



HAL
open science

LES PME FACE AU CONTENTIEUX ECONOMIQUE

- Essai de guide pratique

Cécilia Darnault

► **To cite this version:**

Cécilia Darnault. LES PME FACE AU CONTENTIEUX ECONOMIQUE - Essai de guide pratique. Sciences de l'Homme et Société. Aix-Marseille Université (AMU), 2018. Français. NNT: . tel-02512959

HAL Id: tel-02512959

<https://hal.science/tel-02512959>

Submitted on 20 Mar 2020

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

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

Faculté de droit et science politique
Centre de droit économique
Université d'Aix-Marseille

LES PME FACE AU CONTENTIEUX ECONOMIQUE

Essai de guide pratique

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 29/11/2018 devant la faculté de droit d'Aix-Marseille

Par DARNAULT Cécilia

Et réalisée sous la direction de

M. Denis MOURALIS, professeur à l'Université d'Aix-Marseille

M. Jean-Louis RESPAUD, Maître de conférences à l'Université de Montpellier

JURY

Mme Carine JALLAMION, Professeure à l'Université de Montpellier (rapporteur)

M. Éric WENZEL, Maître de conférences (HDR) à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse (rapporteur)

M. Denis MOURALIS, professeur à l'Université d'Aix-Marseille

M. Jean-Louis RESPAUD, Maître de conférences (HDR) à l'Université de Montpellier

Novembre 2018

DARNAULT, 2018

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Résumé

L'entreprise. Pour un dirigeant-entrepreneur de petite et moyenne entreprise, les choses vont bien au-delà d'une simple entité économique ; il s'agit d'avantage d'une idée, d'un projet, d'une vie, plus que de simples considérations économiques, dont la gestion au quotidien n'est pas de tout repos. En plus de la maîtrise du marché économique au sein duquel elle évolue, le dirigeant de l'entreprise doit également s'intéresser à d'autres préoccupations pour assurer la pérennité de son organisation, et notamment son environnement juridique. Celui-ci, souvent complexe et méconnu, est une source de risques pour l'entreprise et son dirigeant, notamment le risque juridique de contentieux économique. Alors comment éviter la banqueroute ? Et bien, les dernières réformes législatives, traduisant les profondes mutations en cours en matière de procédure civile, apportent des instruments de gouvernance juridique de l'entreprise permettant à son dirigeant de lutter contre le risque de contentieux économique. Comment ? Les réformes tendant à la responsabilisation par l'instauration d'une obligation de prévention des risques et à l'autonomisation de la gestion du contentieux par la participation directe à la résolution des différends, l'entreprise n'a d'autre choix que de mettre en œuvre une gouvernance juridique qui participe à la lutte contre le contentieux économique. L'objectif de cette contribution étant de proposer un guide de gouvernance juridique de l'entreprise, tantôt par la mise en œuvre d'un plan de vigilance aux fins d'éviter la survenance d'un risque juridique, tantôt par une résolution déjudiciarisée, via le développement des modes amiables et alternatifs de résolution des différends, dès lors qu'un risque survient, pour éviter d'être confronté au contentieux économique, entendu en tant que procès civil traditionnel. Un tour d'horizon des possibilités qui s'offrent aux dirigeants-entrepreneurs de petites et moyennes entreprises, pour un développement économique sécurisé, et assurer la pérennité de l'organisation dans un environnement juridique et social en perpétuelle évolution, brisant ainsi les frontières traditionnelles de la Justice.

Mots-clés : PME ; Contentieux économique ; Gouvernance juridique ; Management des risques juridiques ; MARD ; Procédure civile.

A company. For a small or medium business, things go far beyond than just a simple economic organization. It is more about an idea, a project, a whole life, than simple economic problematics, whose daily management is harassing. Besides grasping the economic market within which he is evolving, the business manager also needs to stay aware of other concerns, in order to ensure the sustainability of his organization, such as its legal environment. The latter is usually complex, underrated and at the origin of many risks for the company and its CEO, such as economic litigation. Consequently, how avoid bankruptcy ? Accordingly to the last legislative amendments that express many important transformations of civil procedure, the creation of new legal governance tools can help the entrepreneur to fight against economic litigation risks. How ? Considering the fact that the amendments tend towards accountability, by establishing an obligation of risks prevention, and towards the empowerment of in house counsels by directly participating in the resolution of disputes, corporations has to enforce a legal governance that participates to the prevention of economic litigation. The thesis proposes a guide to legal governance of companies by first introducing a vigilance plan to alleviate any legal risk, and by recommending a private resolution solution through the recent raise of alternative dispute resolutions to avoid any economic litigation as a traditional civil lawsuit. Therefore, the thesis is an overview of all the options that entrepreneurs and business managers of small and medium companies have for a safe economic developement to ensure the sustainability of the organisation, in a perpetually evolving legal and social environment, going beyond traditional Justice.

Keywords : SME ; Economic litigation ; Legal Governance ; Legal risk management ; ADR ; Civil procedure.

Remerciements

A mes proches,

Pour leur soutien.

Au Professeur Stéphane Rousseau,

Pour m'avoir accueilli au sein du Centre de Droit des Affaires et
du Commerce International de l'Université de Montréal,

Et pour m'avoir montré la voie.

A mes directeurs,

Pour leur participation.

« Do what you can, with what you have, where you are »

(Théodore Roosevelt, 1858-1919).

*« Si le métier commence avec la défense de l'infortune,
il se poursuit avec le conseil de la fortune »*

(George Izard, in *Éloge de George Izard*,
par Christian Charrière-Bournazel –
discours de rentrée de la Conférence
1976, archives de l'Ordre).

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AA	Acte authentique
AAA	American Act of Arbitration
ADN	Acide Désoxyribonucléique
ADR	Alternative Dispute Resolution
AFA	Association française anticorruption
Aff.	Affaire
AFJE	Association française des juristes d'entreprise
AFNOR	Association française de normalisation
AFPDC	Association française des praticiens du droit collaboratif
AMRAE	Association pour le management des risques et des assurances de l'entreprise
APDCI	Association des Professionnels Collaboratifs Inter-régionale
Arb.	Arbitrage
Art.	Article
ASSP	Acte sous seing privé
BATNA	Best alternative to a negotiated agreement
Bull.	Bulletin
C.	Code
°C	Degré Celsius
(C)	Criticité
c.	Contre
c/	Contre
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCI	Chambre de Commerce et d'Industrie
CCI	Chambre de Commerce International
CE	Comité Européen
CE	Commission Européenne
CEDEF	Centre de Documentation Économie-Finance
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEPEJ	Commission européenne pour l'efficacité de la justice
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
Cf.	Référence
ch.	Chapitre
ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Civ.	Civil(e)

Circ.	Circulaire
CIRDI	Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CMAP	Centre de médiation et d'arbitrage de Paris
CNB	Conseil National des Barreaux
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
coll.	Collection
COM	Communication
Com.	Commercial(e)
concl.	Conclusion
Cons.	Conseil
Consid.	Considérant
Const.	Constitutionnel
Conv.	Convention
COSO	Committee Of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission
Cour EDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CPC	Code de procédure civile
CPME	Confédération des petites et moyennes entreprises
CREA	Centre de Recherche et d'étude des avocats
Crim.	Criminelle
CSP	Code de santé publique
CVIM	Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises
DC	Décision Constitutionnelle
Dec.	Décembre
dir.	Dirigé
Dr.	Docteur
DU	Diplôme Universitaire
Éd.	Édition
etc	Et cetera
ETI	Entreprise de taille intermédiaire
ex	Exemple
févr.	Février
fr	Français
(G)	Gravité
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GRJ	Gestion des risques juridiques
HART	Harm Assessment Risk Tool

HDR	Habilitation à Diriger des Recherches
IHEJ	Institut des Hautes études sur la Justice
IRJS	Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne
ISO	Organisation internationale de normalisation
Janv.	Janvier
JCPE	Jurisclasseur Périodique, Édition Entreprise
JO	Journal Officiel
JOUE	Journal officiel de l'Union Européenne
JORF	Journal officiel de la République Française
J21	La loi de modernisation de la Justice du 21e siècle #J21 a été publiée au Journal Officiel du 19 novembre 2016.
KPMG	Klynveld Peat Marwick & Goerdeler
LCIA	London Court of International Arbitration
LDIP	Loi Fédérale sur le Droit International Privé
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LME	Loi de Modernisation de l'Économie
LPA	Les Petites Affiches
M.	Monsieur
MARC	Modes alternatifs de règlement des conflits
MARD	Modes amiables de résolution des différends
MARL	Modes alternatifs de règlement des litiges
Me	Maître (avocat)
MESORE	Meilleure solution de rechange
Mme	Madame
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civile
NJN	Norme juridique nouvelle
not.	Note
Nov.	Novembre
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
Oct.	Octobre
OIT	Organisation internationale du travail
ONG	Organisme non-gouvernemental
(P)	Probabilité
p.	Page(s)
per se	En soi
Pf.	Professeur(e)
PFRLR	Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République
PIDUD	Programme Interdisciplinaire Développement urbain Durable
PME	Petites et moyennes entreprises
PMR	Prévention, Management et Résolution de conflit

PRD	Modes de prévention et de résolution des différends
PUF	Presses Universitaires de France
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RCDIP	Revue Critique de Droit International privé
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDV	Rendez-vous
Règl.	Règlement
RELC	Règlement extrajudiciaire des litiges de consommation
RIN	Règlement Intérieur National de la profession d'avocat
RSE	Responsabilité sociale de l'entreprise
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Rev.	Revue
SAF	Syndicat des Avocats de France
Soc.	Sociale (chambre)
Spéc.	Spécialement
TGI	Tribunal de Grande Instance
TPE	Très petites entreprises
UE	Union Européenne
URL	Uniform Resource Locator
V.	Voir
v.	Versus
Vol.	Volume
VS	Versus
n°	Numéro
no	Numéro
%	Pourcent
XXI	Vingt-et-un

