en matière de référé. Les juges parisiens retiennent ici que « *la disposition prescrivant le recours à une médiation préalable ne prive pas le juge des référés du pouvoir de prendre, dans les conditions de l'article 873 CPC, toute mesure propre à faire cesser un trouble manifestement illicite ou à prévenir un dommage imminent, si l'urgence justifie de passer outre le processus de règlement amiable du conflit* »<sup>26</sup>. De sorte que la clause de médiation ne peut faire obstacle à l'introduction d'une demande – en référé cette fois-ci – de désignation d'un administrateur provisoire.

16 - **Médiation et arbitrage – Divergences.** – Médiation et arbitrage entretiennent des rapports voisins et contrariés. Voisins, car ils sont fréquemment rangés de concert dans la catégorie des « *modes alternatifs de règlement des différends* ». Mais le fait de constituer une alternative au contentieux judiciaire ne saurait masquer une irréductible différence entre médiation et arbitrage. À l'inverse de la médiation, l'arbitrage est un mode juridictionnel de règlement des différends. Le terme, issu du latin *juris dictio* désigne le pouvoir de dire le droit, c'est-à-dire de trancher le différend en imposant sa solution. Chose dont le médiateur ne saurait rêver.

17 - **Médiation et arbitrage – Cumul.** – Si médiation et arbitrage sont à l'évidence différents, sont-ils compatibles ? Une réponse affirmative semble s'imposer. À l'inverse d'une clause attributive de juridiction, qui est par nature inconciliable avec une clause compromissoire, la clause de médiation peut se conjuguer avec une clause compromissoire. Deux résultats peuvent découler de cet alliage baptisé « *med-arb* ». Soit les parties ont entendu mener, concomitamment, médiation et arbitrage. Soit les parties ont entendu laisser sa chance à la médiation, et ne recourir à l'arbitrage qu'en cas d'échec de la première.

18 - **Med-arb simultané.** – Les parties peuvent choisir de tenter une médiation sans pour autant s'interdire de recourir, simultanément, à l'arbitrage. La solution est expressément prévue parmi les quatre modèles de clauses de médiation proposées par la Chambre de commerce internationale (ICC). Le modèle C comprend à ce titre deux paragraphes. Le premier prévoit une obligation de soumettre le différend à une procédure de médiation et précise que la mise en œuvre du processus de médiation ne fait pas obstacle à ce qu'une partie initie une procédure arbitrale ; le second renferme une clause compromissoire. On peut ne pas être convaincu du bien-fondé de cette étrange hybridation. N'y a-t-il pas quelque singularité à prétendre vouloir trou-

ver une solution amiable alors que l'on fourbit dans le même temps ses armes pour initier une procédure contentieuse ?

19 - **Med-arb successif.** – Plus classique est la clause de med-arb successif. Dans cette hypothèse, commune en pratique, les parties conviennent de tenter une médiation et, en cas d'échec de celle-ci, à titre subsidiaire, s'en remettent à l'arbitrage. L'arbitrage n'aura donc lieu d'être que si la médiation ne permet pas de résoudre le différend. Présentée ainsi, la clause de med-arb semble parée des atours les plus séduisants. On se gardera cependant d'un travers trop fréquent : celui consistant à choisir la même personne comme médiateur et arbitre. À première vue, une telle unicité présente un avantage : le médiateur devenu arbitre connaît déjà le dossier *in extenso*. En résulterait un gain de temps significatif. Mais toute médaille a son revers : dès lors que notre arbitre connaît déjà le dossier grâce à son rôle de médiateur, est-il encore impartial ? On peut craindre qu'il n'ait développé durant la médiation quelque préjugé sur le dossier ou sur l'attitude des parties. Sans compter que la liberté de ton des parties risque fort d'être altérée si elles craignent que ce qu'elles disent pendant la médiation soit par la suite réutilisé contre elles durant l'arbitrage. C'est donc une mauvaise manière faite à l'arbitrage comme à la médiation d'opter pour un seul et même tiers pour ces deux phases.

## 2. Les clauses d'arbitrage statutaires et extra-statutaires

20 - **Généralités.** – L'arbitrage est un mode juridictionnel de règlement des différends. Il est juridictionnel en ce sens que l'arbitre, exactement comme un juge, tranche le litige en imposant sa sentence. La seule différence entre l'arbitre et le juge tient dans l'absence de pouvoir de contrainte (*imperium*), ce qui conduit – à défaut d'exécution spontanée de la sentence – à solliciter du juge l'*exequatur* de la sentence arbitrale.

On le comprend : l'arbitre n'est ni un expert, chargé de trancher une question technique, ni un tiers évaluateur<sup>27</sup>. Il est à ce titre judiciaire que la rédaction de l'article 1592 du Code civil ait été modifiée en 2016, « *l'arbitrage* » du tiers quant au prix de vente ayant cédé la place à « *l'estimation* » du tiers.

L'arbitrage présente, en matière de droit des sociétés, un intérêt si fort qu'un auteur a pu évoquer le « *confort arbitral* », au sujet d'un arbitrage « *tout spécialement adapté à la résolution des litiges impliquant des sociétés* »<sup>28</sup>. Il est vrai que, plus rapide que la justice étatique du fait de l'absence d'appel, plus discret, donnant lieu à des audiences de longue durée devant des arbitres spécialisés, il a beaucoup pour lui<sup>29</sup>.

21 - **Arbitrabilité.** – L'arbitrabilité du droit des sociétés a parfois été débattue. Trois raisons étaient fréquemment invoquées pour mettre en doute la possibilité de recourir à l'arbitrage en matière de droit des sociétés.

La première tenait dans la rédaction de l'article 2061 du Code civil. Avant 2001, l'arbitrage était par principe prohibé en matière interne, sauf exceptions. Ces exceptions comprenaient, pour l'essentiel, les litiges entre associés d'une société de commerce (mais, *a contrario*, pas d'une société civile), les contestations entre commerçants et relatives aux actes de commerce, et les litiges entre associés d'une société d'exercice

25. Cass. com., 8 nov. 2016, n° 14-21.481 : JCP E 2017, 1195, B. Lecourt.  
26. CA Paris, 5 janv. 2022, n° 21/07061 : JurisData n° 2022-000234.

27. On songe notamment à celui de l'article 1843-4 du Code civil. – Sur ces faux arbitrages, V. D. Tricot et Y. Paclot, *Garantie de passif : pourquoi choisir la voie de l'arbitrage ?* : Dr. & patr. janv. 2008, n° 166.

28. E. Scholastique, *Arbitrage et droit des sociétés* : Dr. & patr. juin 2002, n° 105.  
29. Rapp. D. Cohen, *Arbitrage et sociétés* : LGDJ, 1993. – Adde. R. Castel, *Clause compromissoire et garantie de passif : de quelques choix fondamentaux* : Dr. & patr. janv. 2008, n° 166.



libéral, à condition que la clause compromissoire fût stipulée dans les statuts.

Comme bien souvent, les exceptions finissent par grignoter le principe, et en 2001, la loi NRE<sup>30</sup> opère une « *petite révolution du droit de l'arbitrage* »<sup>31</sup>, admettant que la clause compromissoire soit valable « *dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ». La loi « J21 » de 2016 a poursuivi l'œuvre de libéralisation, prévoyant désormais que « *lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée* » (C. civ., art. 2061)<sup>32</sup>. Le législateur a ainsi délaissé la sanction de la nullité pour celle de l'inopposabilité. Ce qui, concrètement, signifie que le non-professionnel peut, à son choix, se prévaloir de la clause compromissoire ou préférer le prétoire. « *Il n'est donc plus besoin de recourir à la qualification commerciale* »<sup>33</sup> pour admettre la validité de la clause compromissoire. Reste que le critère de l'activité professionnelle demeure. Comme le résume un auteur, « *en définitive, la clause compromissoire ne reste interdite qu'à l'égard des cessions de parts de sociétés civiles conclues à des fins non-professionnelles* »<sup>34</sup>.

La seconde tenait à la notion d'ordre public. Le fait que le droit des sociétés édicte un grand nombre de règles d'ordre public rend-il la matière inarbitrable ? Non, juge la Cour de cassation. À l'instar du droit bancaire ou du droit de la concurrence, la présence en droit des sociétés de règles d'ordre public ne fait pas obstacle à ce que le litige soit tranché par un tribunal arbitral. Ont ainsi été jugés arbitrables des différends afférents aux apports, à l'exclusion d'un associé<sup>35</sup>, aux comptes sociaux, à la dissolution de la société<sup>36</sup>, à la répartition des résultats, à la transformation de la société, à la validité de délibérations, à la liquidation de la société, au remboursement de compte courant, etc.<sup>37</sup>. À telle enseigne qu'un auteur évoque un « *véritable principe d'arbitrabilité* »<sup>38</sup>.

La dernière raison parfois invoquée pour s'opposer à l'arbitrage tient dans la spécialité exclusive des tribunaux de commerce, juridictions spécialisées. Il est vrai que l'article L. 721-3 du Code de commerce donne compétence aux tribunaux de commerce pour juger les « *contestations relatives aux sociétés commerciales* ». Mais ce texte précise « *toutefois, les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées* ». À ce titre, la cour de Paris a jugé que l'action *ut singuli* pouvait être soumise à l'arbitrage, dès lors que cette action, « *lorsqu'elle est exercée par les associés d'une société commerciale, est au nombre de celles dont connaissent les tribunaux de commerce en vertu de l'article L. 721-3 du Code de commerce et pour lesquelles celui-ci permet le recours à l'arbitrage* »<sup>39</sup>.

En somme, le droit des sociétés n'est pas rétif à l'arbitrage. On rappellera néanmoins, d'un mot, trois limites. D'une part, si

l'ordre public ne rend pas les arbitres incompétents, il les oblige ; les arbitres seront tenus d'appliquer les règles d'ordre public du droit des sociétés<sup>40</sup>. D'autre part, les arbitres doivent demeurer dans leur rôle : celui de trancher un différend. Ils ne peuvent se substituer aux organes sociaux et gérer la vie de la société<sup>41</sup>. Enfin, et à l'instar du droit de la propriété intellectuelle, l'action en nullité de la société n'est pas arbitrable<sup>42</sup>.

**22 - Localisation de la clause compromissoire.** – Le principe de la clause compromissoire étant acté, reste à savoir où la stipuler. Différents contrats sont susceptibles de l'accueillir. On songe, tout d'abord, aux statuts, qu'il s'agisse des statuts originaux ou à l'occasion d'une modification statutaire. Le grand avantage de stipuler la clause compromissoire dans les statuts est qu'elle liera tous les associés, présents ou futurs. La jurisprudence a admis, par extension, la possibilité de stipuler la clause compromissoire non pas dans les statuts mais dans le règlement intérieur de la société, coopérative<sup>43</sup> ou commerciale<sup>44</sup>, sorte de droit « *dérivé* »<sup>45</sup> des statuts. Si, en revanche, la clause est stipulée dans une convention extra-statutaire (pacte d'actionnaires, pacte de non-agression, convention de vote), alors elle ne liera par principe que les parties à cette convention<sup>46</sup>. Si l'on envisage maintenant l'hypothèse d'une cession de parts sociales, la clause compromissoire pourrait tout aussi bien être stipulée dans la convention de cession de parts sociales que dans la convention de garantie d'actif et de passif, étant précisé dans ce dernier cas qu'elle ne liera que les garants<sup>47</sup>.

**23 - Rédaction de la clause compromissoire.** – À l'instar de la clause de médiation, il est loisible aux parties d'opter pour un modèle-type. On songe, notamment, à celui de la CCI. Très courte, cette clause compromissoire standard stipule : « *Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement* ». Cette clause peut être complétée par diverses précisions. Deux avantages découlent de l'utilisation d'une telle clause : d'une part, le renvoi à un règlement d'arbitrage rend inutile la stipulation d'une foison de détails (langue de l'arbitrage, lieu, nombre d'arbitres) ; d'autre part, la clause type permet d'éviter certains oublis ou certaines scories (e.g. les clauses qui ne visent que les différends relatifs à l'exécution du contrat). Si l'on souhaite opter pour une clause *ad hoc*, l'on prendra soin de penser à un certain

30. L. n° 2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, dite NRE : JO 16 mai 2001, p. 7776.

31. A. Mourre, *L'impact de la réforme de la clause compromissoire sur les litiges relatifs aux sociétés* : CAPJIA 2004, vol. II, p. 125.

32. L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, art. 11 : JO 19 nov. 2016, texte n° 1.

33. D. Cohen, *L'arbitrage et les cessions de droits sociaux* : Gaz. Pal. Rec. 2010, n° 140, p. 87.

34. J.-J. Ansault, *Les clauses d'arbitrage confrontées au droit des sociétés* : Gaz. Pal. Rec. 2015, n° 224, p. 25.

35. CA Paris, 6 janv. 1984 : Rev. arb. 1985, p. 279. – D. Cohen, *Arbitrage et sociétés* : LGDJ, 1993, préc., p. 124. – JCl. Procédure civile, fasc. 1800-70.

36. Cass. com., 30 janv. 1967, Dame Lemaître : Bull. civ. IV, n° 52.

37. En ce sens, E. Scholastique, *Arbitrage et droit des sociétés* : Dr. & patr. juin 2002, n° 105, préc.

38. J.-B. Racine, JCl. Distribution, fasc. 191 : Convention d'arbitrage.

39. CA Paris, 7 oct. 2014, n° 13/09282 : Fiche pratique n° 3838 : *Recourir à l'arbitrage en droit des sociétés*. – V. égal., J.-J. Ansault, *Les clauses d'arbitrage confrontées au droit des sociétés* : Gaz. Pal. Rec. 2015, n° 224 à 225, p. 25.

40. En ce sens, J.-B. Racine, JCl. Distribution, fasc. 191 : Convention d'arbitrage, évoquant les « *contraintes apparentes de l'ordre public* ».

41. V. not. T. com. Paris, 1<sup>er</sup> août 1974 : Rev. sociétés 1974, p. 685, note B. Oppetit, au sujet d'une clause compromissoire conférant aux arbitres le pouvoir légal des organes sociaux. – Rapp. Cass. com., 9 janv. 1979, n° 76-14.963, jugeant que les arbitres ne pouvaient violer les pouvoirs de l'assemblée générale des actionnaires. – Adde. E. Scholastique, *Arbitrage et droit des sociétés* : Dr. & patr. juin 2002, n° 105, préc. – Et JCl. Distribution, fasc. 191, J.-B. Racine, préc.

42. Cass. com., 14 oct. 1957 : Bull. civ. III, n° 52, cité par J.-B. Racine, préc.

43. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 oct. 2008, n° 07-18.744, Système U : JurisData n° 2008-045519 ; JCP E 2009, 1072, spéc. n° 2, J. Ortscheidt.

44. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 sept. 2006, n° 05-10.781 : JurisData n° 2006-034982 ; JCP E 2007, 1268, S. Reifegerste et A. Gaulier.