SOMMAIRE

RESUME	IV
REMERCIEMENTS	VI
LISTE DES ABRÉVIATIONS	X
SOMMAIRE	XIV
INTRODUCTION	1
PME.	1
LA GOUVERNANCE.	6
PME ET DROIT.	8
LA GOUVERNANCE JURIDIQUE.	8
LES PME ET LE RISQUE JURIDIQUE.	10
LES PME ET LE CONTENTIEUX ECONOMIQUE.	11
LES PME ET LA JUSTICE.	14
LA RESPONSABILISATION JURIDIQUE DES PME.	16
LES CONSEQUENCES DE LA RESPONSABILISATION SUR LA GOUVERNANCE JURIDIQUE DES PME.	19
PREMIÈRE PARTIE :	23
<u>L'ÉVITEMENT DU CONTENTIEUX ECONOMIQUE PAR LA GOUVERNANCE RESPONSABLE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE</u>	<u>23</u>
TITRE 1^{ER} : LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE	27
CHAPITRE 1 ^{ER} : LES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE	29
CHAPITRE 2 ND : LE DOMAINE DE LA RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DU RISQUE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE	71
CONCLUSION DE TITRE	118
TITRE 2ND : L'APPLICATION DE LA RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE	121
CHAPITRE 1 ^{ER} : LES CARACTÉRISTIQUES DE L'OBLIGATION DE GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE	123
CHAPITRE 2 ND : LA THÉORIE D'UNE RESPONSABILITÉ COMMUNE MAIS DIFFÉRENCIÉE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE	179
CONCLUSION DE TITRE	228
CONCLUSION DE PARTIE	231
SECONDE PARTIE :	233
<u>L'ÉVITEMENT DU CONTENTIEUX ECONOMIQUE PAR LA DESETATISATION DE LA RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE</u>	<u>233</u>

TITRE 1^{ER} : LA DESETATISATION PAR L'OBLIGATION D'UNE GOUVERNANCE DEJUDICIARISEE EN MATIÈRE DE RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE	239
CHAPITRE 1 ^{ER} : LE PRINCIPE DE LA DÉJUDICIARISATION PAR L'OBLIGATION DE TENTATIVE DE RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE	241
CHAPITRE 2 ND : LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA DÉJUDICIARISATION PAR LA RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE	288
CONCLUSION DE TITRE	334
TITRE 2ND : LA DESETATISATION PAR L'OPPORTUNITÉ D'UNE GOUVERNANCE ALTERNATIVE EN MATIÈRE DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE	337
CHAPITRE 1 ^{ER} : LA DESETATISATION DE LA GOUVERNANCE DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE PAR LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL À L'ARBITRE	339
CHAPITRE 2 ND : LA DESETATISATION DE LA GOUVERNANCE DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE PAR LA PRIVATISATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL	391
CONCLUSION DE TITRE	442
CONCLUSION DE PARTIE	445
CONCLUSION	447
UNE GOUVERNANCE JURIDIQUE RESPONSABLE DES PME.	449
MAITRISER SON ENVIRONNEMENT JURIDIQUE.	449
METTRE EN PLACE UNE POLITIQUE GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES.	451
OPTER POUR LE RECOURS A DES MODES AMIABLES OU ALTERNATIFS DE RESOLUTION DES DIFFERENDS.	453
LE RECOURS AU JUGE ÉTATIQUE : UNE VOIE JUDICIAIRE À NE PAS NÉGLIGER.	455
LES OUTILS D'AUJOURD'HUI POUR DEMAIN : LA JUSTICE PRÉDICTIVE.	458
TABLE DES MATIERES	I
BIBLIOGRAPHIE	IX
INDEX DES REFERENCES JURIDIQUES	XXXI
INDEX ANALYTIQUE	XXXIX
ANNEXES	XLVII
ANNEXE 1 : LOI RELATIVE AU DEVOIR DE VIGILANCE	XLIX
ANNEXE 2 : DÉCRET RELATIF À LA SIMPLIFICATION DE LA PROCÉDURE CIVILE	LIII
ANNEXE 3 : LOI RELATIVE À LA MODERNISATION DE LA JUSTICE DU XXIÈME SIÈCLE (EXTRAITS)	LXI

INTRODUCTION

« Chaque science, chaque étude, a son jargon inintelligible,
qui semble n'être inventé que pour en défendre les approches »

Voltaire¹.

PME.

Pour reprendre l'adage de Voltaire, cet acronyme fait partie d'un jargon économique particulier, bien qu'usuellement utilisé, et vient désigner une catégorie d'entreprise, dites les *petites et moyennes entreprises*. Ces dernières ont fait couler beaucoup d'encre dans la littérature contemporaine, les références à la PME se multipliant sur la place publique². Au niveau européen, la recommandation 2003/361/CE3 fixant les définitions des entreprises en fonction de leur taille et de la nature des relations qu'elles entretiennent avec d'autres entreprises, considère que « *la catégorie des micro, petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros* ». En France, l'article 51 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) introduit un classement des entreprises en quatre catégories pour les besoins de l'analyse

¹ VOLTAIRE, *Œuvres complètes*, 1870.

² B.M. PAPILLON et N. LEVRATTO, *Les PME. Définition, rôle économique et politiques publiques*, Bruxelles, De Boeck Université, in *Revue internationale P.M.E.: Économie et gestion de la petite et moyenne entreprise*, 2010, Vol. 23, n° 2, p. 164.

statistique et économique du tissu productif : les microentreprises, les petites et moyennes entreprises (PME), les entreprises de taille intermédiaire (ETI) et les grandes entreprises. Le décret 2008-1354 du 18 décembre 2008 précise les critères permettant de déterminer l'appartenance à une catégorie d'entreprises, reprenant les critères fixés par la recommandation européenne. Ces critères exposent les différentes approches qui ont été retenues pour définir la PME, à savoir la « *taille et l'indépendance du capital, le nombre de salariés, les spécificités organisationnelles et perspective historique ; la deuxième approche est sous-jacente à la première et se distingue par l'accent qu'elle met sur l'emploi* »³. Il advient que la distinction qui s'établit entre les petites et moyennes entreprises d'une part, et les grandes entreprises d'autre part, n'est pas qu'une simple question de taille et de chiffres, que ce soit en termes de salariés ou de chiffre d'affaires, mais tient davantage à ses spécificités organisationnelles et fonctionnelles.

Constituant le cœur du maillage économique français, et jouant un rôle majeur dans la croissance économique ainsi que dans l'innovation, « *les petites et moyennes entreprises (PME) représentent (au début de ce millénaire) plus de 95 % de l'ensemble des entreprises et 60 à 70 % de l'emploi ; ce sont elles qui créent une grande partie des emplois nouveaux dans les économies de l'OCDE* »⁴, elles sont caractérisées par des avantages et des inconvénients qui leur sont propres et qui peuvent impliquer des mesures singulières à leur attention. Si « *jusque dans les années 1970, l'objet-PME n'est pas pris en compte en tant que tel, mais est inclus de fait dans une problématique de gestion globalisante qui gomme le plus souvent toutes ses spécificités ; ce n'est qu'à la fin des années 1970 que la recherche en PME prend un nouvel essor, lorsque plusieurs auteurs ne la considèrent plus comme un modèle réduit de la grande*

³ B.M. PAPIILLON et N. LEVRATTO, *Les PME. Définition, rôle économique et politiques publiques*, Bruxelles, De Boeck Université, in *Revue internationale P.M.E.: Économie et gestion de la petite et moyenne entreprise*, 2010, Vol. 23, n° 2, p. 164.

⁴ OCDE, *Les petites et moyennes entreprises : force locale, action mondiale*, OCDE, *Les synthèses de l'OCDE*, 2000. Précisions : « En 2014, la France compte 4 millions de PME, soit 99,9 % des entreprises, 48,5 % de l'emploi salarié (en équivalent temps plein). Elles réalisent 43,4 % de la valeur ajoutée et 15,4 % du chiffre d'affaires à l'exportation », dans CEDEF (Centre de Documentation Économie-Finance), Où trouver les chiffres clés des PME ?, Economie.gouv.fr, consultable à : <https://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme> .

entreprise, mais comme une entreprise à laquelle on peut associer des particularités : la PME est spécifique »⁵. Des spécificités de la petite et moyenne entreprise qui tiennent principalement à celui qui en est à l'origine, l'entrepreneur ; et dans la relation particulière qui le lie à son entreprise. En effet, « *à l'origine de toute entreprise, petite ou grande, on trouve un entrepreneur : un innovateur visionnaire qui a su tirer parti des occasions qui se présentaient ou des compétences différenciées qu'il avait développées* ». À la différence, il apparaît que pour les dirigeants de PME, « *pour ces entrepreneurs, leur entreprise constitue bien plus qu'une entité légale ou une organisation, comme l'entendent habituellement les intervenants économiques et politiques* », dans le sens où dans toute PME « *l'entrepreneur émerge clairement en tant que personne physique déterminante de toutes les orientations et les activités de l'entité morale* »⁶. Un dirigeant de PME n'est pas un simple « businessman », cette expression étant entendue au-delà de toute question de genre, mais appréhende son entreprise tel un père, ou une mère, avec un enfant ; en portant le projet d'entreprendre, en créant l'entreprise et en la portant chaque jour pour la voir grandir, et lui éviter tout risque pouvant la mettre en danger. Cette métaphore, loin d'être une simple image, représente à la perfection le lien particulier entre l'entrepreneur et sa PME, avec les nuits sans sommeil, les peurs et les appréhensions qui sont les leurs, ainsi que le lien affectif tout particulier qui unit l'entrepreneur à son entreprise.