45. Rapp. P. Le Cannu, Périmètre du « *pacte social* » et règlement intérieur : BJS 1999, n° 78, p. 381. – V. également, Th. Clay, *Le règlement arbitral des litiges nés de la cession de parts sociales* : LPA 2012, n° 108, p. 46. – Rapp. D. Cohen, *L'arbitrage et les cessions de droits sociaux* : Gaz. Pal. 2010, n° 140, p. 87. – V. Fiche pratique n° 4231 : *Clauses d'arbitrage et pactes d'actionnaires*.

46. Rapp. E. Scholastique, *Arbitrage et droit des sociétés* : Dr. & patr. juin 2002, n° 105, préc.. – V. également, Th. Clay, *Le règlement arbitral des litiges nés de la cession de parts sociales* : LPA 2012, n° 108, p. 46. – Rapp. D. Cohen, *L'arbitrage et les cessions de droits sociaux* : Gaz. Pal. 2010, n° 140, p. 87. – V. Fiche pratique n° 4231 : *Clauses d'arbitrage et pactes d'actionnaires*.

47. Rapp. B. Le Bars, *Anticiper et régler les litiges post-acquisition par la voie de l'arbitrage* : Dr. & patr. 2009, n° 186.

nombre de points, comme le siège de l'arbitrage, le nombre d'arbitres, la loi applicable au fond comme à la procédure, etc.

L'on aura également soin de rédiger une clause compromissoire véritablement contraignante. En témoigne un récent arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence. Les statuts d'une société comportaient un article 27, intitulé « *Compétence* », aux termes duquel « *Les associés, le gérant ou les cogérants pourront choisir d'un commun accord, de résoudre par voie d'arbitrage les litiges auxquels les statuts pourraient donner lieu. A défaut, toutes contestations (...) seront soumises à la juridiction du tribunal de grande instance de Marseille* ». De manière logique, la cour d'appel juge que « *le recours à l'arbitrage ne revêt pas, aux termes de cet article, un caractère obligatoire mais facultatif, et suppose le commun accord des parties, ce qui n'est pas le cas en l'espèce* »<sup>48</sup>. D'où la validité de la saisine des juridictions étatiques.

**24 - Portée de la clause compromissoire.** – La plupart des clauses compromissoires statutaires semblent inspirées d'un même modèle. Bien souvent, elles soumettent à l'arbitrage les litiges concernant les statuts en eux-mêmes, mais aussi les différends relatifs aux « *affaires sociales* ». L'expression embrasse, à n'en pas douter, large<sup>49</sup>. Mais elle ne peut tout étreindre. En témoigne une jurisprudence fournie.

Ici, une société, La Popote, conclut un contrat de fourniture de repas avec une société Repas Service 66. Le contrat comporte une clause attributive de compétence en faveur du tribunal de commerce de Perpignan. En 2011, Repas Service 66 entre au capital de La Popote. En 2014, elle assigne devant la juridiction consulaire La Popote en paiement de factures impayées au titre du contrat de fourniture. Cette dernière se prévaut de la clause compromissoire stipulée aux statuts, qui vise notamment les différends relatifs aux affaires sociales. Pour la cour de Montpellier, la clause est manifestement inapplicable au litige – on retrouve ici les termes de l'article 1448 du Code de procédure civile, qui retranscrit en droit français le principe « *compétence-compétence* » – parce que le litige ne concerne pas « *l'administration de la société, son contrôle, la prise de décisions collectives par les associés ou les comptes sociaux* »<sup>50</sup>.

Là, une clause compromissoire statutaire visant les contestations relatives aux « *affaires sociales* » est jugée manifestement inapplicable à une cession de parts sociales entre deux associés. Pour la cour d'appel, « *dès lors que son champ d'application est limité aux affaires sociales, une cession de parts entre deux associés échappe manifestement à cette clause d'arbitrage, qui est donc indifférente au litige* »<sup>51</sup>. Sur ce point, la cour d'appel rejoint la position de la Cour de cassation selon laquelle les contestations relatives aux affaires sociales sont « *celles qui ont trait au fonctionnement des organes de décision, d'exécution de la société, et aux relations des cocontractants* »<sup>52</sup> et non aux relations entre des associés et des tiers. Un auteur fait toutefois remarquer que la cour d'appel de Paris va ici plus loin que la Cour de cassation, « *en excluant également les litiges relatifs aux cessions de droits sociaux entre associés* »<sup>53</sup>.

Là encore, la clause statutaire ayant pour objet les litiges relatifs aux affaires sociales est jugée inapplicable à des litiges affé-

rents à des prestations de maintenance et des frais de stationnement<sup>54</sup>.

Ici encore, le tribunal de grande instance de Paris estime qu'une clause compromissoire afférente aux « *affaires sociales* » est manifestement inapplicable à un contentieux disciplinaire<sup>55</sup>.

Là, en revanche, est jugée applicable à une action *ut singuli* une clause compromissoire, reproduite dans les statuts comme dans un pacte d'associés, qui stipulait « *toutes contestations qui pourraient s'élever au cours de l'existence de la société (...) soit entre les actionnaires, les organes de la société et la société, soit entre les actionnaires eux-mêmes, relativement aux affaires sociales ou à l'exécution des dispositions statutaires sont soumises à la procédure d'arbitrage* »<sup>56</sup>.

**25 - Signature de la clause compromissoire.** – Il n'est pas rare qu'une société, après avoir accepté une clause compromissoire, tente d'y échapper en portant un litige devant le tribunal de commerce. Pour ce faire, elle argue bien souvent que le signataire n'avait pas le pouvoir d'engager la société dans une clause compromissoire. Pour répondre à cet argument, il faut distinguer deux situations.

La première est celle dans laquelle la clause a été signée par un dirigeant. La jurisprudence estime que la signature d'une clause compromissoire est un acte de gestion courante qui entre dans le cadre du pouvoir général de direction, ce qui emporte qu'il n'est nul besoin d'autorisation spécifique résultant des statuts ou d'une délibération spéciale<sup>57</sup>. Dit autrement, « *toute personne qualifiée de dirigeant peut valablement engager la société sans aucun pouvoir spécial* »<sup>58</sup>.

La seconde est celle dans laquelle la clause a été signée par un non-dirigeant. L'argument ne porte pas davantage ici. Que l'on convoque la théorie du mandat apparent, que consacre désormais le Code civil (C. civ., art. 1156), ou que l'on sollicite la notion de bonne foi, la solution est identique. Une partie ne peut « *se prévaloir d'un défaut de pouvoir de son représentant apparent lorsque ce défaut de pouvoir a été légitimement ignoré par son cocontractant* »<sup>59</sup>.

**26 - Rayonnement de la clause compromissoire.** – La clause compromissoire ne lie en principe que ceux qui l'ont signée. Parce que l'arbitrage est une justice consensuelle, nul ne peut être contraint de prendre part à une procédure arbitrale sans y avoir consenti<sup>60</sup>. Rappelons que les arbitres ne tirent leur pouvoir que de l'accord des parties. Il est donc logique que l'arbitrage ne puisse prospérer qu'entre ceux qui y ont consenti<sup>61</sup>.

Par exception, la clause d'arbitrage peut cependant rayonner au-delà des parties qui l'ont matériellement signée. Deux hypothèses sont à distinguer : celle de l'extension et celle de la transmission.

L'extension consiste à aller chercher, par-delà les apparences, ceux qui se sont comportés comme de véritables parties au contrat. Depuis plus de 40 ans, l'on admet que la clause compromissoire « *expressément acceptée par certaines des sociétés du groupe, doit lier les autres sociétés qui par le rôle qu'elles ont joué*

48. CA Aix-en-Provence, 13 juin 2019, n° 18/18352.

49. Elle rappelle une autre notion parfois floue, celle de « *pacte social* ». Sur celle-ci, V. P. Le Cannu, Périmètre du « *pacte social* » et règlement intérieur : BJS 1999, n° 3, p. 381. – Rapp. D. Cohen, Arbitrage et sociétés, préf. B. Oppetit : LGDJ, 1993, préc., spéc. n° 142 : « *alors que les textes l'ignorent et que la jurisprudence l'emploie rarement, la doctrine utilise fréquemment l'expression de pacte social, sans d'ailleurs toujours la définir* ».

50. CA Montpellier, 24 nov. 2015, n° 15/02906 : JurisData n° 2015-030892.

51. CA Paris, 2 juill. 2020, n° 19/21120 : JurisData n° 2020-012947.

52. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 déc. 2012, n° 11-27.199.

53. Dr. sociétés 2020, comm. 115, R. Mortier.

54. CA Rennes, 27 sept. 2011, n° 09/04989.

55. TGI Paris, 28 juin 1994, n° 71910/93.

56. CA Paris, 7 oct. 2014, n° 13/09282. – V. égal., CA Paris, 7 oct. 2014, n° 14/08056 : JurisData n° 2014-023322 ; Dr. sociétés 2014, comm. 187, M. Roussille.

57. Cass. civ., 25 mai 1959 : D. 1959, Jur., p. 557.

58. D. Cohen, L'engagement des sociétés à l'arbitrage : Rev. arb. 2006, p. 35.

59. CA Paris, 28 oct. 2004, n° 2003/16080 : JurisData n° 2004-265500 ; JCP G 2005, IV, 1957.

60. Sur le sujet, L. Thibierge, Arbitrage et volonté : Dr. & patr. 2012, n° 215, p. 36.

61. Rapp. Th. Clay, Chronique d'arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : D. 2011, p. 3023 : « *il n'y a d'arbitrage que voulu par les parties* ».

dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation des contrats contenant lesdites clauses, apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure, comme ayant été de véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernées, au premier chef, par ceux-ci et par les litiges qui peuvent en découler »<sup>62</sup>. Depuis, la position s'est affinée, prenant plus ou moins de distance avec la référence à la volonté implicite<sup>63</sup>, mais l'idée demeure identique : celui qui se comporte comme une partie au contrat ne peut se prévaloir de la qualité de tiers pour échapper à l'arbitrage.

La transmission consiste quant à elle à soumettre à la clause compromissoire le titulaire des droits substantiels qui y sont attachés. Ainsi, du cessionnaire d'une créance, d'une dette ou d'un contrat comportant une clause compromissoire, du subrogé ou de toute personne qui aura reçu le contrat comportant la clause (apport partiel d'actif, apport en société...). On justifie classiquement la solution par la théorie de l'accessoire, selon laquelle la

clause compromissoire serait, en tant qu'accessoire des droits substantiels, transférée en même temps qu'eux. Ainsi, la cour de Paris a récemment jugé que « la qualité d'Actionnaire (...) au sens des Statuts était acquise à la date du jugement et suffisante pour retenir la compétence du tribunal arbitral à son égard, quand bien même les actes de cession ne seraient pas régularisés à cette date ». L'arrêt rappelle « une jurisprudence constante qui permet de transmettre une clause compromissoire en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire des droits et obligations substantiels contenus dans le contrat transmis »<sup>64</sup>. L'argument peut ne pas convaincre. Comme le relevait très justement le professeur Clay, n'est-il pas singulier que la clause compromissoire soit « totalement autonome par rapport au contrat qui la contient, et viscéralement accessoire à celui-ci lorsqu'il est transmis à des tiers »<sup>65</sup> ? Il bénéficie en toute hypothèse d'un argument textuel, l'article 2061 nouveau du Code civil prévoyant que « la clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée ».

62. Sentence partielle rendue le 23 septembre 1982 dans l'affaire CCI n° 4131, 23 sept. 1982, Dow Chemical v. ISOVER Saint Gobain.

63. V. par ex., CA Paris, 28 nov. 1989, Cotunav. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mars 2007, n° 04-20.842, ABS : JurisData n° 2007-038210 ; JCP G 2007, II, 10118, note C. Golhen. – CA Paris, 7 mai 2009, n° 08/92925. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 nov. 2012, n° 11-25.891 : JurisData n° 2012-025095 ; JCP G 2012, doct. 1354, n° 5, obs. C. Seraglino. – CA Paris, 23 juin 2020, n° 17/22943, Kabab-Ji : JDI 2021, comm. 4, note J.-B. Racine ; JCl. Droit international, Synthèse 290.

64. CA Paris, 25 janv. 2022, n° 13/2022.

65. Th. Clay, Qui arrêtera la circulation de la clause compromissoire ? : D. 2003, p. 2471.

## 24 La pratique américaine du *mini-trial* : un outil efficace de résolution des conflits au sein des groupes de sociétés



Alexis ALBARIAN,

maître de conférences à Aix-Marseille université  
Centre de droit économique (UR 4224),  
directeur du DESU « Droit et Pratique de la négociation  
et de la médiation en droit des affaires » (Institut de droit des affaires)

### 1. - DÉFINITION DU PROCESSUS DE *MINI-TRIAL*

### 2. - INTÉRÊT DU PROCESSUS DE *MINI-TRIAL*

La notion de *mini-trial*, ainsi que son nom l'indique, provient des pays de *common-law* et, plus spécifiquement, des États-Unis d'Amérique. Le *mini-trial* est ainsi un ADR (*alternative dispute resolution*), soit – en français – un mode alternatif de résolution des conflits. Il conviendra, dans un premier temps, de tenter de le définir avant de mettre en exergue l'intérêt de sa mise en place sur le terrain de la résolution des conflits sociétaires – ou plus spécifiquement – des conflits au sein des groupes de sociétés.

#### 1. Définition du processus de *mini-trial*

1 - Dans les systèmes juridiques de *common law* – notamment aux États-Unis d'Amérique – la pratique du *mini-trial* consiste « à organiser un procès simplifié qui ressemble curieusement au procès de droit civil [tel qu'il est pratiqué par exemple en France]. Au vu des résultats de ce procès, les parties sont censées rapprocher leurs évaluations quant à leurs chances de succès ou d'échec ou, du moins, quant à leurs droits réels et pouvoir ainsi aboutir à une solution transactionnelle »<sup>1</sup> ou, plus largement, à un accord négocié. L'on ajoutera que l'on peut également l'orthographier comme suit : *mini-trial* et que d'aucuns se hasardent, parfois, même à le traduire littéralement tout en retenant la définition suivante : « ce 'mini-procès' consiste à simuler un procès judiciaire en présence des parties et de leurs représentants, éventuellement assistés de leurs conseils. Il vise à permettre aux parties de se faire une idée de leur litige, comme le ferait le tribunal devant lequel il serait porté éventuellement, de manière à en évaluer les risques et à conclure une transaction acceptable. Le 'panel' réunissant les parties (ou un dirigeant important de ces dernières) et un animateur impartial entend les exposés de fait et de droit de l'une et de l'autre parties, ainsi qu'une brève présentation des preuves. A l'issue de ce débat, qui

se déroule habituellement une journée, les parties se retirent avec l'animateur pour négocier un accord avec la médiation de ce dernier »<sup>2</sup>. Autrement dit, le *mini-trial* est une « sorte de procès fictif consist[ant] dans un premier temps à simuler un procès devant un tiers indépendant (*neutral advisor*) avant d'engager, le débat terminé, des négociations directes entre les parties pour tenter de parvenir à un accord »<sup>3</sup>. L'on ajoutera que certains auteurs n'hésitent pas à utiliser l'expression de « procès *in vitro* » pour désigner, en langue française, la notion de *mini-trial* « parce qu'ils ne sont pas de vrais procès »<sup>4</sup>. En somme, le *mini-trial* – qu'il ne faut, selon nous, aucunement traduire littéralement en français pour éviter tout équivoque ou quiproquo – « représente un processus particulier de règlement des conflits qui consiste pour les parties, accompagnées ou non d'un conseil, à présenter leurs arguments soit à une tierce partie impartiale soit à un panel de personnes qu'elles ont préalablement sélectionnées. La procédure est informelle et confidentielle ce qui favorise la négociation entre les parties. Une fois la discussion terminée, le rôle

1. Th. Garby, *La gestion des conflits, avant-propos* M. Franck : *Economica*, 2004, p. 157.

2. J. El-Hakim, *Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats* : RIDC, 1997, n° 2, p. 351.

3. D. Cohen, *Justice publique et justice privée*, in *Le privé et le public*, t. 41 : *Archives de la philosophie du droit*, 1997, p. 150-151.