Dans ce sens, il existe autant de PME que d'entrepreneurs dans l'idée que si « *on a très souvent tendance à considérer les PME comme un bloc homogène dès lors qu'on les oppose aux grandes entreprises (...), mais lorsqu'on s'intéresse uniquement aux entreprises de petite taille, il semble difficile, voire impossible de les regrouper autour d'un modèle unique (puisque du fait de la diversité du champ des PME, aucune généralisation n'est possible et tout est alors affaire de contexte* »⁷. Il advient ainsi que si la spécificité des PME est de constituer un bloc d'entreprises ayant chacune leur spécificité, il est nécessaire d'observer que certains critères

⁵ O. TORRES, *Pour une approche contingente de la spécificité de la PME*, in *Revue internationale P.M.E.: Économie et gestion de la petite et moyenne entreprise*, 1997, Vol. 10, n° 2, p. 9.

⁶ C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, *Collection CÉDÉ*, 2011.

⁷ O. TORRES, *Pour une approche contingente de la spécificité de la PME*, in *Revue internationale P.M.E.: Économie et gestion de la petite et moyenne entreprise*, 1997, Vol. 10, n° 2, p. 9.

quantitatifs et qualitatifs permettent de mettre en lumière les caractéristiques de chaque PME et de leurs entrepreneurs, aux fins de les distinguer des autres catégories d'entreprises. Concernant les critères quantitatifs, ils reprennent les éléments de définition et viennent encadrer le statut de PME en termes de taille (nombre de salariés) et de chiffre d'affaire. En revanche, les critères qualitatifs apportent davantage de précision quant aux *spécificités organisationnelles des petites et moyennes entreprises* :

(1) La *présence active d'un entrepreneur* et/ou de quelques propriétaires dirigeants à l'origine de la création, du lancement et de la gestion de l'entreprise à l'inverse des grandes entreprises dirigée par un gestionnaire, un autre professionnel sans lien direct avec la création originelle de l'entreprise ;

(2) L'*autonomie décisionnelle* consiste pour les PME à ce que leurs créateurs dirigent seuls l'entreprise et répondent aux orientations de développement aux cours de l'existence de l'entreprise, une autonomie qui, par ailleurs, est très chère aux entrepreneurs ;

(3) Corollaire de l'autonomie décisionnelle, les PME se distinguent d'autres entreprises par leur *indépendance financière*, un critère permettant une gestion autonome de l'entreprise par son dirigeant, bien que la réalité économique puisse nuancer l'intégrité de cette indépendance ;

(4) Dans la majorité des cas, les PME se développent sur des *marchés locaux et régionaux* bien que la mondialisation et le développement des technologies et des moyens de communication viennent redistribuer les cartes de la place des PME sur le marché ; un sujet qui sera abordé plus loin et viendra montrer que les opportunités de l'économie internationale n'est pas l'apanage des grandes entreprises ;

(5) c'est également le cas en ce qui concerne le critère de *non-dominance sur le marché*, à moins d'un marché local ou régional, où les PME font encore souvent « figure de parent pauvre », celles-ci étant aujourd'hui portées par l'avènement des technologies permettant une internationalisation accélérée, et donc d'accéder à une position dominante ;

(6) L'atout incontestable de la PME, contrairement aux grandes entreprises aux processus standardisés et sophistiqués, la flexibilité et une très forte capacité d'adaptation ; dotées d'une structure légère et souple, elles ont la capacité de s'adapter à de brusques changements du marché ;

(7) Outre les critères précédents, il est d'usage de définir *le fonctionnement typique des PME* par la polyvalence des emplois, une forte centralisation autour du propriétaire-dirigeant, une gestion familiale prépondérante, des ressources limitées, de l'innovation sur une base continue, une gestion en urgence, par manque de temps et de moyens, une structure organisationnelle aplatie, des communications multidirectionnelles directes, une formalisation des processus plutôt réduite, une forte proximité des clients et des fournisseurs, une production généralement en petites séries⁸.

Ces éléments permettent d'aboutir à l'identification d'une catégorie typique d'entreprise, parmi lesquelles chacune détient ses propres spécificités en fonction du contexte économique dans lequel elle évolue, et d'en dégager une typologie qui s'articule autour des notions de pérennité, d'indépendance (financière), de croissance et d'autonomie (décisionnelle) qui font la PME⁹. Fortement centralisée autour de son dirigeant-entrepreneur, la gestion de la PME va dépendre de la personnalité de ce dernier qui va permettre d'en détacher un mode de gestion ; une typologie établie par Louis Jacques Filion en 2000 met en exergue six profils, bien que caricaturaux, comme référentiel de gestion, à savoir :

(1) *Le bûcheron* qui, artisan par nature, va axer son activité sur la production, préférant la perfection et la sécurité que le risque et la croissance ;

(2) *Le bricoleur* qui, trop longtemps astreint aux tâches opérationnelles en tant que salarié, dédit ses économies et son temps à l'élaboration et au développement de son projet entrepreneurial, mais qui rencontrera des difficultés à prendre des décisions stratégiques et proactive dans la gestion de son entreprise ;

(3) *Le converti* qui, ayant trouvé « la bonne affaire » est représentatif des créateurs, inventeurs et chercheurs, passionné et dévoué à son projet, il fait part d'un attachement émotif envers sa PME quitte à la conduire en banqueroute ;

⁸ C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, *Collection CÉDÉ*, 2011.

⁹ Pour aller plus loin sur les typologies de PME et d'entrepreneurs : M. MARCHESNAY, *La PME : une gestion spécifique*, in *Économie rurale*, 1991, Vol. 206, n° 1, p.11 et s.

(4) **Le papillon** qui, moins conservateur et plus instable, butine d'une PME à l'autre, courant après la nouveauté, les relations, la fructification, ... rentabilisant puis revendant à la recherche de succès d'affaire ;

(5) **Le missionnaire** qui, « très souvent issu des autres types, a créé ou racheté une entreprise à laquelle il donnera tout son temps et sa passion pour qu'elle devienne autonome, performante et stimulante pour l'ensemble du personnel (en tant qu') habile communicateur, (il) tend à tout déléguer, c'est un fervent de l'innovation qui croît à l'importance de la motivation de même qu'au soutien de ses équipes »¹⁰ pour une réussite à long terme qui pourra évoluer et tendre vers la grande entreprise ;

(6) et enfin, **le libertain** qui, souvent héritier d'une génération d'entrepreneurs, n'est pas autant attaché à son entreprise et qui la considère simplement comme une activité professionnelle, avant tout une source de revenu plus qu'une passion dévorante¹¹.

Bien que caricatural, le référencement de ces types de profils d'entrepreneurs permet d'illustrer les différents modes de gestion de cette catégorie d'entreprise, et d'obtenir des « profils » de gouvernance d'entreprise au sein des PME.

La gouvernance.

Si le terme apparaît en 1937¹², le concept s'inscrit aujourd'hui en tant que réalité de gestion des entreprises, et se définit comme étant « *la mise en œuvre de dispositifs visant à mener des coordinations internes en vue de réduire les coûts de transaction que génère le marché* »¹³. La notion est portée par une idéologie de la bonne gouvernance, d'origine anglo-saxonne, qui tend à appréhender la gestion, aussi bien des institutions publiques que des

¹⁰ C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, *Collection CÉDÉ*, 2011.

¹¹ L.J. FILION, *Six types de propriétaires-dirigeants de PME*, in *Organisations et territoires*, 2000, Vol.9, n° 1 — L. J. FILION, *Management des PME : de la création à la croissance*, Paris, Pearson Education, 2007 — C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, *Collection CÉDÉ*, 2011.

¹² R. H. COASE, *The nature of firm*, *Economica*, novembre 1937, Vol. 4.

¹³ J. DIONNE-PROULX et G. LAROCHELLE, *Éthique et gouvernance d'entreprise*, in *Management & Avenir*, 2010, Vol. 32, n° 2, p. 36.

personnes privées, sous l'angle de l'efficacité économique, de la transparence et des procédures participatives, dans un contexte économique libéralisé¹⁴. Matériellement, « Charreaux (1997 : 1) la définit ainsi : « le gouvernement des entreprises recouvre l'ensemble des mécanismes organisationnels qui ont pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit, qui « gouvernent » leur conduite et définissent leur espace discrétionnaire ». La gouvernance d'entreprise s'inscrit donc dans une perspective de régulation du comportement des dirigeants en lien avec l'efficacité, de définition des « règles du jeu managérial », pour employer l'acception formulée par Charreaux (2003) »¹⁵.

Autrement dit, la gouvernance de l'entreprise va consister en un mode de gestion coopératif de l'entreprise, en intégrant toutes les parties prenantes de l'organisation, et diversifiée, en termes de domaines et de fonctions intégrées, aux fins d'optimiser la prise de décision et donc le développement de l'entreprise. Il advient que le thème de gouvernance d'entreprise connaît un essor singulier dans le sens où il « a pris récemment toute sa pertinence, tant dans les préoccupations des hommes et des femmes politiques que des chercheurs issus de différents champs disciplinaires (droit, économie, gestion, science politique, etc.) » pour faire face aux scandales de l'économie libérale contemporaine¹⁶ qui ont contribué, en Occident, « à placer la gouvernance au cœur de la gestion des organisations (et) accéléré le rythme des initiatives nationales et internationales, entre autres celles de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ou la Banque Mondiale, visant à renforcer les règles de la gouvernance d'entreprise et de son application, (ayant) conduit à un ensemble de mesures législatives et réglementaires visant à réorienter le cadre opérationnel de la gouvernance »¹⁷. Les petites et moyennes entreprises, bien que leur fonctionnement organisationnel l'intègre

¹⁴ Voir sur ce point : Terme « Gouvernance », S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

¹⁵ J. DIONNE-PROULX et G. LAROCHELLE, *Éthique et gouvernance d'entreprise*, in *Management & Avenir*, 2010, Vol. 32, n° 2, p. 36.