4. M. Rubino-Sammartano, *Arbitrage international. Droit et pratique*, t. 1 – *Partie générale Arbitrage commercial international* : Bruylant, 1<sup>re</sup> éd. (française), 2019, p. 52, n° 1.102.

du tiers se limite à émettre un avis au regard des éléments avancés par les parties. Les parties ne sont pas liées par l'avis, mais si elles l'acceptent elles peuvent le transcrire dans un accord écrit »<sup>5</sup>.

2 - Ces quelques éléments définitionnels permettent ainsi d'imaginer aisément l'intérêt substantiel que revêt la mise en place d'un tel processus sur le terrain de la résolution des conflits pouvant se faire jour au sein d'un groupe de sociétés.

## 2. Intérêt du processus de *mini-trial* —

3 - Bien que le *mini-trial* ait un champ d'application extrêmement large dans son système juridique d'origine, il convient – tout de même – de reconnaître que sa mise en place peut s'avérer particulièrement efficace (pour ne pas dire efficiente) en ce qui concerne la résolution des conflits pouvant opposer deux sociétés appartenant au même groupe. Ainsi, dans un contexte sociétaire, le recours au *mini-trial* correspond à « une recherche d'une solution amiable de résolution des litiges par dytique procédural. Après la conclusion par les parties de l'accord de *mini-trial*, la procédure se déroule en deux phases successives, nettement distinctes : la première, relativement brève, consiste pour les conseils des parties à échanger leurs pièces et à plaider devant les hauts représentants des parties litigantes, des dirigeants sociaux bien souvent, assistés éventuellement d'un *neutral advisor* ou 'conseiller neutre' ; la seconde est réservée aux représentants des parties qui engagent des négociations en vue de parvenir à un accord. Il est à noter que le conseiller neutre, choisi par les parties et totalement indépendant de celles-ci, n'impose aucune solution. Chargé de contrôler la procédure, il peut être appelé à donner un avis ou à contribuer de manière active au rapprochement des parties »<sup>6</sup>. Partant, « un tel système [semble particulièrement approprié] pour la résolution de conflits au sein de groupes de sociétés. La procédure de *mini-trial* peut être mise en œuvre par les dirigeants des sociétés mères pour un conflit au sein de la filiale commune, ou par ceux des filiales pour un conflit entre plusieurs sociétés d'une même mère »<sup>7</sup>. De manière plus prosaïque, « l'objectif des *mini-procès* est de permettre à chaque partie de mieux comprendre sa position (y compris les points faibles) et de tenter de régler le différend, plutôt que d'éviter d'affronter la réalité ou de repousser pendant plusieurs années le moment d'entendre la vérité, finalement à un coût beaucoup plus élevé. A la fin de leurs argumentations, les négociateurs qui représentent les deux parties peuvent discuter de l'affaire entre eux et, si possible, parvenir à une transaction »<sup>8</sup>. On comprend donc aisément qu'un contentieux aussi usuel que celui de l'application des clauses de garantie d'actif et de passif apparaisse comme l'un des terrains privilégiés du *mini-trial*<sup>9</sup>. Le *mini-trial* est, donc, indubitablement un outil de gestion des conflits intra-groupe extrêmement valable en ce qu'il est susceptible de

permettre de trouver une issue positive au litige opposant deux sociétés d'un même groupe et, par là même, de perpétuer dans un climat serein les échanges tant contractuels qu'opérationnels entre ces deux entités. Ce processus donne ainsi l'opportunité aux protagonistes de parvenir à un accord dans l'intérêt sinon « supérieur » – à tout le moins – général du groupe. « Il s'agit en fait d'une forme complexe d'escalade dans une négociation. On fait intervenir les personnes situées en haut des échelles hiérarchiques et on les informe de manière contradictoire. Elles négocient le conflit que leurs subordonnés n'ont pas su résoudre »<sup>10</sup>. La pratique, en France, a au reste saisi de longue date l'intérêt de recourir à de tels procédés « *new wave* »<sup>11</sup> ou, plus précisément, « *hybrides* »<sup>12</sup> dans la résolution des conflits intra-groupe. Ainsi, l'ingénierie tant contractuelle que sociétaire a su adapter ces « solutions américaines » au contexte français – en faisant montre au passage (comme souvent au demeurant) d'une inventivité certaine – en élaborant, notamment, des conventions dites d'« autorégulation des conflits »<sup>13</sup>. À l'instar d'un processus de médiation au reste (et à la différence d'un procès voire d'une procédure arbitrale), le *mini-trial* offre l'opportunité aux parties de se concentrer « sur la nature profonde du différend qui les oppose. Elles peuvent rechercher les causes réelles et non pas imaginaires ou supposées du conflit »<sup>14</sup>.

4 - *A priori*, le plus grand inconvénient, toutefois, de cette procédure réside dans les coûts – notamment financiers – que celle-ci va engendrer. La mobilisation de conseils de renom et des dirigeants de haut vol tout au long du processus s'avèrera assurément extrêmement onéreux avec – naturellement – aucune garantie d'obtenir un accord *in fine*. Cela dit, ce premier inconvénient est naturellement à relativiser en cas de réussite du processus matérialisé par la signature d'un accord. L'argument financier est, selon toute vraisemblance, un argument de nature circulaire qui ne devra, donc, aucunement être considéré comme un obstacle dirimant à la mise en place d'un *mini-trial*. Le caractère « fictif » de cette séquence procédurale peut, en outre, parfois s'avérer quelque peu contreproductive en termes d'engagement et de motivation de tous les acteurs impliqués dans celle-ci. Et ce, à plus forte raison, si les différents acteurs ne sont pas dûment formés et, plus encore, sensibilisés en amont à cette procédure ô combien singulière. Cela dit, en dépit de ces quelques désavantages, le *mini-trial* demeure un mode alternatif de résolution des conflits extrêmement attractif en ce que sa nature hybride lui permet de jouir du « meilleur des deux mondes » (contentieux et amiable : à tout le moins, dans le principe et sur la forme) dans le cadre de la résolution des conflits faisant rage au sein d'un groupe de sociétés. Ainsi, « des entreprises sérieuses ou des individus responsables, ne pourront manquer de trouver dans les modes alternatifs [au premier rang desquels se trouve le *mini-trial*] un procédé rapide et efficace

5. Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit (ss dir.) A.-J. Arnaud : LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1993, V<sup>o</sup> « Alternatif (Droit-) – Alternative (Justice-) », p. 14.  
6. D. Cohen, Arbitrage et société, préf. B. Oppetit, t. 229 : LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1993, p. 167, n<sup>o</sup> 337 et 338.  
7. D. Cohen, Arbitrage et société, préf. B. Oppetit, t. 229 : LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1993, p. 167, n<sup>o</sup> 337 et 338.  
8. M. Rubino-Sammartano, Arbitrage international. Droit et pratique, t. 1 – Partie générale Arbitrage commercial international : Bruylant, 1<sup>re</sup> éd. (française), 2019, p. 52 et 53, n<sup>o</sup> 1.103. – Adde, « [...] cette procédure sera menée devant les dirigeants de deux sociétés. Ce seront eux qui, placés dans la situation de juge pendant la procédure, rechercheront la solution amiable. Ils ont été ainsi pleinement informés des arguments que leurs avocats sont susceptibles de développer et des arguments adverses », Th. Garby, La gestion des conflits, avant-propos M. Franck : Economica, 2004, p. 157.  
9. V., sur ce point, Ch. Hausmann et Ph. Torre, Les garanties de passif : éd. EFE, 2018, p. 204, n<sup>o</sup> 292.

10. Th. Garby, La gestion des conflits, avant-propos M. Franck : Economica, 2004, p. 157.

11. L. Cadiet, L'économie des conventions relatives à la solution des litiges in L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, B. Deffains (ss. dir.), préf. G. Canivet : éd. Cujas, 2002, p. 319.

12. « *hybrid dispute resolution process combining elements of conciliatory and adjudicative processes. Typically involves an abbreviated adversarial presentation of the case before the parties who subsequently engage in negotiations. A neutral may be engaged to umpire the presentation or to facilitate or mediate the negotiations, or to provide a case evaluation* », D. H. Yarn, Dictionary of conflict resolution : Jossey-Bass Publishers, 1999, p. 295.

13. J.-Ph. Dom, Les litiges dans les réseaux de distribution et les groupes de sociétés : les conventions d'autorégulation des conflits : Gaz. Pal. 12-13 août 2015, n<sup>o</sup> 224-225, p. 31 et s.

14. Ph. Lebauvy, La médiation, une justice alternative pour aujourd'hui et demain : Les Echos, 16 mars 2023, [www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/opinion-la-mediation-une-justice-alternative-pour-aujourd'hui-et-demain-1916275](http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/opinion-la-mediation-une-justice-alternative-pour-aujourd'hui-et-demain-1916275).

tendant à limiter les dégâts inhérents à tout litige, satisfaire leurs intérêts réciproques et préserver leurs relations futures dans un climat de confiance et de coopération. C'est à ces seules conditions que la diffusion de ces modes s'avèrerait utile pour limiter les procédures contentieuses, réduire l'encombrement des prétoires, et assainir le climat des affaires et des relations sociales »<sup>15</sup>.

5 - En somme, décider de participer à un processus de *mini-trial*, « puis transiger en signant un accord amiable ne doit pas

être considéré comme un aveu de faiblesse, c'est au contraire une preuve d'intelligence, qui démontre un attachement à l'intérêt supérieur de l'entreprise. Nulle part mieux que dans la patrie de Descartes, il n'est légitime de parier sur la volonté et la rationalité des décideurs pour optimiser le règlement de leurs contentieux et aller de l'avant ! »<sup>16</sup>. ■

---

15. J. El-Hakim, *Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats* : RIDC 1997, n° 2, p. 357.

---

16. M. Lévy et G. Mestrallet, *Médiation : aux entreprises de montrer le chemin* : *Les Echos*, 27 févr. 2023, [www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/opinion-mediation-aux-entreprises-de-montrer-le-chemin-1910162](http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/opinion-mediation-aux-entreprises-de-montrer-le-chemin-1910162).

## 25 Le droit des sociétés à l'épreuve de l'arbitrage et de la médiation : l'approche renouvelée par l'avènement de la RSE



**Stéphanie BRUNENGO,**

avocate et médiatrice,  
co-directrice du DESU Médiation et négociation  
en droit des affaires Aix-Marseille université



**Blandine RAVET,**

médiateur, Centre de médiation Aix Med

### 1. - LA PLACE DE L'ARBITRAGE ET DE LA MÉDIATION DANS LA DÉFINITION DES ENGAGEMENTS EXTRA-FINANCIERS DE LA SOCIÉTÉ

- A. - L'accord *ex ante* sur les engagements extra-financiers  
B. - Le désaccord *ex post* sur les engagements extra-financiers

### 2. - LA PLACE DE L'ARBITRAGE ET DE LA MÉDIATION DANS L'EXÉCUTION DES ENGAGEMENTS EXTRA-FINANCIERS

- A. - Arbitrage et médiation, les mécanismes de résolution de conflit constitutifs d'engagements extra-financiers ?  
B. - Arbitrage et médiation, les mécanismes de résolution de conflit, indicateurs de la performance extra-financière ?

L'avènement de la RSE a été un marqueur important des changements de paradigmes dans le champ des sciences sociales et du droit en particulier. Droit vivant et souple, le droit de la RSE est à rapprocher du droit des MARD qui deviennent l'un des instruments privilégiés de son effectivité. Consacrée par le droit de la RSE, l'éthique des affaires investit le champ d'un droit des sociétés, jusque-là utilitariste dans sa perception. Les MARD constituent la maïeutique de la RSE, permettant l'avènement de l'identité de l'entreprise responsable et garantissant la sincérité et la pérennité de ses engagements.

1 - **Droit de la conflictualité et sa régulation.** – Selon la Commission européenne, l'entreprise responsable est celle qui est en mesure de construire une relation de confiance à long terme vis-à-vis de ses employés, des consommateurs et des citoyens, etc. favorisant l'émergence d'un environnement propice à l'innovation et au développement. Cette approche s'appuie sur la théorie des parties prenantes (ou encore, *stakeholders*, en anglais), élargissant le cercle des parties intéressées par les activités de l'entreprise, au-delà du cercle premier des actionnaires et investisseurs<sup>1</sup>. Cet élargissement des intérêts à

prendre en considération induit une ouverture à l'opposition ou, plutôt, à la confrontation des points de vue ou encore à la divergence de ceux-ci. L'entreprise et les parties prenantes auront potentiellement des aspirations ainsi que des intérêts divergents. Ces oppositions, mécontentes, peuvent aboutir à de véritables conflits ou affrontements susceptibles de mettre à mal les relations d'échange et de coopération attendues dans l'écosystème d'une entreprise qui se veut de plus en plus « responsable ».

2 - **Juridiversité.** – Les démocraties modernes ont institutionnalisé la prééminence du recours au juge étatique pour assurer

1. Les parties prenantes désignent ceux qui ont un enjeu, une prétention ou un intérêt dans l'entreprise ou l'organisation. Elles regroupent en interne les actionnaires, dirigeants et les salariés, en externe les partenaires stratégiques et les clients (parties prenantes intermédiaires), les universités, fournisseurs, sous-traitants, syndicats, ONG, administrations, associations, riverains : Manuel des Bonnes pratiques pour les entreprises réalisant des affaires sur

les marchés en développement, 2007, cité in R. de Quenaudon, Droit de la responsabilité sociétale des organisations, Masters Droit : Larcier, 2014, p. 23. – La norme ISO 26 000 définit les parties prenantes comme un individu ou un groupe ayant un intérêt dans les décisions ou activités d'une organisation : Norme ISO 26 000, Lexique (2.20), p. 4. – Adde, M. Bonnaïfous-Boucher et J.-D. Rendtorff, La théorie des parties prenantes : La découverte, 2013.

le règlement des conflits<sup>2</sup>. Pour autant, les limites du système juridictionnel se renforcent chaque jour du seul fait du décalage temporel entre le temps du procès, quelle que soit sa valeur prophylactique et l'urgence écologique. L'espace offert aux modes alternatifs de règlement des différends est *de facto* élargi. Ces derniers regroupant les dispositifs amiables de résolution des conflits (conciliation, médiation, procédure participative, droit collaboratif) et l'arbitrage, participent à la construction d'un ordre juridique négocié par opposition à un ordre juridique dirigé<sup>3</sup>. Pour les besoins de l'étude, l'acronyme MARD désignera les modes alternatifs de règlement des différends incluant les modes amiables et les modes contentieux tels que l'arbitrage. Pour autant, force est de constater que la place de l'arbitrage dans le contexte de la mise en œuvre de la responsabilité sociale et environnementale (RSE) demeure limitée en France au bénéfice des modes amiables, alors même que d'autres systèmes juridiques – tel le système québécois – ont tendance à le privilégier, notamment, sur le terrain du règlement des « *petits* » litiges.

3 - **Droit vivant.** – Reposant sur des principes de responsabilisation, d'autonomisation et de participation directe des parties au règlement du conflit, les modes alternatifs de résolution des conflits présentent de nombreux points communs avec la RSE sur le terrain de leur réception par un système juridique donné. Le droit de la RSE, à l'instar du droit des MARD, est un droit « *vivant* », né de la décision et de la volonté des sujets de droit, s'incarnant dans un formalisme ainsi que dans un processus souple<sup>4</sup>. Une relation gémellaire caractérise le droit de la RSE, droit substantiel souple et le droit des MARD, droit processuel souple : flammes jumelles dans leur construction, dans leur objet voire dans leur finalité-même.

4 - **Des principes communs.** – Tant le cadre que les piliers fondateurs du droit de la RSE et du droit des MARD sont communs : consensualisme, bonne foi, liberté, transparence, confidentialité sont indispensables à la confiance, et partant, à l'effectivité de ces deux droits. Ces corpus normatifs revisitent également tous deux la notion de responsabilité. Dans le domaine de la RSE, elle se voit détachée de la faute, de la réparation et de la sanction. Dans les processus amiables de résolution du conflit, elle est détachée de ses fondements moraux et juridiques au profit d'une vision empathique du désaccord qui permet sa résolution par un accord intégratif exploitant les opportunités ainsi que les gains mutuels de la solution négociée<sup>5</sup>.

5 - **Droit et bien-être.** – *Yin* et *Yang* au regard de l'impact social, la RSE viserait un bien-être social global dans lequel les MARD garantiraient la pacification des interactions. Contemporains d'une évolution de l'écologie, droit de la RSE et droit des MARD conjugueraient leurs efforts pour atténuer les effets délétères de l'« *anthropocène* »<sup>6</sup> en prévenant ou réduisant la destruction de l'environnement comme de ses ressources par la

transparence et le dialogue sur leur usage ainsi que leur préservation.

6 - **Droit des sociétés et éthique des affaires.** – Le droit français de la RSE redessine une figure composite de la société, née d'un processus de fertilisation croisée entre l'approche institutionnelle française (ou européenne) et l'approche américaine contractualiste de la société<sup>7</sup>. Vecteur d'intégration par les entreprises du principe de développement durable, la RSE devrait les conduire à opter pour un « *capitalisme vertueux* »<sup>8</sup> et « *altruiste* » en adoptant des standards de management éthiques et responsables, garants du respect des attentes de leurs parties prenantes. Consacrée par le droit de la RSE, l'éthique des affaires investit le champ d'un droit des sociétés, jusque-là utilitariste dans sa perception. Instruments de la RSE, les MARD en constituent la maïeutique, permettant l'avènement de l'identité de l'entreprise responsable (1) tout en garantissant la sincérité et la pérennité de ses engagements (2).

## 1. La place de l'arbitrage et de la médiation dans la définition des engagements extra-financiers de la société

7 - **Le processus amiable constitutif du droit de la RSE.** – Dans la conception moderne de la RSE de la Commission européenne, l'entreprise doit, afin de s'acquitter pleinement de sa responsabilité sociale, engager en collaboration étroite avec les parties prenantes, « *un processus destiné à intégrer les préoccupations en matière sociale, environnementale, éthique, de droits de l'homme et de consommateurs dans leurs activités de base et leur stratégie de base ; (...) ce processus visant à optimiser la création d'un bénéfice réciproque pour leurs propriétaires/actionnaires, ainsi que pour les autres parties prenantes et l'ensemble de la société, à recenser, prévenir et atténuer les effets négatifs potentiels que les entreprises peuvent exercer* »<sup>9</sup>. Ce processus, garant de la création d'un bénéfice réciproque, fait écho au processus de résolution des conflits constitutif des modes amiables tels que les définissent les articles 1530 et suivants du Code de procédure civile relatifs à la médiation et à la conciliation<sup>10</sup>.

### A. - L'accord *ex ante* sur les engagements extra-financiers

8 - **L'invitation au dialogue.** – Loin des visions qui semblent désormais datées ou anachroniques des formes d'exercice de l'autorité patronale à connotation patriarcale ou militaire, la RSE pose la question d'un nouveau modèle de performance écono-

2. S. Amrani Mekki (dir.), *Guide pratique des modes amiables de résolution des différends* : LexisNexis 2022-2023, juin 2022, Introduction, p. 11.

3. A. Provano (dir.), *Changement social et droit négocié – De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts* : *Economica*, 1998.

4. *Sur l'omniprésence du consentement dans les processus de résolution des conflits et plus généralement sur le cadre légal applicable à l'amiable*, S. Amrani Mekki (dir.), *Guide pratique des modes amiables de résolution des différends* : LexisNexis 2022-2023.

5. L. Mattei, *La responsabilité sociétale des entreprises et la médiation*, thèse, université Paris Dauphine-Paris IX, 2012, HAL Id : tel-01089202.

6. « *L'Anthropocène est une nouvelle époque géologique qui se caractérise par l'avènement des hommes comme principale force de changement sur Terre, surpassant les forces géophysiques. C'est l'âge des humains ! Celui d'un désordre planétaire inédit* » : [www.vie-publique.fr/parole-dexpert/271086-terre-climat-quest-ce-que-lanthropocene-ere-geologique](http://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/271086-terre-climat-quest-ce-que-lanthropocene-ere-geologique). – Adde, J.-Y. Leloup, *L'art du Saule. Pour un Anthropocène éclairé : Prologomènes à une intercontinentale des consciences* : Lazare et capucine, 2021. – F. Révol

et a., *Penser les relations écologiques en théologie à l'ère de l'anthropocène* : Les éditions du Cerf, 2023.

7. L. Mattei et M. Capron, *Une vision européenne des différences USA/Europe Continentale en matière de RSE : pourquoi la RSE en Europe est un objet politique et non pas éthique* : Atelier international de Montréal sur la RSE, Chaire de responsabilité sociale et de développement durable : UQAM, 2006.

8. M. Cuillerai, *Le capitalisme vertueux. Mondialisation et confiance* : Payot, 2002.

9. *Comm. UE, communication au Parlement, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Responsabilité sociale des entreprises, une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014* : Doc. COM (2011), 681 final, 25 oct. 2011, p. 5.

10. CPC, art. 1530 : « *La médiation et la conciliation conventionnelles [...] s'entendent [...] de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ».



mique fondé sur la compréhension d'objectifs ainsi que sur l'adhésion à des valeurs communes sociales et environnementales, plutôt que sur la simple soumission aux ordres. Selon Matthieu de Nanteuil, « *le diagnostic implicite sur lequel repose la RSE est donc que la forme dominante de l'injustice en vigueur dans l'entreprise capitaliste est la privation de parole* »<sup>11</sup>. Ainsi, il s'agit d'une façon ou d'une autre, de remettre du sens et de faire en sorte que ce sens soit « *construit, incarné et partagé* »<sup>12</sup> collectivement.

**9 - L'identité et les valeurs de l'entreprise.** – Le plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises dite loi « Pacte » promulguée le 22 mai 2019<sup>13</sup>, permet aux entreprises de mieux prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de leurs activités. Le législateur français crée trois niveaux d'engagement social et environnemental. Au-delà du principe posé par l'article 1833 du Code civil, les sociétés peuvent se doter d'une raison d'être définie par l'article 1835 du Code civil<sup>14</sup>. Inscrite dans le pacte statutaire, la raison d'être est constituée « *des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité* ». La démarche volontaire peut aller jusqu'au choix du véhicule juridique, dernière étape de la société à mission prévue par l'article L. 210-10 du Code de commerce, par intégration dans leurs statuts d'une raison d'être et d'une finalité d'intérêt collectif se déclinant en un ou plusieurs objectifs environnementaux<sup>15</sup>.

**10 - L'institutionnalisation du dialogue.** – L'intégration de la RSE dans la définition de l'intérêt social oblige à une évolution des modèles de gouvernance devant garantir et justifier de sa prise en compte par de nouveaux dispositifs décisionnels sociétaux quant à ces sujets. Le conseil de mission dans les sociétés à mission est ainsi l'instance de dialogue institutionnelle garante de la mise en œuvre des objectifs environnementaux et sociaux définis en concertation avec l'ensemble des parties prenantes. Qu'il consacre un devoir de vigilance pesant sur les entreprises d'une certaine importance ou qu'il incite à la définition d'une raison d'être, le droit français de la RSE procède là encore à une invitation au dialogue avec les parties prenantes internes et externes. Les parties prenantes pertinentes et crédibles seront réunies et contribueront à construire la cartographie des risques, élément central du plan de vigilance<sup>16</sup>. Quelle que soit l'approche, la détermination finale et la mise en œuvre du plan reposent sur la concertation, garante de l'adhésion des équipes<sup>17</sup>. La crédibilité de la démarche repose sur la qualité et la sincérité des concertations entre l'entreprise et ses parties prenantes. Les méthodologies amiables deviennent alors le cadre processuel incontournable du dialogue RSE.

L'analyse des parties prenantes et de leurs intérêts est un préalable à la construction d'une démarche de dialogue permettant une gestion des risques maîtrisée orientée vers la transformation

de l'entreprise<sup>18</sup>. Elle s'appuie sur une cartographie de leurs enjeux, positions et influences. Certains outils distinguent les parties prenantes avec lesquelles l'entreprise entretient des liens contractuels, et les autres parties prenantes diffuses qui peuvent affecter ou être affectées par l'activité de l'entreprise (autorité publique, collectivité locale, associations et ONG...) <sup>19</sup>. Ces approches envisagent le degré de conflictualité potentiel ou avéré avec chacune d'elles (l'existence de conflits ou problèmes pernicieux, latents, ou diffus...). Force est de constater que les méthodes de gestion de conflit sont intimement liées à la compréhension et à la transformation du système social de l'entreprise.

**11 - La médiation de projet. – Utilité.** – Méconnue, la médiation de projet s'inscrit en dehors de tout cadre normatif spécifique et de conflit avéré. De source conventionnelle, la médiation du projet<sup>20</sup> permet la définition du projet commun, la clarification des objectifs et des modes de fonctionnement des protagonistes notamment dans le domaine de la gouvernance ainsi que du contenu des engagements statutaires et extrastatutaires des associés. Le médiateur s'assure que les parties s'inscrivent dans un esprit de coopération concrétisé par une gouvernance active qui favorise l'ajustement du projet en temps réel en intégrant les risques, erreurs, inconnus et incertitudes inhérents à toute opération dans le respect de la confidentialité. Elle est particulièrement adaptée aux projets complexes, longs, à forte croissance ou exposés aux tensions du fait de leur temporalité. La médiation de projet maximise les chances de succès et d'aboutissement des projets complexes mais également ceux impliquant une croissance rapide comme les start-ups en ce qu'elle cimente les valeurs communes constitutives de *l'affectio societatis* et, partant, la pérennité du pacte social<sup>21</sup>. *Per se*, eu égard à la prise en considération de l'altérité et des intérêts divergents dans le processus amiable, la médiation de projet offre un espace *ad hoc* à la définition des enjeux des engagements RSE de la société qu'ils soient exprimés statutairement ou dans le cadre des plans de vigilance.

L'expérience démontre que la médiation conventionnelle de projet est de nature à assurer la survie de la start-up par nature fragile dans sa gouvernance et vulnérable aux tensions entre les associés. Lorsque ces derniers sont également dirigeants, les désaccords seront de nature à bloquer le projet de développement technologique. Les prises de décision relatives à la gestion courante seront contestées par l'un ou l'autre des dirigeants associés. Les investisseurs craindront pour leurs intérêts et la valorisation de leurs participations. Le mandat *ad hoc* pourra permettre de prévenir la liquidation de la société pour mécontente, lorsqu'elle n'est pas en cessation des paiements (*C. com.*, art. L. 611-3). Procédure confidentielle placée sous le contrôle du tribunal de commerce, elle offre des perspectives intéressantes pour l'entreprise, lesquelles demeurent toutefois souvent

11. M. de Nanteuil, *Justice Sociale*, p. 272-280, in *Dictionnaire Critique De La RSE*, N. Postel, R. Sobel (dir) : Presses Universitaires du Septentrion, 2013.  
12. T. Watelet, *Être et raison d'être, Construire, Incarner, Partager* : Osenor Consult, 2023.  
13. L. n° 2019-486, 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi Pacte : JO 23 mai 2019, texte n° 2 ; JCP E 2019, act. 359. – V. pour un dossier sur la loi Pacte : JCP E 2019, 1317 et s.  
14. V. dossier sur la raison d'être : Actes prat. ing. sociétaire 2021, dossier 6.  
15. JCI. Commercial, Synthèse 150 : Constitution et responsabilité de la société.  
16. Norme ISO 26 000, Global reporting Initiative, AA1000 Accountability, International Integrated Reporting council, art. 5.3.2.  
17. Pour différents exemples de détermination de la raison d'être, V. T. Watelet, *Être et raison d'être, Construire, incarner, partager* : Osenor Consult, 2023, chap. 4, p. 64 et s.

18. N. Gimenes, *Connaître les parties prenantes impliquées et leurs enjeux*, Présentation, Ecole des Mines ParisTech, PSL, Certificat Santé Environnement.  
19. J. Mayers and Vermeulen, S. 2005, *Stakeholder influence mapping*. Power tools series, International Institute for Environment and Development, London, UK. – A. Andersen, *A Process Guidebook : Tools & techniques for Effective facilitation*, A. Andersen Co. SC 1991, p. 74-75.  
20. Sur celle-ci, V. D. Morel, *La médiation préventive et de projet : Médias & Médiations*, 2019. – Adde, F. Oudin et M. Oudin, *La technique contractuelle au service de la prévention des différends*, in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières*, in *Mél. en l'honneur du professeur B. Ancel* : LGDJ, Iprolex, 2018, p. 1241 à 1263, spéc. p. 1258 à 1259.  
21. *Les chiffres font en effet état d'une croissance exponentielle du taux d'échec des projets, inversement proportionnelle aux montants investis (62 % de réussite pour les plus modestes, 2 % pour les plus élevés – 10 millions d'euros et au-delà)* : F. Havet, *Médiation de projet et RSE, un certain regard*, www.c-map.fr.

limitées à la séparation des associés dirigeants. Le panel de solutions offertes par la médiation est plus large : les rôles entre les dirigeants peuvent être redéfinis, les statuts et engagements extra-statutaires renégociés sur le fondement d'une remise à plat des valeurs de chacun et de celles de l'entreprise. L'entrée et la sortie de nouveaux investisseurs peut également être envisagée, la médiation pouvant être ouverte avec l'accord des médiés, à tout tiers intéressé par la situation, sous réserve du respect absolu de la confidentialité des échanges.