¹⁶ En effet, le concept peut être illustré par la négative à l'aide de contre-exemples : Enron, Worldcom, Vivendi Universal, Parmalat, etc.

¹⁷ J. DIONNE-PROULX et G. LAROCHELLE, *Éthique et gouvernance d'entreprise*, in *Management & Avenir*, 2010, Vol. 32, n° 2, p. 36.

inconsciemment par la taille de l'entreprise et son mode de gestion direct, n'échappe pas au développement de la notion et à l'assimilation de ses tenants et aboutissants.

PME et droit.

Le droit. Un terme qui fait communément grimacer, sinon tressaillir, de nombreux dirigeants d'entreprise. Un adage caractéristique des illusions de l'ordre juridique français veut que « *nul ne soit censé ignorer la loi* » ; un grand principe juridique qui guide nos sociétés démocratiques contemporaines et qui, bien qu'étant d'une grande portée théorique, une fois recontextualisé, s'avère bien plus compliqué à mettre en application. En réalité, la règle de droit constitue bien souvent un grand mystère pour une majorité des sujets de droit, généralement jugée trop complexe, abstraite et dense. En effet, même si « *le dirigeant d'entreprise doit être conscient du fait que lorsqu'il agira dans l'exercice de ses fonctions et dans les activités de l'entreprise, il mettra en œuvre des règles de droit qui encadreront et contraindront son action* »¹⁸, encore faut-il en maîtriser les pourtours. Pour cela, l'entreprise va devoir identifier les règles de droit dans lesquelles elle évolue et qui s'appliquent à elle ; une notion très large dans le sens où en fonction des situations rencontrées, l'entreprise est soumise à différents ordres juridiques et peut constituer, dans une certaine acception, un ordre juridique créateur de droit et de normes. En effet, si « *le concept d'entreprise n'est habituellement pas considéré comme concept juridique, certains auteurs tendent à élaborer une théorie juridique de l'entreprise qui la considère comme un ordre juridique en soi* » ; dans ce sens, « *même en l'absence de reconnaissance de son existence par les ordres juridiques positifs, l'entreprise fonctionne comme un ordre juridique* »¹⁹ créateur d'obligations auxquelles il devra se soumettre ensuite.

La gouvernance juridique.

Il advient effectivement, comme le dit le Prix Nobel d'économie, Joseph Stiglitz, « *nous sommes une communauté mondiale, et comme toutes les communautés, il nous faut respecter des règles pour pouvoir vivre ensemble. Elles doivent être équitables et justes, et cela doit se voir clairement. Elles doivent accorder toute l'attention nécessaire aux pauvres comme aux*

¹⁸ N. FERRY-MACCARIO, *Gestion juridique de l'entreprise*, Paris, Pearson Education, 2006.

¹⁹ J.P. ROBE, *L'entreprise en droit*, in *Droit et société*, 1995, n°29, p.117-136.

puissants, et témoigner d'un sens profond de l'honnêteté et de la justice sociale ». Dans cet état d'esprit, les petites et moyennes entreprises évoluent, en tant que personnes morales, comme tout un chacun dans nos sociétés démocratiques contemporaines, dans un état de droit qui vient encadrer sa gestion et ses activités, cela tout au long de sa vie, de sa création à sa mort. En effet, *« le dirigeant d'entreprise doit être conscient du fait que lorsqu'il agira dans l'exercice de ses fonctions et dans les activités de l'entreprise, il mettra en œuvre des règles de droit qui encadreront et contraindront son action »*²⁰.

Il advient que dans la conception de sa gouvernance d'entreprise, le dirigeant-entrepreneur de PME doit intégrer des considérations juridiques aux fins d'assurer la pérennité de son organisation et d'évoluer conformément aux corpus législatif et réglementaire en vigueur. Une gouvernance juridique de l'entreprise de plus en plus nécessaire pour les acteurs économiques, que l'environnement juridique de ces derniers est en constante évolution et s'étend dorénavant au-delà des frontières nationales d'une part, mais également au-delà de simples considérations économiques et juridiques par l'incorporation d'idéaux et de normes éthiques et sociales, responsabilisant les activités de l'entreprise et son développement dans son environnement. Ainsi, *« le recours à des mécanismes de responsabilisation tour à tour institutionnels, publics ou privés, collectifs ou individuels, est aujourd'hui au cœur de la gouvernabilité des sociétés « post-modernes » qui se retrouvent confrontées à des situations de risques et d'incertitude engendrées par leur propre mode de développement »*²¹. Les acteurs économiques, et particulièrement les petites et moyennes entreprises qui sont l'objet de ces travaux, sont de plus en plus confrontés à une gouvernance plus responsable de leurs organisations que ce soit pour assurer un développement durable des objectifs de l'entreprise mais également vis-à-vis de l'environnement économique, social et juridique dans lequel ils se déploient et assoient leurs activités, qui leur demande de rendre des comptes. Une responsabilisation des entreprises, notamment en matière de contentieux économique, qui peut être attribuée par la conjugaison de plusieurs facteurs non exhaustifs, et principalement de

²⁰ N. FERRY-MACCARIO, *Gestion juridique de l'entreprise*, Paris, Pearson Education, 2006.

²¹ B. BARRAQUE et P. GARIN et D. SALLES, *L'eau des villes et l'eau des champs* in *Génie de l'environnement et gouvernance territoriale*. Rapport de recherche pour le PIDUD, CERTOP-CNRS, LATTIS-CNRS, IR-CEMAGREF, 2006, p. 277.

l'évolution du rapport des acteurs économiques à la Justice. Il s'avère effectivement que toute vie sociale se déroule dans le cadre de l'État de droit qui vient gouverner la vie en société, l'entreprise exerçant ses activités dans un monde dont elle ne peut s'abstraire ; et ne pouvant l'éluder, celle-ci doit l'intégrer à son processus de décision. Il semblerait que la tâche d'envisager la mise en application de cette notion de gouvernance paraisse être cruciale et décisive²² pour l'entreprise et son dirigeant.

Les PME et le risque juridique.

Si une grande majorité de dirigeants de petites et moyennes entreprises intègrent aisément la notion de risque et l'intègre dans leur processus de prise de décision en termes de gouvernance économique de l'entreprise, le risque juridique, quant à lui, est un concept bien plus abstrait. En effet, la notion de « *risque juridique* » est délicate à appréhender en raison de sa double référence à une définition générale d'incertitude et à un environnement juridique divers et complexe de l'entreprise. Il advient que « *considérer le risque juridique comme résultant de la conjonction d'une norme juridique et d'un évènement nous semble constituer une base de départ solide et prospère, qui présente le mérite d'être simple à exprimer (...) Sur cette base, il faut introduire le facteur d'incertitude, pouvant porter sur la norme ou sur l'évènement, sans laquelle il n'y a pas de risque. (...) La définition du risque juridique peut ensuite être utilement complétée : cette rencontre entre une norme juridique et un évènement dans un contexte d'incertitude va engendrer des conséquences susceptibles d'affecter la valeur de l'entreprise et/ou remettre en cause ses objectifs ...* »²³. En conséquence, le risque juridique est un événement incertain lié à une règle de droit susceptible d'affecter l'entreprise qui peut être constitué : tantôt par la méconnaissance, la difficulté ou encore la mauvaise interprétation de la norme, tantôt par le changement de norme, tantôt par la transgression active d'une norme juridique de la part du dirigeant ou des agents de l'entreprise. Un événement incertain qui, s'il se réalise, conduit généralement à la naissance d'un différend, confrontant l'entreprise et son

²² J. DIONNE-PROULX et G. LAROCHELLE, *Éthique et gouvernance d'entreprise*, in *Management & Avenir*, 2010, Vol. 32, n° 2, p. 36.

²³ C. COLLARD et C. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, Paris : LGDJ, *Collection Droit des Affaires*, 2010.

dirigeant au contentieux économique, et aux risques mêmes qu'un tel contentieux peut emporter pour l'organisation.

Les PME et le contentieux économique.

Il s'avère que « *selon la formule consacrée si vis pacem para bellum, la stratégie victorieuse est celle qui a préparé aux combats des forces vives de la Nation durant le temps de paix qui précède la guerre* »²⁴. Ainsi, « *si dans le cadre militaire, la stratégie qui permet de gagner une guerre se prépare en temps de paix, on peut énoncer, en raisonnant par analogie, qu'en matière procédurale, une stratégie efficace se conçoit avant le procès et même avant la naissance du litige*²⁵ ; il convient donc, avant le litige ou une fois le litige né, d'anticiper les différentes attitudes susceptibles d'être adoptées »²⁶. Dans ce sens, l'entreprise est une unité économique qui évolue dans un environnement économique, social et juridique au sein duquel son activité implique la mise en œuvre de moyens humains et matériels de production ou de distribution des richesses reposant sur une organisation préétablie²⁷. Une activité qui nécessite

²⁴ C'est en application de cette maxime que la IIIe République gagne la guerre de 14/18 et c'est pour avoir hésité dans ses choix stratégiques qu'elle perd celle de 1940. Cité par C. CHAMPAUD et D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises, Regards sur la justice*, Dalloz, 2006, p. 13. — N. MACHIAVEL, *Le Prince*, in *Le Prince et autres textes*, Éditions Gallimard, Folio classique, 1980, Ch. XIV, p. 98.