**12 - La médiation de projet, l'application à l'analyse de matérialité.** – Selon la définition de la *global reporting initiative*, l'analyse de matérialité consiste pour une entreprise à identifier les enjeux de développement durable dits matériels, c'est-à-dire ceux qui ont un impact direct ou indirect sur la capacité de l'entreprise à créer, préserver ou éroder de la valeur pour elle-même, pour ses parties prenantes et la société tout entière, ainsi qu'à les intégrer à son modèle d'affaires<sup>22</sup>. L'analyse de matérialité est également utilisée par certaines entreprises en tant qu'outil de compréhension des attentes des parties prenantes. La médiation de projet est particulièrement indiquée en vue de l'établissement de l'analyse de matérialité<sup>23</sup>. Le processus amiable convient en effet parfaitement au contexte : nécessaire divergence des attentes entre les parties prenantes constituant les panels (le panel moyen est de 50 à 100 personnes), besoin d'écoute et de non-jugement des attentes des parties prenantes, reformulation et restitution de manière neutre des entretiens en vue de la consolidation des résultats, dans le strict respect de la confidentialité des échanges<sup>24</sup>.

## B. - Le désaccord *ex post* sur les engagements extra-financiers

**13 - L'incitation au dialogue.** – Le recours aux MARD est expressément visé en tant que mode privilégié de résolution des conflits ou des désaccords entre l'organisation et ses parties prenantes. Les lignes directrices issues de la norme *ISO 26 000* préconisent à cet égard le recours à des procédures de médiation ou d'arbitrage en vue de résoudre les conflits ou les désaccords entre une organisation et ses parties prenantes<sup>25</sup>. De manière plus spécifique, les thématiques des droits de l'homme ou encore de droit des consommateurs doivent être traitées dans leur dimension contentieuse par les MARD<sup>26</sup>.

**14 - La médiation de la consommation.** – Les lignes directrices préconisent en matière de résolution des réclamations et litiges pour les consommateurs de « faire appel à d'autres mécanismes de règlement des litiges et à des mécanismes de résolution des conflits et de réparation reposant sur des normes nationales ou

*internationales, n'occasionnent aucun frais ou un minimum de frais pour les consommateurs et ne demandant pas à ces derniers de renoncer à leurs droits d'user de voies de recours »*<sup>27</sup>. Rappelons que l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 en transposant en droit national la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2014 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation<sup>28</sup> généralise l'obligation du professionnel de garantir au consommateur le recours effectif à un dispositif de médiation à la consommation (*C. consom.*, art. L. 152-1).

Le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) propose ainsi un service de médiation de la consommation individuelle et un service de médiation collective dans le cadre de la législation instituant en France les actions de groupe (*C. consom.*, art. L. 623-22 selon lequel le juge peut proposer une mesure de médiation entre l'association de consommateurs requérante et l'entreprise en défense, et ce à tous les stades de la procédure). Ce dispositif repose sur l'agrément délivré au CMAP par la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation, organisme de contrôle de la pratique de la médiation de la consommation en France.

## 15 - La médiation curative préconisée par le juge de la RSE ?

Les engagements extra-financiers peuvent constituer des sources potentielles de responsabilité en cas de manquement de l'entreprise<sup>29</sup>. Le juge des référés du tribunal judiciaire de Paris a eu l'occasion de se prononcer le 28 février 2023 sur le devoir de vigilance suite à la saisine de six ONG mettant en cause le plan de vigilance de TotalEnergies concernant spécifiquement deux projets de développement pétrolier en Ouganda et Tanzanie<sup>30</sup>. Ainsi est de nouveau soulignée l'importance de co-construire des plans de vigilance de façon négociée et concertée avec l'ensemble des parties prenantes, au sens large, pour assurer en amont la pérennité comme la durabilité des projets tout en intégrant la nécessité d'un dialogue suffisant préalablement à la saisine du juge. À cet égard, il convient de souligner l'ordonnance rendue dans cette affaire par le juge des référés le 1<sup>er</sup> juin 2022 portant injonction de rencontrer un médiateur. Les parties ont déféré à cette injonction, néanmoins seule TotalEnergies a accepté d'entrer en médiation. Cette décision pourrait laisser à penser que la médiation constitue une étape préalable obligatoire à la saisine du juge en cas de poursuites pour manquement au devoir de vigilance. Est-ce à dire ou à penser que le droit de la RSE doit également s'ouvrir à la culture de l'amiable ? La mise en demeure doit-elle proposer une médiation à peine d'irrecevabilité de la saisine du juge du fond ?

22. L'analyse de matérialité constitue un préalable à l'établissement du reporting extra-financier imposé aux grandes entreprises, *V. C. com.*, art. L. 225-102-1 sur la déclaration de performance extra-financière.

23. L'analyse de matérialité, un outil pour toutes entreprises au service du dialogue avec les parties prenantes, livret méthodologique, *BL Evolution, Observatoire de la responsabilité sociétale des entreprises (ORSE)*.

24. Sur l'anonymat des parties prenantes consultées, *V. L'analyse de matérialité, un outil pour toutes entreprises au service du dialogue avec les parties prenantes, livret méthodologique, BL Evolution, Observatoire de la responsabilité sociétale des entreprises (ORSE)*.

25. Norme *ISO 26 000*, § 7.6.3., *Résoudre les conflits ou les désaccords entre une organisation et ses parties prenantes*, p. 96.

26. Norme *ISO 26 000*, § 6.7.6. *Questions relatives aux consommateurs : Service après-vente, assistance et résolution des réclamations et litiges pour les consommateurs*, p. 69. – À cet égard, *Ord. n° 2015-1033, 20 août 2015, relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation en transposant en droit national la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2014 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation généralise l'obligation du professionnel ou de la professionnelle de garantir au consommateur ou à la consommatrice le recours effectif à un dispositif de médiation à la consommation (C. consom., art. L. 152-1)*.

27. *Ord. n° 2015-1033, 20 août 2015, relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation : JO 21 août 2015*.

28. *PE et Cons. UE, dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013, relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au REEL) : JOUE n° L 165, 18 juin 2013, p. 63*.

29. Dans le domaine du *greenwashing*, le tribunal judiciaire de Paris a, par une décision du 16 mai 2023, jugé recevable le recours des associations Greenpeace France, Les Amis de la Terre France et Notre Affaire à tous contre Total Energies, Total Energies Electricité et Gaz France. Les associations demandent le retrait de publicités et d'allégations environnementales considérées comme mensongères.

30. *TJ Paris, 28 févr. 2023, n° 22/53942*.

## 2. La place de l'arbitrage et de la médiation dans l'exécution des engagements extra-financiers

### A. - Arbitrage et médiation, les mécanismes de résolution de conflit constitutifs d'engagements extra-financiers ?

16 - **De la bonne gestion des controverses.** – La mise en place des dispositifs de dialogue et de résolution des conflits est désormais reconnue comme contribuant à la performance extra-financière des entreprises. Sur le fondement du règlement européen sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers<sup>31</sup>, « la bonne gestion des controverses » par l'entreprise est rétribuée par une notation positive des agences de notation extra-financière européennes<sup>32</sup>. Peu importe que l'entreprise ait raison en droit, elle ne peut passer à côté des externalités négatives induites par une approche contentieuse de ses conflits, en matière de réputation, de dégradation du climat de travail, de démobilisation ou de désorganisation des équipes, de perte de temps...<sup>33</sup>. Les organismes financiers évaluent les titres des sociétés en prenant en compte le suivi des controverses (risques réputationnels, suivis par des médias *brokers*) ; les entreprises concernées par des controverses sévères, fréquentes et qui n'apportent pas de réponses adaptées figurent sur une *warning list* ou liste de surveillance<sup>34</sup>. Leur crédo est de créer, au-delà du consensus, du compromis sur la gouvernance et l'application des normes RSE. La médiation est un espace particulièrement adapté à la recherche de cet objectif dans la mesure où son issue est protéiforme : accord total, accord avec quelques réserves mineures, accord avec des réserves majeures, simple partage d'informations<sup>35</sup>. Le recours aux modes alternatifs au juge contribuera à la notation positive de l'entreprise.

17 - **De la performance des MARD.** – Le très célèbre adage « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès » pose le ton de la réflexion populaire quant aux modes alternatifs de résolution des conflits. Ils sont en effet logiquement pensés en regard du procès. Si d'un point de vue économique, la notion de bon ou mauvais n'a pas de sens, il est en revanche pertinent de s'intéresser aux raisons qui poussent l'individu à préférer le procès ou une alternative, le principe étant que les individus font des choix dits rationnels, c'est-à-dire, favorisant leurs intérêts (au sens économique du terme). Du point de vue de l'analyse économique des conflits, le postulat de départ est que le procès est plus coûteux que les MARD. Ainsi, en théorie, les parties auraient tout intérêt à conclure systématiquement des accords amiables. Or cela ne se vérifie pas en pratique. Comme l'indiquent Bruno Deffains et Myriam Doriât-Duban<sup>36</sup>, les réponses successives apportées dans le cadre de l'analyse économique ont toutes en commun de penser cette incohérence pratique par le prisme des

problématiques d'information. La première réponse est apportée dans les années 70, notamment avec Posner<sup>37</sup> : l'échec des accords négociés est pensé comme étant la résultante d'un optimisme excessif des parties qui estiment leurs chances respectives de gagner ou perdre le procès. Dans les années 80, l'accent est mis sur les questions d'asymétries d'informations et d'opportunisme, donc de stratégies notamment inspirées de la Théorie des jeux avec le fameux dilemme du prisonnier. Enfin, dans les années 2000, les modèles optimistes sont remis au goût du jour avec l'étude en particulier des biais cognitifs.

Dans cette lignée, Pierre Garello<sup>38</sup> étudie la décision rationnelle d'entrer en médiation *versus* celle du contentieux *via* plusieurs paramètres que sont la chance estimée de gagner ou de perdre (probabilité *p*), le gain espéré ou la perte redoutée (montant *R*) et le coût de la procédure judiciaire (coût *c*), le tout pour une partie dite créancière (*c*) et une partie dite débitrice (*d*). La médiation devrait théoriquement avoir lieu lorsqu'en cas de procès, le gain net subjectif espéré de la partie créancière est inférieur à la perte subjective espérée de la partie débitrice :

$$\bullet \text{ pc Rc} - \text{cc} < \text{pd Rd} + \text{cd}^{39}$$

• soit « chaque fois que l'issue du procès telle qu'elle est perçue par la partie créancière (et donc la somme qu'elle est disposée à accepter pour ne pas aller à procès) est jugée préférable par la partie débitrice à ce qu'elle pense que sera l'issue du procès »<sup>40</sup>. Ainsi, le choix d'aller vers un MARD plutôt que le procès est issu d'une combinaison entre les degrés d'optimisme et de pessimisme relatifs de chacune des parties. À cette dynamique optimisme/pessimisme s'ajoute un élément de taille, la notion de risque qui contribue à confirmer le caractère subjectif et empirique du choix. En effet, le degré d'aversion au risque de l'une ou l'autre des parties influe grandement sur son choix.

18 - **Le tiers créateur de valeur.** – Il existe en effet une incertitude majeure quant au résultat qui pourrait se résumer ainsi : aucune des deux parties ne dispose, au moment du choix, de l'ensemble des informations qui pourraient lui permettre de faire un choix purement rationnel. Ainsi, l'intervention d'un tiers dans le conflit, médiateur ou arbitre, en ce qu'il influe par sa posture ou son action sur le partage et la transmission de l'information tout comme sur la correction ou la mesure de biais cognitifs a de fait un rôle majeur sur la possibilité même d'un comportement coopératif des parties. On rejoint ainsi, par l'entremise du tiers, la notion de l'efficacité économique supérieure des comportements coopératifs et dialogiques, créateurs de valeur, sur des comportements compétitifs ou confrontationnels. La valeur économique et sociale de l'intervention d'un tiers médiateur ou arbitre est ainsi tout à la fois, dans un cadre de coopération intra comme inter-entreprises, un facteur de compétitivité, de productivité, de pérennisation des relations et de prévention des conflits.

Le partage d'information, dans la logique dialogique et coopérative impulsée par le tiers, a nécessairement pour résultat de contextualiser et d'éclairer l'intention des parties. Ainsi dans le cadre d'un conflit entre associés, le dialogue en médiation peut,

31. Règl. (UE) 2019/2088, 10 mars 2021, dit Sustainable Finance Disclosure (SFDR). – V. égal. PE et Cons. UE, dir. (UE) 2022/2464, 14 déc. 2022, modifiant le règlement (UE) n° 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises.

32. V. Ohanessian, *La médiation en entreprise* : Paris, Que sais-je, 1<sup>re</sup> éd., mai 2021, p. 17.

33. V. Ohanessian, *La médiation en entreprise* : Paris, Que sais-je, 1<sup>re</sup> éd., mai 2021, p. 17.

34. *Politique d'intégration des risques en matière de durabilité et de prise en compte des incidences négatives* : Lazard frères gestion.

35. M. R. Miyashiro, *Les enjeux de l'empathie au service de l'entreprise* : Genève, éd. Jouvence, coll. Les clés de la CNV, p. 239.

36. B. Deffains et M. Doriât-Duban, *La médiation à travers le prisme de l'analyse économique* : Arch. phil. dr. 2019/1, éd. Dalloz (t. 61), p. 3 à 20.

37. Posner et son « modèle de signalisation » impliquent que l'existence même de la « norme sociale » est liée au coût de l'information : « The signaling model, alone among the models that have been considered, implies that if information were costless, so that individuals knew all the characteristics of potential cooperative partners, social norms would not exist. », in *The Case of Tax Compliance* : Virginia Law Review, p. 1819.

38. P. Garello, *Crise, incertitude, instabilité, et recours aux PRD, à paraître in L'essor et l'adaptation des PARD/MARD dans un contexte de crise* : Regards Croisés France Québec, Co édition Thémis – PUAM, 2023.

39. Probabilité pour la partie créancière (*pc*) d'obtenir le montant (*Rc*), Probabilité pour la partie débitrice (*pd*) de payer le montant (*Rd*), Coût du procès pour la partie créancière (*cc*), Coût du procès pour la partie débitrice (*cd*).