²⁵ REMARQUE : « *Il en est de même dans le domaine de l'économie où la stratégie d'anticipation concerne principalement la prise en compte de l'évolution des consommateurs, de l'environnement et notamment de la concurrence (Cf. D. HURON, Décisions et stratégies Marketing, Gualino éditeur, EJA, Paris, 2007, n° 146, p. 163). De surcroît, l'anticipation dans le cadre des entreprises implique le recours à des programmes de compliance consistant à éviter le non-respect des normes juridiques et extra juridiques afin de ne pas entraver l'atteinte des objectifs escomptés. (Cf. W. AYED, Les programmes de compliance ou le management des risques de non-conformité, in la semaine juridique, Éditions générale, 2011, p. 190.)* » ; dans : E. DEIRMENDJIAN, *La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile*, Université de Toulon, 2012.

²⁶ E. DEIRMENDJIAN, *La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile*, Université de Toulon, 2012.

²⁷ Voir sur ce point : Terme « Entreprise », S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

d'établir des opérations et des relations économiques, que ce soit envers des salariés, des fournisseurs, des clients, ... qui s'exprime conventionnellement via un contrat, qu'il soit explicite ou implicite, donnant lieu à la livraison d'une marchandise ou à la prestation d'un service dans des conditions librement acceptées par les parties, établissant ainsi les conditions portant sur ladite opération économique. Il s'avère que des désaccords peuvent naître de la conclusion, de l'exécution ou de la résolution de ces opérations économiques ; des différends conduisant, le cas échéant, à un contentieux se formant par un ensemble de procès se rapportant au même objet, sur un ou des éléments faisant l'objet d'un désaccord, notamment juridique entre les opérateurs. Autrement dit, ***le contentieux caractérise une procédure destinée à faire juger un litige, une querelle portée devant les tribunaux ; le contentieux économique visant, en particulier, les désaccords touchant aux opérations économiques de l'entreprise.*** Le contentieux économique, c'est à dire le « différend qui divise les sujets de droit sur le règlement de leurs intérêts »²⁸, vient à naître dès lors que les contractants font des erreurs ou se comportent stratégiquement en profitant des lacunes ou des imprécisions du contrat lors de son exécution, ou bien parce que les parties au contrat n'ont pas internalisé l'ensemble des intérêts des agents économiques réellement ou prétendument concernés par l'exécution²⁹. Par conséquent, « *les conditions d'émergence de contentieux sont essentiellement de deux types : information insuffisante sur l'ensemble des états de la nature présents et futurs et coûts de transaction (auxquelles) il faudrait y ajouter le manque de rationalité des agents économiques, mais la théorie économique est basée sur des axiomes très restrictifs de rationalité. La combinaison des*

²⁸ Voir sur ce point que : le différend est « non encore porté devant le juge. Cf. G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Presses universitaires de France, 1996, n°7, p. 44 ; Il divise des sujets de droit : Le différend doit être d'ordre juridique. Ibid., n°7, p. 41. « Le litige apparaît lorsqu'un obstacle vient s'opposer à une prétention ». Cf. Ph. THERY, *Le litige en droit judiciaire privé. Petits exercices de procédure élémentaire*, in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès*, Éditions Dalloz, 2010, n° 2, p. 854 ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Op. cit., n° 2, p. 4. Mais le litige ne naît pas uniquement d'une opposition entre deux prétentions ayant un caractère juridique » ; dans : E. DEIRMENDJIAN, *La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile*, Université de Toulon 2012.

²⁹ C. CRAMPES, *Principes économiques du traitement des contentieux*, LGDJ, *Droit et économie*, 2010, p.157-166.

coûts de transaction et des lacunes informationnelles explique pourquoi il est impossible de rédiger des contrats complets, mais aussi pourquoi le droit est, par nature, incomplet » ; et puisque les contrats sont incomplets, ils donneront nécessairement naissance à des différends³⁰. Il en résulte que le contentieux économique, sa gestion et son traitement, sont des éléments essentiels de la gouvernance juridique des petites et moyennes entreprises puisque « *la gestion des conflits et leur résolution sont devenues des actes majeurs de la vie des entreprises (; ces dernières cherchant) de plus en plus à privilégier les solutions rapides et stables* »³¹. Dans cet objectif, il existe de nombreux moyens à disposition des petites et moyennes entreprises pour mettre en œuvre une stratégie de lutte contre le contentieux économique, que ce soit en envisageant des techniques de gestion et de prévention de survenance des risques juridiques, qu'en cas de réalisation desdits risques et de survenance d'un litige, en exploitant les opportunités des outils de traitement déjudiciarisé de règlement des différends. Si les désaccords constituent le corollaire inévitable, bien que minimisable, des opérations économiques, émergeant naturellement dans toutes les organisations économiques et sociales, « *ils perturbent le bon déroulement des affaires* » puisqu'à cause « *de ses coûts, de ses délais et de son imprévisibilité, le recours aux tribunaux constitue une offre de justice ultime qui convient aux litiges d'importance lorsqu'ils sont absolument inévitables. Par contre, dans le monde des affaires, il importe, dans la mesure du possible, d'éviter les différends ou tout au moins de les résoudre rapidement et efficacement afin d'empêcher qu'ils s'enveniment* »³². Ainsi, l'intégration d'une politique de gestion des risques juridiques a vocation à prévenir la survenance de différends et ainsi lutter contre le contentieux économique, notamment en évitant la mise en œuvre de la responsabilité de l'entreprise qui s'accroît, « *les organisations (ayant) progressivement pris conscience que le coût de la réparation des dommages dont elles étaient victimes ou qu'elles avaient causés, pouvait compromettre leur survie* »³³.

³⁰ C. CRAMPES, *Principes économiques du traitement des contentieux*, Op. cit.

³¹ N. CHAPPE, *Non-exécution du contrat : le choix de l'arbitrage*, in *Revue d'économie industrielle*, 15 septembre 2010, n°131, p. 9 et s.

³² C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, *Collection CÉDÉ*, 2011.

³³ F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Paris, Organisation, 2006.

Les PME et la Justice.

Il advient que « *l'aspiration à la justice est universelle, et se trouve depuis l'origine des temps au cœur des préoccupations : sans même parler de la justice divine, celle de l'homme occupe les esprits et nourrit les discussions. Et du fait de cette importance, si l'on risque la paraphrase, la part de la justice dans l'angoisse contemporaine ne paraît pas négligeable (; un) constat, largement reçu, (qui) ne saurait étonner et se nourrit également de la diversité des sens que recouvre le terme de justice : la justice est à la fois idéal, finalité et institution* »³⁴. Alors que la Justice, fonction souveraine de l'État, est dû à tous les sujets de droit, tant les personnes physiques que les entités morales dotées de la personnalité juridique, il s'avère que « *91% des français estiment que notre système judiciaire est compliqué à comprendre* ». Un sentiment de défiance émane, notamment, des dirigeants d'entreprise pour lesquels la normalisation est source d'insécurité pour l'organisation et de complexité dans sa compréhension et son application concrète aux opérations économiques. Dans la réalité des politiques de réglementation, « *les contraintes sociales ne sont supportables et efficaces que parce qu'elles ont un sens légitime aux yeux des individus* »³⁵ et ne peuvent être dénuées de contexte, devant s'accompagner d'enjeux économiques ou sociaux, pour l'entreprise.

Si « *rendre la justice n'est que la seconde dette de la société, proclamait le 7 juillet 1790 à l'Assemblée Constituante, Joseph Prugnon. 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* »³⁶. Renouvelant cette philosophie après de nombreuses années de judiciarisation, la Commission Guichard et les groupes de travail qui ont succédé autour de la question de la Justice du XXIème siècle posent les jalons d'une « *démocratie procédurale* » remplaçant une « *démocratie des individus* »³⁷ « *où, tout en réaffirmant le droit fondamental de toute personne au procès équitable (article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme), chacun*

³⁴ D. COHEN, *Justice publique et justice privée*, Association de philosophie du droit, 1997, n°41, p. 149 et s.

³⁵ G. BAJOIT, *Le changement social*, A. Collin, Paris, 2003.

³⁶ ASSEMBLEE NATIONALE, *Séance du 21 juin 1850*, Assemblée Nationale, 1850.

³⁷ S. GUINCHARD, *Vers une démocratie procédurale*, in *Justices*, Nouvelle série, 1991, Vol. 1, p. 91.

est convié à conduire sa vie et être associé à toutes les décisions qui le concernent »³⁸. Une philosophie qui se traduit, notamment en matière de contentieux économique, par une responsabilisation, une autonomisation des acteurs économiques quant à la résolution de leurs différends et à la pacification de leurs rapports économiques et sociaux. Le phénomène de responsabilisation juridique des entreprises vient s'inscrire dans un contexte, à la fois de crise, et intervenants pour y répondre de nombreuses réformes proposant des mutations profondes du système judiciaire français et de la procédure civile. Dans ce contexte économique et social en demande d'individualisation, et d'un monde des affaires mondialisé de plus en plus technique, spécialisé et nécessitant des décisions rapides ; la justice étatique traditionnelle, gouvernée par une structure légaliste globale, des dispositions générales et peinant à répondre, en raison de son engorgement, par une décision juridique impérative, dans des délais adaptés, à la particularité de chaque situation opposant des intérêts privés, et donc aux besoins des entreprises modernes.