40. P. Garello, *Crise, incertitude, instabilité, et recours aux PRD, à paraître in L'essor et l'adaptation des PARD/MARD dans un contexte de crise* : Regards Croisés France Québec, Co édition Thémis – PUAM, 2023.

par exemple, permettre aux parties d'explicitier et de valider en commun le contenu des comptes courants d'associés qui avaient pourtant fait l'objet d'une saisie sur pièces. La reconnaissance « comptable » peut alors faire place à une reconnaissance mutuelle et ainsi à une validation commune des comptes, jusqu'alors bloquée.

## B. - Arbitrage et médiation, les mécanismes de résolution de conflit, indicateurs de la performance extra-financière ?

19 - **Trouver des indicateurs pertinents ?** - Désormais, il n'est plus seulement question d'agir, il s'agit d'agir bien. La directive CSRD<sup>41</sup> fait évoluer les exigences de reporting vers la qualité ainsi que la sincérité des indicateurs et autres KPI<sup>42</sup>. Elle remplacera la directive sur le reporting extra-financier des entreprises<sup>43</sup> (NFRD), afin de renforcer les objectifs de l'Union européenne en matière de transparence des entreprises. La CSRD doit étendre les exigences de la NFRD et les appliquer à un nombre plus important de sociétés (plus de 52 000 sont concernées) tout en améliorant le contenu des rapports de durabilité. Les entreprises devront ainsi communiquer des informations relatives aux problématiques de durabilité, de changement climatique tout en évaluant l'impact de leur activité sur l'environnement et la société en général. L'EFRAG (*European financial reporting advisory group*) a la charge d'élaborer les normes techniques par le biais d'ESRS (*European sustainability reporting standards*) qui sont au nombre de 12, répartis en 3 grandes thématiques (environnementale, sociale et la gouvernance). En France comme en Europe, ce nouveau rapport de durabilité commencera à remplacer les déclarations de performance extra-financière (DPEF) à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2025 avec les données de 2024<sup>44</sup>.

Les données relatives aux modes alternatifs peuvent être considérées comme des indicateurs de la sincérité de la gouvernance responsable. En ce sens, dans une vision prospective, le recours à la médiation préventive constituerait un indicateur pertinent de l'évaluation du climat social et de la santé mentale des salariés. De même, le recours à la justice négociée en matière d'environnement pourrait être considéré comme un élément d'appréciation positif du positionnement de l'entreprise en termes de conformité et de respect du droit de l'environnement.

20 - **Médiation préventive et santé au travail.** - Dans le domaine des relations de travail, la médiation préventive a pour objectif d'écarter la dégradation irréversible du lien professionnel et ses impacts sur l'organisation, de prévenir les violences morales ou plus généralement les situations de souffrance au travail. Elle tend à rétablir le bien-être au travail des salariés/équipes concernées, d'éviter les conséquences destructrices du conflit, particulièrement s'agissant de la santé mentale et physique des individus.

21 - **Le modèle québécois.** - Le modèle québécois de la médiation dans le domaine du harcèlement moral met en lumière la nécessité d'une phase de diagnostic du conflit, permettant d'initier dans le bon *tempo* la médiation préventive. Le droit québé-

cois pose le principe d'une obligation de prévention de l'employeur<sup>45</sup>. Il inscrit dans la loi les processus d'enquête, de médiation et d'arbitrage<sup>46</sup>. Le médiateur peut être chargé de l'enquête préalable. Le tribunal pourra être saisi en cas d'échec de la médiation ou d'absence d'arbitrage<sup>47</sup>.

22 - **Le modèle français.** - La Cour de cassation a construit depuis 10 ans une jurisprudence bien établie sur la question des obligations de l'employeur face à des situations de conflit, de harcèlement ou de risques psychosociaux. L'article L. 4121-1 du Code du travail affirme l'obligation de prévention de l'employeur pour assurer la santé et la sécurité des salariés, laquelle est qualifiée de manière univoque par la juridiction suprême comme une obligation de résultat. La Cour a pu qualifier l'existence d'agissements de harcèlement moral ou sexuel exercés sur l'un de ses salariés comme un manquement à cette obligation<sup>48</sup>. Par la suite, la Cour de cassation a caractérisé le manquement de l'employeur ou du fait de son inaction face à une situation de harcèlement. Les types d'intervention préconisés par la Cour sont multiples : saisine du médecin du travail, recours à la médiation après consultation des représentants. La médiation peut s'inscrire dans les processus de traitement des signalements effectués par les lanceurs d'alerte<sup>49</sup>. Certaines entreprises ont créé des dispositifs *ad hoc* de médiation comme le groupe Air France, chaque salarié pouvant solliciter un entretien individuel avec un médiateur. En l'occurrence, le volume des contentieux prud'homaux a été réduit de 30 %<sup>50</sup>. Le risque est toutefois d'instrumentaliser le dispositif de médiation et d'éliminer toute donnée relative aux contentieux, cette stratégie d'étouffement du conflit dans la relation de travail devenant, *in fine*, l'indicateur d'un management toxique, le « médiateur veilleur » devenant le « médiateur complice »<sup>51</sup>.

23 - **Conformité au droit de l'environnement et justice pénale.** - La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite loi Sapin II<sup>52</sup> a introduit au sein du Code de procédure pénale un article 41-1-2, lequel offre la possibilité, avant la mise en mouvement de l'action publique, au procureur de la République de

41. PE et Cons. UE, dir. (UE) 2022/2464, 14 déc. 2022, modifiant le règlement (UE) n° 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises : dite *corporate sustainability reporting directive* ou CSRD : JOUE n° L 322, 16 déc. 2022, p. 15-80.

42. B. Lecourt, La directive RSE2 (directive CSRD) : le nouveau visage de l'information en matière environnementale et sociale : Rev. sociétés 2022, p. 639.

43. PE et Cons. UE, dir. 2014/95/UE, 22 oct. 2014, modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes : dite *non financial reporting directive* ou NFRD : JOUE n° L 330, 15 nov. 2014, p. 1-9.

44. <http://novethic.fr>.

45. Loi sur les normes du travail, Ch. N-1.1, art. 81.19.

46. Charte des droits et libertés de la personne, c-12, art. 71 et 79.

47. Loi sur les normes du travail, Ch. N-1.1, art. 80. - T. Bériault, Médiation en harcèlement psychologique, Centre de Formation Faculté de droit, Université de Sherbrooke. - V. égal., T. Bériault, L'approche intégrative à la pratique de la médiation : Revue sociolinguistique de la langue française, 2012. - F. Lamy, Le harcèlement psychologique : un terrain fertile à l'imprévisibilité, Doctrine, développements récents en droit du travail, vol. 130, 2009, p. 177-233. - J. Bourgault, Le harcèlement psychologique au travail : les nouvelles dispositions de la loi sur les normes et leur intégration dans le régime préexistant : Montréal, Wilson & Lafleur, 2006.

48. Cass. soc., 19 nov. 2014, n° 13-17.729. - Ou Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43.914 : JurisData n° 2006-034275 ; Resp. civ. et assur. 2006, comm. 255, obs. Ch. Radé ; JCP G 2006, II, 10166, note F. Petit ; D. 2006, p. 2831, obs. M. Miné. - C. Dechristé, in J.-É. Robiou du Pont, Médiation et prévention selon la Cour de cassation : Dalloz actualité, 1<sup>er</sup> juill. 2015.

49. Sur la procédure interne de recueil et de traitement des signalements, V. D. n° 2022-1284, 3 oct. 2022, pris en application de l'article 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

50. Exemple cité in Comment Air France se saisit de la médiation conventionnelle : les Echos Executive, 30 oct. 2018. - V. aussi, C. Kapral, Étape Médiation, Médiations et Médiations, p. 46, 1<sup>re</sup> éd., sept. 2020.

51. L. Mattei et M. Capron, Une vision européenne des différences USA/Europe Continentale en matière de RSE : pourquoi la RSE en Europe est un objet politique et non pas éthique : Atelier international de Montréal sur la RSE, Chaire de responsabilité sociale et de développement durable : UQAM, 2006, n° 16, p. 106.

52. L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin II » : JO 10 déc. 2016, texte n° 2. - V. sur cette loi, JCP E 2016, act. 982 ; JCP G 2017, act. 3, aperçu rapide J.-M. Brigant. - Extension du domaine de la transaction pénale : la convention judiciaire d'intérêt public. À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 : JCP G 2017, doct. 64, étude E. Dezeuze et G. Pellegrin.

conclure une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) avec l'auteur (personne morale) d'une infraction, généralement mis en cause pour des faits de corruption, de trafic d'influence, de fraude fiscale, de blanchiment de fraude fiscale ou d'infractions connexes. Cette convention impose une ou plusieurs des obligations comme indiqué aux 1° et 2° du I de l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, à savoir le versement d'une amende d'intérêt public au Trésor public dont le montant est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels ; la soumission pour une durée maximale de 3 ans et sous le contrôle de l'Agence française anticorruption (AFA), à un programme de mise en conformité de ses procédures de prévention et de lutte contre la corruption ; la réparation du dommage de la victime, dans le cas où cette dernière est identifiée. La convention, après accord du mis en cause, est transmise au président du tribunal judiciaire par requête du procureur aux fins d'homologation de ladite convention.

Le législateur a transposé la CJIP à la matière environnementale. L'article 41-1-3 du Code de procédure pénale<sup>53</sup> prévoit : le versement d'une amende d'intérêt public au Trésor public dont le montant est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels ; la régularisation de sa situation au regard de la loi ou des règlements dans le cadre d'un programme de mise en conformité d'une durée maximale de 3 ans, sous le contrôle des services compétents du ministère chargé de l'Environnement et des Services de l'Office français de la biodiversité ; d'assurer dans un délai maximal de 3 ans et sous le contrôle des mêmes services, la réparation du préjudice écologique résultant des infractions commises.

La toute première CJIP en matière environnementale a été proposée par le Procureur de la République près la cour d'appel de Riom au Syndicat mixte de production et d'adduction d'eau (SYMPAE) suite à l'enquête préliminaire ouverte contre ledit Syndicat du chef de déversement par personne morale de substances nuisibles dans les eaux souterraines, superficielles ou de la mer. Le Procureur de la République a ainsi proposé à la SYMPAE de : verser au Trésor Public, dans un délai de 6 mois, une amende d'intérêt public d'un montant de 5 000 € ; s'astreindre à un programme de mise en conformité d'une durée de 30 mois, sous le contrôle des services compétents du ministère de l'Environnement, avec la pose dans un délai de 6 mois d'un portillon d'accès à la vanne du bassin de décantation, permettant l'intervention à toutes heures des services de secours ; réparer le préjudice environnemental et piscicole évalué à hauteur de 2 159 € au bénéfice de la fédération départementale de pêche de la Haute-Loire et de 2 159 € au bénéfice de l'Association Agréée de Pêche et de Protection du Milieu Aquatique (AAPPMA), dans un délai de 6 mois.

On peut d'ores et déjà noter que cette procédure a le mérite de pouvoir faire cesser une atteinte grave à l'environnement en obligeant les personnes morales responsables à remettre la biodiversité dans son état antérieur, et ce avec célérité. La justice négociée s'inscrivant dans une démarche de conformité en matière environnementale elle peut également *ex ante* concourir à une gestion anticipative des conflits<sup>54</sup>. Dans certaines expériences

françaises ou québécoises, elle garantit également l'acceptabilité sociale de certains projets<sup>55</sup>.

Le programme de compensation écologique mis en œuvre par l'Agence Iter France sur son site de Cadarache est un exemple de dialogue territorial vertueux. Le comité de concertation mis en place a réuni représentants de l'État, des collectivités territoriales concernées, associations de protection de l'environnement, office national des forêts, représentants du Parc Naturel du Lubéron... Leurs échanges ont permis de dégager un consensus sur la stratégie de compensation à mener pour pallier la destruction des espèces détruites du fait de la construction des réacteurs de fission nucléaire. Le dialogue a permis d'élever les standards de compensation habituels tant sur le plan quantitatif que qualitatif. L'agence s'est engagée à une stratégie d'acquisition foncière ambitieuse ciblée sur des parcelles à très haute valeur en termes de biodiversité<sup>56</sup>.

En guise de conclusion, il semble légitime de soutenir que les modes alternatifs de résolution des différends apparaissent comme des catalyseurs de l'essor du droit de la RSE. Loin de stratégies superficielles de type *greenwashing* ou *fairwashing*, l'avènement de la RSE et sa mise en œuvre par le biais de l'arbitrage ou de la médiation favorise des stratégies substantielles qui visent à une responsabilisation collective des parties prenantes. La RSE pose le principe d'une convergence nécessaire entre les performances économiques de l'entreprise et la valeur créée pour l'ensemble de ses parties prenantes. Cela va de pair avec une maîtrise des externalités négatives de son activité vis-à-vis de son écosystème qui doit idéalement se transformer en une contribution positive à la société et à l'environnement, sous forme d'externalités positives ou de « valeur partagée »<sup>57</sup>. Au-delà de l'entreprise contributive<sup>58</sup> se dessinent les contours d'une « médiation 3.0 » vers un nouveau modèle de RSE et d'entreprise, l'« entreprise régénérative », laquelle ambitionnerait de régénérer l'environnement et d'améliorer le bien être humain.

D'un point de vue pratique, l'utilisation du droit des MARD au regard de la mise en œuvre de la politique RSE implique d'avoir une vision davantage préventive que curative, axée sur la consultation préalable, la concertation dans la définition d'objectifs communs et la médiation de projet afin d'anticiper les éventuels écueils dans la conduite des activités de l'entreprise, quelle que soit leur envergure. Parallèlement, l'intégration de la médiation ou de l'arbitrage dans la stratégie précontentieuse, par le biais de clauses contractuelles ou dans une optique conventionnelle, offre la possibilité de co-construire des solutions mutuellement satisfaisantes en limitant les problématiques d'asymétries d'informations ou de biais cognitifs et, partant, les coûts économiques du conflit.

Le droit de la RSE vient mettre en jeu la question de la responsabilité du dirigeant et celle de sa protection ou de sa préservation. *A minima*, la mise en œuvre d'une véritable politique RSE au sein de l'entreprise pourra être attestée par les moyens déployés pour la rendre à la fois effective, efficace et efficiente. En cela, la pratique de la médiation, préventive ou curative, appliquée à l'ensemble des parties prenantes de l'entreprise dans une démarche de qualité et de sincérité viendra s'ajouter au fais-

53. Créé par L. n° 2020-1672, 24 déc. 2020, relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée : JO 26 déc. 2020, texte n° 4 ; JCP G 2021, doct. 201, étude A. Botton.

54. Gaz. Pal. 7 nov. 2015, n° 311, p. 14.

55. C. Choquette, RSE, médiation et « dialogue normatif » : une combinaison gagnante pour l'environnement, in RSE et Médiation, Regard croisé France - Canada : PUAM, 2018.

56. S. Brunengo, RSE et médiation dans le cadre de la compensation écologique : l'exemple d'ITER, in RSE & Médiation, Regard croisé France Canada : PUAM, 2018, p. 161 et s.

57. M. Porter et M. Kramer, Creating Shared Value : Harvard Business Review, 2011.

58. Renonce au mythe de la croissance infinie et crée de la valeur économique sans détruire le capital naturel grâce à l'économie de l'usage, F. Bonniñet et C. Puff Ardichvili, L'entreprise contributive : Dunod, 2021.

ceau de preuves de ce que le dirigeant aura rempli ses obligations de moyens, sinon de résultat quant à l'impact des activités de son entreprise. Il semble ainsi indispensable, tant pour les opérationnels que pour les conseils, de penser à intégrer les outils que sont la médiation et l'arbitrage dans leurs recommandations liées à la politique RSE.

Cela peut notamment être pensé, au sein de l'entreprise, en relation avec les fonctions de contrôle interne, de *contract management*, de *risk management* ou de *compliance*. Par son intention de dépasser le présent pour construire l'avenir, le droit de

l'amiable se rapprocherait peut-être ainsi du droit de la *compliance*<sup>59</sup>. Cette intégration pourrait faire émerger une nouvelle forme de médiation, une « *médiation de gouvernance et de la durabilité* », garante d'une RSE non seulement de qualité et de sincérité mais, surtout, sereine et pérenne. ■

---

59. A.-V. *Le fur, Intérêt et raison d'être de l'entreprise, quelle articulation avec les buts monumentaux de la compliance*, in *Les buts monumentaux de la compliance*, M. A. Frison-Roche (dir.) : D. 2022, p. 55.

## 26 L'intérêt de recourir à l'arbitrage dans la résolution des conflits sociétaires – Le point de vue de l'avocat



Silvestre TANDEAU DE MARSAC,  
avocat, arbitre, médiateur

### 1. - LES ATOUTS DU RECOURS À L'ARBITRAGE

- A. - Une maîtrise du temps
- B. - Une maîtrise des coûts
- C. - La flexibilité
- D. - La confidentialité

### 2. - LES DIFFICULTÉS DE MISE EN ŒUVRE DE L'ARBITRAGE

- A. - Les clauses pathologiques
  - 1° Les clauses pathologiques curables
  - 2° Les clauses pathologiques incurables
- B. - Le périmètre de la clause
  - 1° La compétence « *ratione personae* »
  - 2° La compétence « *ratione materiae* »
- C. - Le recours en annulation
- D. - Le risque de trancher partiellement les litiges (ou pire les conflits)

Le recours à l'arbitrage offre un mode de résolution des litiges en droit des sociétés souple et efficace. Qu'il s'agisse d'un litige relatif à la mise en jeu d'une garantie de passif ou encore d'un différend entre associés. Toutefois, la mise en œuvre de l'arbitrage peut poser également des difficultés dont il convient naturellement de tenir compte.

### 1. Les atouts du recours à l'arbitrage —

1 - **Notion.** – Ainsi que cela a été indiqué, tout au long du présent dossier, l'arbitrage est un mode alternatif de règlement des différends (MARD) consistant à soumettre le règlement d'un litige à un ou plusieurs arbitres que les parties investissent de la mission de juger en droit ou en amiable composition<sup>1</sup>. Le tribunal arbitral à l'issue d'une procédure contradictoire rend une décision, appelée sentence, qui s'impose aux parties et met fin au litige<sup>2</sup>. La sentence arbitrale équivaut à un jugement, mais elle n'est pas revêtue de la formule exécutoire. La partie qui souhaite exécuter devra, ainsi, obtenir l'exéquatur.

1. CNB, *L'avocat, acteur des modes amiables de résolution des différends : Commission MARD*, 2<sup>e</sup> éd., déc. 2021, p. 10.  
2. *Direction de l'information légale et administrative, Fiche pratique : Mode de règlement privé d'un litige*, mars 2022.

2 - **Conditions.** – Le recours à l'arbitrage peut être prévu par une convention d'arbitrage avant ou par un compromis après la naissance d'un litige.

#### A. - Une maîtrise du temps

3 - Comparé à une procédure devant le juge étatique, l'arbitrage permet de réduire la durée globale de règlement du litige. Une durée prévisible est fixée en amont d'un commun accord entre les parties et les arbitres. Sauf convention contraire en arbitrage interne, il n'est pas possible de faire appel de la sentence (CPC, art. 1489). Le recours en annulation est limité à des cas d'ouverture strictement prévus par la loi (CPC, art. 1492).

Par ailleurs, l'exécution des sentences est facilitée, soit par la volonté des parties, soit par le recours à une procédure d'exéquatur rapide.

En principe, la procédure d'arbitrage limite les éventuelles manœuvres dilatoires des parties. La saisine du juge des référés reste possible avant la mise en place du tribunal arbitral.

Enfin, les parties ont la possibilité de mettre en œuvre certains critères dans le choix des membres du tribunal arbitral afin de permettre une résolution non seulement plus rapide mais également plus « qualitative » de leur litige :

- ainsi, la disponibilité des arbitres connue en amont facilite la fixation à l'avance du calendrier de procédure ;
- le haut niveau d'expertise relatif au secteur économique concerné ainsi que la grande compétence des arbitres quant à l'objet de la procédure et à la technicité du litige (inférant, en effet, parfois d'explorer des questions juridiques spécifiques et complexes) permettent, en principe, un gain de temps substantiel tout en garantissant une réponse efficace au différend via une sentence de qualité.

L'ensemble de ces facteurs militent en faveur du recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges relevant du droit des sociétés.

### B. - Une maîtrise des coûts

4 - L'avantage de la maîtrise des coûts est fréquemment mis en avant pour souligner l'attrait de l'arbitrage<sup>3</sup>. Elle est étroitement liée à sa flexibilité et aux modalités choisies par les parties qui évitent les aléas liés à un contentieux judiciaire. En faisant des choix procéduraux adaptés à leur différend, les parties peuvent ainsi en limiter le coût. À ce titre, les barèmes communiqués par les institutions et centres d'arbitrage<sup>4</sup> permettent de rendre prévisibles et de budgéter les frais de gestion ainsi que les honoraires des arbitres. Par ailleurs, les arbitres peuvent faire supporter non seulement les frais de gestion de l'institution d'arbitrage, mais également leurs honoraires ainsi que ceux des avocats des parties par la partie qui succombe. La limitation des voies de recours favorise également la maîtrise des coûts totaux de procédure.

### C. - La flexibilité

5 - L'arbitrage est incontestablement une procédure « sur-mesure ». Les parties ont la faculté de constituer un tribunal composé d'arbitres indépendants et adapté à leur litige en choisissant ses membres<sup>5</sup>.

Dans la conduite de la procédure, elles peuvent convenir des modalités procédurales dans le respect, naturellement, des principes d'ordre public gouvernant la procédure, notamment le respect du contradictoire et des droits de la défense.

6 - Cette souplesse offre aux parties la faculté de fixer le calendrier, de choisir le droit applicable au fond du litige, ou de recourir à l'amiable composition. Elles peuvent encore déterminer les règles d'administration de la preuve, notamment, en ce qui concerne l'audition des témoins. Elles ont la possibilité de pondérer le poids de l'écrit et de l'oral en gérant le nombre d'échanges écrits, leur volume ou la durée des audiences.

7 - Ce rôle participatif des parties dans l'organisation et le contrôle de la procédure arbitrale augmentent leur confiance dans ce mode de règlement des litiges et favorise l'exécution de la décision qui sera rendue.

### D. - La confidentialité

8 - La confidentialité de l'arbitrage est garantie par la loi en arbitrage interne (CPC, art. 1464, al. 4). Le caractère confidentiel de la procédure, à l'instar de l'existence même du litige, favo-

rise naturellement la résolution de différends portant sur des sujets sensibles dans des secteurs très concurrentiels ou entre sociétés cotées.

9 - Là encore, les parties déterminent librement le degré de confidentialité et les personnes qui y sont tenues. Pour autant, l'arbitrage n'est pas une procédure opaque. Les sentences rendues par le tribunal arbitral restent contrôlées par le juge judiciaire dans le cadre du recours en annulation.

10 - Cependant, la mise en œuvre d'une procédure arbitrale peut présenter certaines difficultés qu'il est naturellement nécessaire d'évoquer.

## 2. Les difficultés de mise en œuvre de l'arbitrage

### A. - Les clauses pathologiques

11 - On sait que la convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

La clause compromissoire se définit comme la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou ces contrats (CPC, art. 1742, al. 2).

La clause compromissoire se distingue du compromis d'arbitrage. En effet, la clause compromissoire figure dans le contrat entre les parties, de sorte qu'elle existe avant tout litige, tandis que le compromis apparaît lorsque le litige est déjà né.

12 - Il arrive toutefois qu'une clause compromissoire ne puisse pas fonctionner, qu'elle soit bancale car certains points ont été omis : par exemple le lieu de l'arbitrage, lorsqu'aucune référence n'est faite à un centre d'arbitrage ou une référence à un centre d'arbitrage inexistant<sup>6</sup>. On parle alors de clause dite « pathologique »<sup>7</sup>.

13 - En pratique, on distingue deux types de clauses pathologiques : les clauses pathologiques curables et celles qui sont incurables.

#### 1° Les clauses pathologiques curables

14 - Ici, l'ambiguïté des termes ou le défaut de bonne articulation avec d'autres clauses de la convention rend la mise en œuvre difficile. Néanmoins, l'existence même du consentement des parties à soumettre le litige à l'arbitrage n'est pas remise en cause. Dans ces cas-là, la nullité de la clause est fréquemment écartée. Le tribunal arbitral devra alors interpréter la clause, puisqu'il est juge de sa propre compétence (principe de « compétence-compétence »)<sup>8</sup>.

15 - Mais il arrive que la volonté des parties de recourir à l'arbitrage ne soit pas suffisamment claire pour permettre de sauver la convention d'arbitrage.

#### 2° Les clauses pathologiques incurables

16 - Dans ce cas, soit les arbitres se « déclarent incompétents » et les parties peuvent alors saisir le juge étatique compétent, soit le juge judiciaire saisi par l'une des parties déclare la clause compromissoire manifestement nulle ou manifestement inapplicable et retient sa compétence sur le fondement de l'article 1448 du CPC.

3. V. not. CNB, dossier *Les cahiers de l'arbitrage Nouveaux domaines, nouvelles utilisations*, 3<sup>e</sup> éd., 2017.

4. Par ex., [www.afa-arbitrage.com/l-arbitrage/bareme/](http://www.afa-arbitrage.com/l-arbitrage/bareme/) ?lang=fr (barème des honoraires des arbitres et frais d'administration communiqué par l'afa).

5. V. not. E. Caroit, *L'arbitrage, une procédure adaptée au contentieux interne* : CAPJIA, nouveaux domaines, nouvelles utilisations, 3<sup>e</sup> éd., 2017.

6. Ph. Fouchard, *Cour d'appel de Paris (1<sup>er</sup> ch. C)*, 7 février 2002 : R. arb., Comité français de l'arbitrage 2002, vol. 2002, Issue 2, p. 417-426.

7. Clause pathologique, in *Glossaire, Paris the Home of International Arbitration*.

8. L. Ravillon, *Retour sur le principe « compétence-compétence »*, in *Le juge et l'arbitrage (dir.) S. Bostanji, F. Horchani et S. Manciaux* : éd. A. Pedone, 2014.



17 - La confrontation avec une clause compromissaire pathologique constitue un facteur d'incertitude qui rend plus complexe le recours à l'arbitrage.

## B. - Le périmètre de la clause

18 - Indépendamment de ces clauses pathologiques, il peut arriver qu'une clause compromissaire soit valable mais nécessite une interprétation quant à son champ d'application. Traditionnellement, on distingue la compétence « *ratione personae* » de la compétence « *ratione materiae* ».

### 1° La compétence « *ratione personae* »

19 - Sans entrer dans les détails, la question de la compétence « *ratione personae* » concerne les personnes susceptibles de participer à la procédure d'arbitrage. L'arbitrage reposant sur un fondement consensuel, en principe seules les parties au contrat dans lequel figure la clause compromissaire devraient pouvoir participer à l'arbitrage. Toutefois, un mouvement jurisprudentiel ancien et constant se montre favorable à l'extension de la clause compromissaire.

20 - Dans le cadre d'une procédure d'arbitrage relevant du droit des sociétés, il peut arriver que les parties commencent d'abord par débattre sur le champ d'application de la clause compromissaire et sur son opposabilité à des tiers qui n'étaient pas parties à la convention d'origine dans laquelle elle figure.

En effet, l'interprétation de la clause compromissaire peut poser la question de son éventuelle extension ou de sa possible transmission à d'autres parties au sein d'un groupe. Cette extension se distingue de l'opposabilité.

L'extension vise l'adjonction d'une personne à celle normalement engagée par la clause, tandis que la transmission concerne la substitution d'une personne à celle initialement engagée<sup>9</sup>.

21 - Une jurisprudence constante étend la clause compromissaire à des parties non-signataires du contrat, si elles se sont immiscées dans l'exécution de celui-ci comme en témoigne l'arrêt « ABS » de la Cour de cassation<sup>10</sup>.

22 - La doctrine quant à elle prône l'extension de la clause d'arbitrage à des parties membres du même groupe de sociétés. Le groupe de sociétés, décrit comme un ensemble de sociétés indépendantes d'un point de vue juridique, peut néanmoins suivre une orientation économique dépendante d'un pouvoir commun<sup>11</sup>.

23 - La célèbre sentence « *Dow Chemical* » consacre cette doctrine.

Dans cette affaire, les arbitres affirment que :

« la clause compromissaire expressément acceptée par certaines des sociétés du groupe doit lier les autres sociétés qui par le rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution ou la résiliation des contrats contenant lesdites clauses, apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure, comme ayant été de véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernés, au premier chef, par ceux-ci et par les litiges qui

peuvent en découler »<sup>12</sup>. Ce raisonnement a été confirmé par la cour d'appel de Paris<sup>13</sup>.

Citant plusieurs sentences de tribunaux arbitraux, la cour d'appel considère qu'elles forment progressivement une jurisprudence dont il échet de tenir compte, puisqu'elle déduit les conséquences de la réalité économique et reste conforme aux besoins du commerce international.

24 - Mais le champ d'application de la clause peut également s'étendre *ratione materiae*. Cette extension se fonde alors sur une interprétation de la volonté implicite des parties<sup>14</sup>.

### 2° La compétence « *ratione materiae* »

25 - L'extension *ratione materiae* de la clause compromissaire a pu s'appuyer sur la double constatation de l'existence de liens économiques étroits entre les contrats dont l'un contenait une clause et en ce qu'ils donnaient lieu, ensemble, à un « *litige aux composantes indissociables* »<sup>15</sup>.

Ce double mouvement d'extension du champ d'application d'une clause compromissaire, conformément à la « *prétendue* » expression de la commune intention des parties, peut contribuer à rendre plus longue et plus coûteuse la procédure d'arbitrage dont la vocation demeure de régler *a priori* le litige au fond.

## C. - Le recours en annulation

26 - La possibilité d'introduire un recours en annulation contre une sentence afin de permettre au juge étatique de la contrôler *a posteriori*, lorsque le siège de l'arbitrage est situé en France, et l'appel de l'ordonnance octroyant l'*exéquatur* lorsque l'exécution de la sentence est recherchée sur le territoire français, posent des questions délicates de mise en œuvre, de procédure et de portée du contrôle<sup>16</sup>.