En réponse à la *crise de la Justice*, les réformes tendent à transformer la vision traditionnelle du système judiciaire en opérant de profondes mutations dans la conception du procès civil. Dans ce sens, il est possible de souligner une évolution des symboles de la justice puisque « *si l'allégorie de la Justice bénéficie d'une certaine permanence dans sa signification, il se dessine néanmoins une évolution concernant ses symboles qui laisse peut-être augurer une autre façon d'appréhender le rituel du procès* », notamment à travers : (1) le glaive qui, autrefois, signifiait le moyen permettant de mettre en œuvre les peines corporelles et de servir la justice privée et qui, aujourd'hui, représente une arme de décision, la puissance de la décision du juge, qu'il soit étatique ou privé ; (2) la balance, considérée comme l'affirmation de l'équité de la Justice, devient le symbole du risque pris par une entreprise hasardeuse ; (3) ensuite, alors que la Justice est souvent représentée avec les yeux bandés pour montrer l'impartialité du juge, elle est désormais représentée avec les yeux ouverts, telle qu'elle apparaît dans l'allégorie de Raphaël dans une des *Stanza della Signatura* du musée du Vatican, pour affirmer l'exigence d'efficacité eu égard aux décisions judiciaires et arbitrales aux fins de rendre une justice sur mesure³⁹.

³⁸ A. GARAPON, *Le gardien des promesses : le juge et la démocratie*, Paris, O. Jacob, 1996.

³⁹ E. DEIRMENDJIAN, *La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile*, Université de Toulon, 2012.

Une résolution du contentieux économique de l'entreprise qui s'entrevoyait désormais à l'aune d'une Justice directe remettant le glaive entre les mains des acteurs économiques, via une balance entre la conciliation des intérêts privés et un cadre juridique d'appui, pour une justice sur mesure par l'entreprise et pour l'entreprise. Une autre façon d'appréhender le procès civil qui évolue au prisme de la responsabilisation des acteurs économiques dans leur rapport au droit et à la Justice, ces derniers ne sont plus simplement passifs et victimes de leur environnement juridique, mais acteurs de celui-ci en l'incorporant pour en maîtriser les enjeux et gérer les risques juridiques qu'il véhicule. En effet, l'heure est à l'individualisation⁴⁰, ce qui se traduit pour les entreprises en matière de contentieux économique par l'assimilation de la règle de droit dans les stratégies de l'entreprise, ainsi que l'apport de solutions personnalisées et adaptées en contradiction avec la généralité et la complexité de « l'édifice juridico normatif » dans lequel évoluent les organisations. Les dernières réformes en matière judiciaire favorisant l'autorégulation juridique des entreprises, celle-ci étant constitutive d'un « *management des organisations par l'implication des acteurs* » en substitution des institutions juridictionnelles traditionnelles, avec la volonté d'améliorer le système judiciaire français et aux fins de bâtir une justice dite du XXIème siècle.

La responsabilisation juridique des PME.

La gouvernance par la responsabilisation doit s'entendre dans un champ d'application conjuguant différentes composantes tenant respectivement à la responsabilisation en tant qu'intégration de « mœurs » éthiques et morales dans l'organisation, ainsi que dans sa définition juridique traditionnelle ayant vocation à engager la responsabilité de l'entreprise ou de ses parties prenantes. Dans ce sens, « *le principe de la responsabilité qui consiste à répondre de ses actes devant l'autre connaît des adaptations très diverses, tantôt comme responsabilité juridique exerçant une contrainte normative coercitive, tantôt comme mécanisme économique,*

⁴⁰ D. SALLES, *Environnement : la gouvernance par la responsabilité ?*, in VertigO, 9 novembre 2009, n°6.

*tantôt comme impératif moral*⁴¹, *tantôt comme mécanisme de gouvernabilité* »⁴². Dans ce contexte de régulation contentieuse par les acteurs économiques, l'objectif est d'analyser l'impact de la responsabilisation juridique sur la gouvernance des PME, et notamment sur les outils juridiques qui se développent en réponse à cette responsabilisation, pour mettre en place un système de gestion juridique de l'entreprise permettant d'éviter et de traiter les risques liés au contentieux économique. En effet, « *à l'heure du réchauffement climatique, des scandales financiers à répétition, des controverses sur les comportements contraires à l'éthique des dirigeants d'entreprises et de la globalisation des échanges marchands, peu de personnes doutent encore du fait que l'entreprise, en tant qu'organisation localisée au cœur des changements économiques et sociaux contemporains constitue une affaire de société* »⁴³. S'il s'avère qu'il « *faut éclairer l'histoire par les lois et les lois par l'histoire* »⁴⁴, l'entreprise « post-moderne » ne peut plus se contenter d'obligations légales et économiques en s'affranchissant de son environnement mais doit l'intégrer à sa gouvernance juridique pour prévenir les dommages et risques potentiels qu'impliquent les buts de l'organisation, mais également d'être confrontée à des litiges naissant de cet environnement, et donc à des risques, et aux risques qu'il comporte, de contentieux économique. Ainsi, le terme de responsabilisation doit s'entendre en tant qu'acception, non d'infantilisation des acteurs économiques, mais bien d'une reconnaissance en tant qu'acteurs à part entière du système judiciaire, et non seulement des parties passives de la décision qui leur sera imposée, par une volonté de participation accrue de ces derniers dans la résolution de leurs différends. Une participation directe privilégiée des acteurs économiques dans la résolution de leurs litiges permettant ainsi aux petites et moyennes entreprises d'accéder à des instruments juridiques d'évitement du contentieux économique au sens traditionnel du terme, entendu du procès civil classique devant les tribunaux étatiques établis par la loi. Il est

⁴¹ H. JONAS et J. GREISCH, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, in *Revue Philosophique de la France Et de l'Étranger*, Champs, 1999, Vol. 1, n° 189.

⁴² O. COSTA et N. JAKBO et C. LEQUESNE et P. MAGNETTE, *La diffusion des mécanismes de contrôle dans l'Union Européenne : vers une nouvelle forme de démocratie ?*, in *Revue française de science politique*, 2001, Vol. 51, n° 6, p. 859 et s.

⁴³ J.P. GOND et J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, Presses universitaires de France, 2008.

⁴⁴ C. DE SECONDAT, *De l'esprit des lois*, 1748.

ainsi possible d'entendre ce phénomène de responsabilisation à travers deux axes qui s'entendent d'une autonomisation par une résolution directe et coopérative de ses différends par l'entreprise pour une justice participative et restaurative plutôt que régaliennne et impérative d'une part. Mais également dans le sens juridique du terme, les dernières réformes législatives contraignant l'entreprise à intégrer ce phénomène de responsabilisation dans sa gouvernance juridique par l'obligation de mise en œuvre d'un plan de vigilance dont le manquement peut engager sa responsabilité, ainsi qu'à envisager obligatoirement le recours à une procédure de Justice participative préalablement à toute saisine des institutions juridictionnelles.

Les conséquences de la responsabilisation sur la gouvernance juridique des PME.

Les dirigeants-entrepreneurs de petites et moyennes entreprises considèrent bien souvent, et cela à tort, que leur entreprise ne se prête pas à tel ou tels instruments juridiques, que ce soit par manque de temps pour s'y intéresser ou pensant simplement que la taille, les moyens et l'organisation de l'entreprise ne justifie pas, ou ne permet pas, leur mise en œuvre. Le dirigeant-entrepreneur se retrouvant au final, faute d'anticipation, à gérer la survenance d'une situation dangereuse, mettant la pérennité de l'entreprise en jeu, par la réalisation d'un risque juridique qui aurait pu être évité. L'enjeu de cette contribution étant d'apporter un soutien aux petites et moyennes entreprises en matière de gouvernance stratégique d'évitement du contentieux économique en leur fournissant un guide d'outils mobilisables dans la prévention des risques juridiques éventuels et, le cas échéant, dans l'hypothèse de la réalisation d'un risque, pour le traitement déjudiciarisé de la résolution des litiges au prisme de la problématique suivante :

Par quels mécanismes la responsabilisation des acteurs économiques prône-t-elle la mise en œuvre d'une gouvernance juridique permettant aux petites et moyennes entreprises d'éviter le contentieux économique ?

Dans l'idée que « *leur environnement juridique doit contribuer à mettre en place des conditions qui soient favorables à l'essor des PME, notamment en facilitant l'accès aux diverses sources de financement, en établissant des règles de gouvernance adaptées à leur réalité, en assurant la sécurité et la prévisibilité dans leurs relations contractuelles et en protégeant leurs droits* »⁴⁵. Pour cela, loin de prétendre à l'exhaustivité, le sujet sera traité à partir de plusieurs postulats au prisme de l'idée générale que la responsabilisation juridique des entreprises, que ce soit par la gestion ou par le traitement autonome du contentieux économique, lui permet d'évoluer et de se développer de manière durable et pérenne, dans un environnement juridique favorable à son essor. Le contexte de responsabilisation des acteurs économiques permet aux petites et moyennes entreprises de mettre en place d'une part, une gouvernance de lutte contre

⁴⁵ C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, Collection CÉDÉ, 2011.

le contentieux économique à travers l'obligation de mise en œuvre d'une politique de prévention des risques juridiques et de mesures d'atténuation et de résorption. Une gouvernance de gestion des risques juridiques permettant d'éviter le contentieux en anticipant la survenance des risques qui pèsent sur l'entreprise et son dirigeant, mais également en prévenant la responsabilité de l'organisation pour manquement à l'obligation de vigilance en elle-même. D'autre part, la déjudiciarisation conduit les moyennes et petites entreprises à repenser leur gouvernance du contentieux économique par l'exigence d'une tentative de résolution amiable des différends ainsi que par l'opportunité de recourir à une justice privée par les modes amiables et alternatifs de résolution des différends qui regorgent d'enjeux. En conséquence, il sera question, dans une première partie de la responsabilisation des petites et moyennes entreprises dans le cadre de la prévention du contentieux économique par l'anticipation des litiges pouvant affectés l'entreprise et ses parties prenantes. Ensuite, dans le cadre d'une seconde partie, dès lors que le risque juridique s'est réalisé, et que le litige est né, il s'agira d'explorer le phénomène de déjudiciarisation du système judiciaire et de la responsabilisation des acteurs économiques dans le traitement de leur contentieux économique par le développement d'outils juridiques privés de résolution des différends mis à disposition des petites et moyennes entreprises.

Il en résulte qu'en matière de gouvernance juridique de lutte contre le contentieux économique, le processus de responsabilisation trouve sa traduction concrète par **un mouvement de réforme du système judiciaire promouvant la mise en place d'une politique de prévention des risques de l'entreprise** (1^{ère} hypothèse) ainsi que par **un mécanisme de désétatisation, via un double phénomène de déjudiciarisation et de privatisation, de la résolution des différends économiques de l'entreprise** (2nde hypothèse).

**PARTIE 1: L'EVITEMENT DU CONTENTIEUX ECONOMIQUE PAR LA
GOUVERNANCE RESPONSABLE DES RISQUES JURIDIQUES DE
L'ENTREPRISE**

**PARTIE 2: L'EVITEMENT DU CONTENTIEUX ECONOMIQUE PAR LA
DESETATISATION DE LA RÉSOLUTION DES DIFFERENDS DE
L'ENTREPRISE**

PREMIÈRE PARTIE :

**L'EVITEMENT DU CONTENTIEUX
ECONOMIQUE PAR LA GOUVERNANCE
RESPONSABLE DES RISQUES JURIDIQUES DE
L'ENTREPRISE**

« Tout l'art est de transformer l'image préconçue de la gestion contentieuse comme un mode administratif de résolution des différends en une vision stratégique, en une arme préventive, dissuasive, efficace, source de réussite et de force pour l'entreprise »
(D. BARATANGE)⁴⁶.

Le 27 mars 2017 a été adoptée en France une loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre⁴⁷ qui fait couler beaucoup d'encre en ce qu'elle vient consacrer la responsabilisation de certaines entreprises quant aux risques que leurs activités font peser sur leur environnement et vient les contraindre à adopter une gestion de ces risques par des politiques d'identification et d'atténuation de ces derniers. Néanmoins, avant d'aborder l'application, autrement dit les procédés de management des risques et les conséquences potentielles pour l'entreprise en cas de défaillance ; il est nécessaire d'observer que le principe d'introduction d'une politique de gestion des risques au sein de la gouvernance des organisations pour la préserver de l'impact d'un risque juridique de contentieux économique n'est pas né avec la loi relative au devoir de vigilance. En réalité, la loi est simplement venue consacrer une responsabilisation qui s'opère de longue date, notamment issue des réflexions soulevées par l'intelligence juridique puis par la responsabilité sociale des entreprises, au cœur des mutations économiques et sociales de la gouvernance des organisations. Des sujets qui ont vu le jour en raison de la multiplication des facteurs de risque ayant attiré à l'environnement respectif de chaque entreprise, tantôt en raison de la complexification juridique de la société, tantôt par les difficultés que peuvent apporter l'internationalisation des relations commerciales. Les facteurs de risques se développant, la question de la prévention de ces risques pour préserver l'entreprise de la survenance d'un contentieux économique, et de ses conséquences immanquablement néfastes, s'est développée également en parallèle.

⁴⁶ D. BARATANGE, *Gestion du contentieux dans l'entreprise*, Le Monde du Droit, 2012.

⁴⁷ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JOFR, 28 mars 2017, n° 0074.

**TITRE 1: LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILISATION PAR LA
GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE**

**TITRE 2: L'APPLICATION DE LA RESPONSABILISATION PAR LA
GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE**

TITRE 1^{ER} : LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE

La responsabilisation des entreprises dans la gestion de leur contentieux économique commence par l'anticipation de leur apparition et donc, par la prévention des sources de conflits entre l'entreprise et son environnement. Pour cela, les petites et moyennes entreprises doivent nécessairement se préoccuper des « risques juridiques » constitutifs de leur environnement afin de pouvoir les appréhender et les prévenir dans le cadre d'une politique de prévention intégrée à la gouvernance de l'entreprise. Une préoccupation qui, si l'entreprise ne s'en saisit pas elle-même, viendra à l'entreprise, avec toutes les conséquences négatives que cela peut représenter, en raison de la multiplication des facteurs de risques juridiques et de l'ampleur sociale et juridique du phénomène de la gestion par la prévention. En effet, face au développement de la responsabilité sociale des entreprises et du développement d'un véritable tissu normatif en la matière, dernièrement consacré par la loi relative au devoir de vigilance, les acteurs économiques sont contraints de prendre le train en marche et de s'intéresser aux enjeux d'une gouvernance par la gestion des risques juridiques. Une politique de prévention qui mérite de s'appliquer, en amont de toute mise en œuvre, à la définition des notions de « risque juridique » et de « management des risques » à intégrer à la gouvernance de l'entreprise afin d'appréhender correctement le contenu des obligations et des opportunités de prévention qu'elles peuvent constituer pour l'organisation. Les petites et moyennes entreprises disposant d'une relation commerciale établie avec une entreprise donneuse d'ordre ou dépendant du contrôle d'une société mère doivent dorénavant obligatoirement mettre en œuvre un plan de vigilance en matière de droits humains et libertés fondamentales, de santé et sécurité des personnes et d'environnement. Mais celles-ci peuvent également saisir l'occasion de se prémunir de manière générale de tous les risques pouvant affecter l'entreprise et l'entrepreneur, afin de fortifier leur « bouclier de prévention anti-contentieux ».

**CHAPITRE 1 : LES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILISATION PAR LA
GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE**

**CHAPITRE 2 : LE DOMAINE DE LA RESPONSABILISATION PAR LA
GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE**

CHAPITRE 1^{ER} : LES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE

La vie d'une entreprise n'est pas un long fleuve tranquille, celle-ci et son dirigeant, évoluent dans un environnement juridique, économique et social complexe et risqué qui peut mettre en péril les activités et la pérennité de l'organisation. Pour faire face à des risques juridiques en perpétuels évolutions, et qui connaissent une augmentation fulgurante en raison de nombreux facteurs multiplicateurs, l'entreprise ne peut échapper à la notion de prévention des risques juridiques et des enjeux qu'ils comportent, notamment en termes d'anticipation de conflits, donc de contentieux économique et, en fin de compte, de développement durable de ses activités et de sécurité économique de l'organisation dans son ensemble. Une sensibilisation à la prévention des risques juridiques d'autant plus pressante que le management des risques de l'entreprise est devenu en l'espace de quelques années un véritable phénomène tenant à plusieurs facteurs. D'une part, l'information juridique constitue un patrimoine pour l'organisation source de valeur économique sur un marché concurrentiel toujours plus féroce ; d'autre part, la responsabilisation sociale des entreprises exhortent prestement les acteurs économiques à prendre en compte l'impact de leurs activités sur leur environnement et d'intégrer toutes les parties prenantes aux décisions stratégiques de l'entreprise. Un phénomène de responsabilisation des entreprises par la gouvernance des risques juridiques largement conforté par divers mécanismes de normalisation aidant l'entreprise à adopter un management de conformité vis-à-vis de minimas juridiques et sociaux. Mais également une densification législative et réglementaire contraignant les entreprises à prévenir les risques issus de leurs activités au cas par cas en fonction des risques d'abord, puis tout récemment de manière globale par la consécration du devoir de vigilance.

**SECTION 1 : LA PRÉOCCUPATION DE LA GOUVERNANCE DU RISQUE
JURIDIQUE PAR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES**

**SECTION 2 : LE PHÉNOMÈNE DE RESPONSABILISATION DE
L'ENTREPRISE PAR LA GOUVERNANCE DE SES RISQUES JURIDIQUES**

SECTION 1^{ÈRE} : LA PRÉOCCUPATION DE LA GOUVERNANCE DU RISQUE JURIDIQUE PAR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

Pourquoi se préoccuper des risques juridiques dans la gestion de son entreprise ? Pour quoi mettre en place une gouvernance des risques juridiques au sein des petites et moyennes entreprises ? Face à la multiplication des facteurs de risques due à la complexification de l'environnement juridique des PME, les dirigeants ne peuvent plus raisonnablement ignorer ces interrogations afin de protéger leur entreprise des conséquences d'un manque de prévention ou de la survenance d'un risque, et principalement d'éviter le contentieux économique en anticipant et résolvant les risques de conflit.

PARAGRAPHE 1^{ER} : LA MULTIPLICATION DES FACTEURS DE RISQUES JURIDIQUES POUR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

L'exposition des petites et moyennes entreprises aux risques juridiques s'accroît en raison de l'insécurité juridique tenant à l'expansion perpétuel de leur environnement juridique, que ce soit par la complexification juridique interne qui multiplie les sources de réglementation et de recours contre l'entreprise, ou encore par le déplacement international des frontières juridiques de l'entreprise à l'échelle planétaire.

I. LES CONSÉQUENCES DE LA COMPLEXIFICATION JURIDIQUE SUR LES PME

La juridisation et la judiciarisation des rapports sociaux traduisent deux phénomènes juridiques distincts sources de risque de contentieux pour l'entreprise par l'insécurité juridique qu'ils génèrent et contraignent les petites et moyennes entreprises à prendre des mesures de vigilance pour prévenir les risques juridiques.