Même si les cas d'ouverture et l'étendue du contrôle du juge sont strictement encadrés par les articles 1492 et 1520 du Code de procédure civile, un recours en annulation est fréquemment introduit par la partie qui a succombé dans ses prétentions à l'occasion d'un arbitrage.

La procédure devant la cour d'appel qui s'enclenche à l'occasion de ce recours contribue à l'allongement de la durée de l'arbitrage, *a fortiori* lorsqu'elle aboutit à une annulation de la sentence, même si l'on constate, d'un point de vue strictement statistique, que le juge du contrôle a plutôt tendance à rejeter les recours en annulation.

## D. - Le risque de trancher partiellement les litiges (ou pire les conflits)

27 - Les contentieux en droit des sociétés se caractérisent par leur complexité. Qu'il s'agisse de litiges entre associés ou de différends post-acquisition (par exemple, mise en jeu d'une garantie de passif), le recours à l'expertise est assez fréquent, soit

9. V., not. sur ce point, A. C. Dimolitsa, *L'extension de la clause compromissaire à des non-signataires : rien de neuf* : ASA Bulletin (Association Suisse d'Arbitrage) Kluwer Law International 2012, Vol. 2013, Issue 3, p. 516-538.

10. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mars 2007, n° 04-20.842 : JurisData n° 2007-038210 ; Contrats, conc. consom. 2007, comm. 166, L. Leveueur.

11. A. C. Dimolitsa, *L'extension de la clause compromissaire à des non-signataires : rien de neuf* : ASA Bulletin (Association Suisse d'Arbitrage) Kluwer Law International 2012, Vol. 2013, Issue 3, p. 516-538, préc.

12. Sentence CCI 4131/1982 : Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985, p. 146 ; JDI 1983, p. 899, note Y. Derains ; Rev. arb. 1984, p. 137.

13. CA Paris, 21 oct. 1983, *Dow Chemical* : Rev. arb. 1984, p. 98, note A. Chapelle.

14. Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international* : Litec, 1996, n° 497 à 524. – D. Cohen, *Arbitrage et groupes de contrats* : Rev. arb. 1997, p. 471. – E. Loquin, *Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissaire devant les juridictions françaises*, in *Les cahiers de l'arbitrage* : Gaz. Pal. 5-6 juin 2002, p. 7, spéc. n° 25 et s.

15. CA Paris, 23 nov. 1999, n° 1998/15277, *Glencore* : JurisData n° 1999-115895 ; Rev. arb. 2000, p. 501, note X.-Y. Li-Kotovtchikhne ; RTD com. 2001, p. 59, obs. E. Loquin.

16. M. Boissésou, C. Fouchard et J. Madesclair, *Droit français de l'arbitrage* : LGDJ, 2023, ch. 3 « le contrôle de la sentence aux fins de sa reconnaissance et de son exécution ».

pour évaluer la valeur d'une participation, soit tout simplement pour évaluer l'entreprise.

Mais surtout, l'objet du différend tranché par une sentence arbitrale à l'occasion d'une procédure arbitrale ne vide pas nécessairement la querelle entre associés ou entre cédants et cessionnaires. Autrement dit, le litige – par définition exclusivement juridique – a beau avoir été tranché dans le cadre de la procédure arbitrale, le conflit, de nature extra-juridique (interpersonnelle, psychologique voire affective...) demeure entier...

Le risque sera d'autant plus élevé en présence d'une clause dont le champ d'application ne sera limité qu'à l'exécution du contrat en excluant de son périmètre sa validité par exemple. À l'instar des fameuses « *poupées gigognes* », les procédures pourront se succéder en s'emboîtant les unes dans les autres.

Certes, il ne s'agit pas là des cas les plus fréquents, mais encore une fois, la complexité du droit des sociétés ainsi que ses enjeux (tant financiers qu'extra-financiers) peuvent favoriser la prolifération de litiges en cascades (ou « *pire* » de conflits à répétition) et par conséquent d'arbitrages successifs

28 - Il apparaît ainsi que les atouts, certes, incontestables de l'arbitrage pour régler les différends en matière de conflits sociétaux doivent, tout de même, être mesurés à l'aune des difficul-

tés que peut présenter la mise en œuvre d'une procédure arbitrale.

C'est pourquoi, le recours à la médiation s'est développé ces dernières années, précisément dans le cadre de litiges entre associés ou de différends sociétaux. À tel point qu'il faut bien reconnaître qu'il devient obsolète aujourd'hui de vouloir opposer l'arbitrage à la médiation, ou la médiation à l'arbitrage, comme mode de règlement de ce type de différends.

Bien au contraire, on assiste à l'apparition et la mise en jeu de plus en plus fréquente de clauses dites de « Med-Arb » (ou « d'Arb-Med ») combinant le recours à la médiation et, en cas d'échec de cette dernière, à l'arbitrage.

C'est ainsi qu'il devient fréquent de tenter d'abord une médiation avant la mise en jeu de la clause d'arbitrage, voire de recourir à la médiation pendant la procédure d'arbitrage laquelle se trouve alors suspendue durant la médiation.

29 - L'utilisation « *alternative* » de la médiation et de l'arbitrage devrait donc, selon toute vraisemblance, se développer à l'avenir dans le cadre de la résolution tant des litiges que des conflits de nature sociétale afin de pouvoir bénéficier des bienfaits et des vertus de ces deux modes de règlement des différends. ■

## 27 Médiation *versus* arbitrage dans la résolution des conflits sociétaires : les avantages – Le point de vue du magistrat



**Fabrice VERT,**

*premier vice-président au tribunal judiciaire de Paris,  
vice-président de Gemme section France,  
membre du Conseil national de la médiation,  
ambassadeur de l'amiable*

### 1. - LA MÉDIATION : UNE CONSTRUCTION PRÉTORIENNE SOUS LE SIGNE DU PRAGMATISME

Dans le pays du légicentrisme et dans une société qui est davantage une société du conflit que du compromis, les mérites et les intérêts de la médiation ont eu beaucoup plus de mal à être reconnus que ceux de l'arbitrage. Mais les temps changent, et au moment où s'esquisse une politique nationale de l'amiable, il est plus constructif de regarder les différents modes de résolution des litiges, et notamment la médiation et l'arbitrage comme complémentaires plutôt que comme des concurrents.

1 - Une première, le ministre de la Justice a ouvert, le 25 mai 2023, au Conseil de l'Europe à Strasbourg, les 9<sup>e</sup> assises internationales de la médiation célébrant les 20 ans du groupement européen des magistrats pour la médiation (connu sous l'acronyme GEMME)<sup>1</sup>.

Le même jour, il installait, place Vendôme 9 ambassadeurs de l'amiable (3 magistrats, 3 universitaires, 3 avocats) aux profils très divers, mais tous impliqués dans la médiation, pour diffuser et aider au développement de l'amiable dans toutes les juridictions<sup>2</sup>.

Le lendemain, paraissait au Journal officiel la composition du Conseil national de la médiation, créé par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire<sup>3</sup>, qui pourra être le fer de lance d'une politique nationale indispensable pour implanter de manière pérenne la médiation, et plus largement un circuit de l'amiable, dans les juridictions judiciaires mais aussi administratives.

1. F. Vert, *Médiation : É. Dupond-Moretti souffle les 20 bougies du GEMME à Strasbourg* : Actu-juridique.fr, 25 mai 2023, n° AJU369091.  
2. O. Dufour, *Flash* : É. Dupond-Moretti nomme 9 ambassadeurs de l'amiable : Actu-juridique.fr, 26 mai 2023.  
3. L. n° 2021-1729, 22 déc. 2021, pour la confiance dans l'institution judiciaire : JO 23 déc. 2021, texte n° 2. – V. Procédures 2022, fiche pratique 6, S. Crépin.

### 2. - LA MÉDIATION ET L'ARBITRAGE SONT COMPLÉMENTAIRES ET NON CONCURRENTIELS

Toutes ces initiatives démontrent une volonté politique de rendre efficiente et efficace la médiation, et plus largement la voie amiable pour résoudre les litiges en France, et la marge de progression est immense quand on sait que seulement 1 % des litiges soumis au juge sont résolus par la médiation et que, selon un sondage récent, 58 % des avocats ne proposent jamais ou rarement un mode « alternatif » de règlement des conflits à leurs clients<sup>4</sup>.

#### 1. La médiation : une construction prétorienne sous le signe du pragmatisme

2 - Dans le pays du légicentrisme et dans une société qui est davantage une société du conflit que du compromis, la médiation a souvent été regardée par les juristes comme une mode, un « gadget », avec une certaine, incompréhension, condescendance voire hostilité, tandis que l'arbitrage était regardé avec beaucoup plus d'intérêt et de considération<sup>5</sup>.

Pourtant les intérêts de la médiation ne sont pas négligeables et concernent pratiquement tous les contentieux, et en particulier les conflits sociétaires.

4. Sondage OpinionWay pour le Conseil national des barreaux, déc. 2022.  
5. F. Vert, *Médiation, conciliation, audience de règlement amiable : vers un office conciliatoire effectif du juge français ?* : JCP G 2023, 60004.

L'intérêt de la médiation, en effet, outre sa rapidité, évitant des procès lents et coûteux est de permettre aux justiciables de se réapproprier le procès en évitant l'aléa judiciaire, d'en devenir des acteurs responsables, de leur permettre de porter eux-mêmes leur parole et d'écouter celle de l'autre, de se comprendre mutuellement, d'aborder l'entière du conflit aussi bien dans ses aspects économiques, relationnels, psychologiques, sociaux au-delà du litige strictement juridique qui bien souvent ne traduit pas la véritable origine du conflit, la réponse judiciaire à ce litige ne pouvant dès lors mettre fin à ce dernier.

L'intérêt essentiel de la médiation, au-delà de l'accord ponctuel qui mettra, le cas échéant fin au litige soumis au juge, est de permettre de nouer ou de renouer un lien social entre des parties en conflit et de préserver l'avenir si elles sont amenées à continuer à entretenir des relations, qu'elles soient de nature commerciale, familiales, de voisinage...<sup>6</sup>

Évidemment, tous ces intérêts peuvent concerner un conflit entre associés et d'autres litiges sociétaux.

3 - Dans ce type de contentieux spécifique, la confidentialité du processus de médiation est également un atout considérable : un conflit entre associés porté sur la place publique par ses dégâts réputationnels peut causer un grave préjudice à la société.

Parfois, c'est la survie même de la société qui peut être en jeu dans le cadre d'un conflit sociétaire réglé par le juge en appliquant strictement la règle de droit, tandis que la souplesse du processus de médiation, peut permettre de trouver des solutions inventives, originales (nouveau contrat, cession de parts, etc.) que le juge ne pourrait décider.

4 - N'oublions pas non plus que des conflits entre associés peuvent concerner des membres d'une même famille et que l'origine du conflit sociétaire peut être, complètement étranger au litige strictement juridique porté devant le juge, et que par conséquent la solution du juge ne résoudra pas le conflit qui continuera au mépris parfois des intérêts de toutes les parties avec un coût économique mais aussi psychologique.

5 - La médiation est une chance supplémentaire offerte aux parties de régler l'entière du conflit et il serait bien dommage de ne pas tenter cette voie, le seul risque pris étant qu'aucun accord ne soit trouvé.

6 - Par ailleurs, l'*affectio societatis* ayant présidé à la création de la société, il est naturel que les associés en désaccord tentent le dialogue avant de saisir un juge, pour résoudre à l'amiable ce désaccord, ou si la vie commune n'est plus possible, pour mettre un terme à leurs relations au mieux de leurs intérêts réciproques.

## 2. La médiation et l'arbitrage sont complémentaires et non concurrentiels

7 - La juridicisation de l'arbitrage et ses effets ont selon certains observateurs permis, en contrepoint, de mettre en valeur les

6. F. Vert, *Des avantages de la médiation judiciaire* : Gaz. Pal. 24 mai 2014.

atouts du processus de médiation et notamment sa souplesse, sa rapidité et l'exécution spontanée de l'accord trouvé, atouts que de nombreux autres pays ont déjà bien compris pour y recourir de manière habituelle.

8 - Mais en réalité, s'il est nécessaire pour chaque litige de rechercher le « meilleur » mode de résolution des litiges, en connaissance des intérêts, avantages et inconvénients de chaque mode, il est également nécessaire d'assurer une fluidité entre tous ces modes, comme l'organisent déjà le « *Med-arb* », les *dispute boards* et bientôt la « *césure* », ou l'« *audience de règlement amiable* », deux des nouveaux modes amiables proposées dans le cadre de la politique nationale de l'amiable<sup>7</sup>.

Parfois, dans certains conflits, avant de se mettre autour de la table, les parties souhaitent voir d'abord trancher par un juge un point de (pur) droit (prescription, forclusion, responsabilité...).

9 - D'autres fois, c'est à l'audience, après un débat riche et interactif, que les parties peuvent se convaincre de tenter un mode amiable avant que le juge ne statue.

Mais les nombreuses vertus du dialogue qui participe d'une société pacifiée, alors que nous vivons dans une société fragmentée, mondialisée, fracturée militent pour favoriser l'implantation de la médiation dans de nombreux domaines et contentieux.

Et le monde économique et de l'entreprise, en pleine mutation de gouvernance, au regard notamment des « *normes ESG* », de la responsabilité sociale des entreprises (RSE), des « *buts monumentaux* » assignés à ces dernières en matière environnementale, climatique, droits humains, ou du devoir de vigilance<sup>8</sup> doit s'emparer de la médiation dans un esprit de co-construction avec les parties prenantes.

Mais l'exercice du dialogue n'est pas si aisé. Il est parfois plus tentant de saisir un juge pour trancher un conflit et ensuite de le critiquer, plutôt que de prendre ses responsabilités en se mettant autour d'une table et de confronter ses points de vue avec ceux des autres pour tenter de trouver une solution amiable tournée vers l'avenir.

Tout l'intérêt de la médiation, c'est le caractère ternaire du processus, c'est l'intermédiation d'un tiers, compétent, neutre, impartial qui va aider les parties prenantes à nouer ou renouer un dialogue et à trouver un accord.

Mais la mise en place d'un système de médiation doit être réfléchi, pensée et obtenir la confiance de tous les acteurs concernés pour réussir.

Actuellement, les expériences se multiplient, mais une réflexion collective, rassemblant toutes les parties prenantes, pourrait être utilement menée notamment sous l'impulsion des pouvoirs publics.

Espérons que le Conseil national de la médiation apportera sa pierre à cet édifice pour le bien commun de tous ! ■

7. F. Vert, *Vendredi 13 : la chance de l'amiable* : Actu-juridique.fr, 13 janv. 2023.

8. A.-V. *Le Fur, Intérêt et raison d'être de l'entreprise : quelle articulation avec les buts monumentaux de la compliance ?* in M.-A. Frison Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance : journal of regulation & compliance (JoRC)/Dalloz*, 2022, p. 55-67.