A. LA JURIDISATION DES RELATIONS SOCIALES DES PME

En retenant une large définition, le droit et la loi font synonymement référence aux diverses règles organisant la vie en société⁴⁸ par une codification de l'action publique permettant la qualification de situations pour lesquelles une intervention est légitime et auxquelles sont attachés des droits et des devoirs⁴⁹. De nombreux auteurs notent une inflation normative telle que « *l'ensemble des activités sociales, des plus anodines aux plus importantes, font (dorénavant) l'objet d'un véritable maillage normatif* »⁵⁰. Une explosion législative qui tient à plusieurs facteurs concomitants de mutations sociales recomposant la société tant sur le volet macro-social que microsocial. Ces facteurs traduisent l'éclatement du droit aboutissant à une production normative accrue ainsi qu'à la modification du processus de production normatif promouvant une législation individualisée et particulière à chaque situation plutôt qu'un cadre général collectif.

En effet, « *avec le déclin de l'audience des grandes philosophies anti-juridiques que sont notamment le marxisme et le nietzschéisme* »⁵¹ et la reconnaissance de la personne comme sujet de droit comportant une individualité, le droit est de plus en plus technique, procédural et spécialisé dépassant depuis longtemps la sous-division tripartite classique relevant soit du privé, du public ou du pénal. Le droit privé contemporain, par exemple, « *englobe une multitude de droits privés spéciaux qui n'ont aucune unité conceptuelle ou dogmatique* »⁵². Une normativité spécialisée résultant fortement de l'influence du marché et des activités gestionnaires de nos sociétés qui en découlent, nécessitant une différenciation technique et spéciale des espaces sociaux et donc des cadres juridiques divers pour répondre à chaque situation différenciée⁵³.

⁴⁸ DIRECTION DE L'INFORMATION LÉGALE ET ADMINISTRATIVE. *Qu'est-ce que le droit et la loi?* 2012, <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/justice/definition/application-lois/qu-est-ce-que-droit-loi.html>.

⁴⁹ R. LAFORE, *La juridicisation des problèmes sociaux : la construction juridique de la protection sociale*, Informations sociales, 2010, Vol. 157, n°1, p 18 et s.

⁵⁰ E. PRAIRAT, *De la déontologie enseignante : valeurs et bonnes pratiques*, 2014.

⁵¹ E. PRAIRAT, Op. Cit.

⁵² G. TEUBNER, *Et Dieu rit, Indétermination, autoréférence et paradoxe*, Archives de philosophie du droit, 1989, Vol. 34, p. 285.

⁵³ J.L. GENARD, *Les dérèglements du droit*, Bruxelles, Éd. Labor, 2000, p. 35.

Une forte spécialisation juridique qui impacte le processus de production normatif, et vice-versa, désormais marqué par une forte décentralisation qui se traduit pour les entreprises par la contractualisation massive des rapports sociaux. Un processus normatif délégué, par exemple en matière de droit social, aux acteurs économiques sur deux niveaux, par la négociation collective d'une part, et la contractualisation des relations individuelles d'autre part. En effet, sous l'égide de la sociologie des mobilisations qui a construit les causes collectives par le recours au droit, « *l'État décentralise la production des normes, et délègue aux « partenaires sociaux » le soin de produire le droit, en réaménageant les relations entre lois et négociations* »⁵⁴ appelant à négocier des règles de tout ordre directement au sein de l'entreprise. De manière individuelle, la juridisation s'exprime à travers l'outil juridique du contrat de travail représentant « *à la fois le produit et le facteur du changement de relations salariales de plus en plus marquées par une forme de juridicisation qui s'appuie sur le développement du contrat en tant qu'outil de gestion des ressources humaines et figure juridique permettant de régler les litiges du travail* »⁵⁵.

Il en résulte qu'entre l'inflation législative issue du processus normatif traditionnel qui se développe de manière exponentielle sous l'influence de la spécialisation juridique, et la juridisation contractuelle des rapports sociaux, qu'elle soit collective ou individuelle, l'entreprise évolue dans un environnement juridique particulièrement complexe et instable. Un contexte source de risques juridiques, notamment pour les petites et moyennes entreprises ne disposant pas nécessairement de fonction juridique ni des moyens financiers pour disposer d'une gestion juridique continue externalisée. En effet, « *la réglementation peut constituer un fardeau qui risque de freiner la productivité, l'efficacité et l'innovation au sein des PME* » et « *c'est la permanence et la stabilité des normes qui produisent de la sécurité en rendant précisément les comportements réguliers et, au-delà, le futur tendanciellement prévisible* »⁵⁶. Il advient que ce phénomène de juridisation des rapports sociaux complexifie la gestion de l'entreprise et devient

⁵⁴ J. PELISSE, *Judiciarisation ou juridicisation ? : Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail*, in Politix, 2009, Vol. 86, n° 2, p. 73.

⁵⁵ J. PELISSE, *Judiciarisation ou juridicisation ? : Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail*, Op. Cit.

⁵⁶ C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, Collection CÉDÉ, 2011.

une source de risque juridique. L'évolution perpétuelle de l'environnement juridique créant un contexte d'instabilité et de difficulté de mise en conformité juridique de l'entreprise vis-à-vis de la réglementation l'exposant à une insécurité juridique. Une source de risque qu'il est nécessaire pour l'organisation d'anticiper par la mise en œuvre d'un plan de vigilance permettant de suivre l'évolution des réglementations et de prévenir l'application de réglementations nouvelles en s'informant continuellement des tendances juridiques. « *Il importe de noter (également) que cette inflation des normes accroît mécaniquement les recours car il devient toujours possible de s'appuyer sur une disposition légale pour en contester une autre* »⁵⁷.

B. LA JUDICIARISATION DES RELATIONS SOCIALES DES PME

« *Quand on parle de judiciarisation, on désigne à la fois une pratique du droit et un phénomène de société* » traduisant tout à la fois une application classique du droit empreint d'une valeur régulatrice concernant le respect des règles lorsqu'un individu commet une faute ; mais également, une utilisation instrumentalisée promouvant un recours systématique à des solutions juridiques⁵⁸. Dans les deux cas, le justiciable remet à une juridiction le contrôle d'une situation⁵⁹ en usant du droit comme un moyen d'atteindre ses fins, cherchant à obtenir une réparation à un dommage et/ou une condamnation. Cette distinction substantielle du phénomène de judiciarisation comporte une signification culturelle et sociale traduisant un tournant vers une vie démocratique directe et des aspirations sociales individuelles par la recherche systématique de solutions juridiques, à défaut d'autres solutions, où le droit apparaît comme une opportunité de revendication de justice que l'État est appelé à garantir.

« *De manière générale, (...) l'institution juridique est de plus en plus perçue et de plus en plus utilisée sur le mode instrumental. (...) Cela se vérifie chaque jour dans la multiplication des utilisations simplement stratégiques du droit (que ce soit à l'encontre) des intuitions de justice, par exemple au travers de stratégies de retardement visant à décourager la partie adverse ou à bénéficier de la prescription (et) au travers de stratégies d'épuisement à l'infini*

⁵⁷ PRAIRAT, *De la déontologie enseignante : valeurs et bonnes pratiques*, 2014.

⁵⁸ M. CASTILLO, *Le phénomène de judiciarisation*, IHEDN et INHESJ, 2012.

⁵⁹ Juridisation. *Encyclopaedia Universalis*, Paris, S.A., 2002.

des recours, de sorte que la portée des décisions finales se trouve totalement désactivée par rapport à l'attente de réconciliation portée par les plaintes initiales »⁶⁰. Ou encore, au-delà des stratégies procédurales, directement au cœur des interactions sociales faisant du droit « *une maxime d'action d'avantage présente dans le quotidien des relations et la conflictualité qui s'y loge* »⁶¹ et étant « *de plus en plus souvent mobilisé à des fins stratégiques obéissant à des logiques opportunistes (calcul coûts-bénéfices) de la part des justiciables* »⁶². Par ailleurs, « *la prolifération des pratiques juridiques, écrit Jean-Louis Genard, doit sans doute, pour partie, être mise en relation avec un élément rarement analysé – à savoir, l'accroissement considérable de l'offre professionnelle* »⁶³. En effet, « l'augmentation du nombre des saisines des tribunaux, aussi bien en matière civile qu'en matière pénale, l'explosion du nombre de lois votées chaque année, l'augmentation régulière du nombre des avocats inscrits au barreau, le gonflement des effectifs des étudiants en droit, la flambée du nombre des journaux juridiques ou pseudo-juridiques, l'accroissement du nombre des fictions judiciaires à la télévision, le surtraitement des affaires judiciaires dans la presse d'actualité, le développement du nombre des congrès professionnels et colloques consacrés en tout ou partie aux problèmes juridiques, y compris dans des professions éloignées de ce secteur d'activité »⁶⁴ sont autant de facteurs illustrant la judiciarisation par l'accroissement de l'activité juridique professionnelle ainsi qu'un processus de « *surconsommation* »⁶⁵ des instruments juridiques.

« *On assisterait (donc), selon de nombreux économistes, hauts-fonctionnaires ou experts, à une « explosion » et une « montée inexorable du contentieux », à « une multiplication des recours juridiques » et une « intervention grandissante des tribunaux », à des*

⁶⁰ J.L. GENARD, *Les dérèglements du droit*, Bruxelles, Éd. Labor, 2000, p. 13.

⁶¹ J. PELISSE, *Judiciarisation ou juridicisation ? : Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail*, in *Politix*, 2009, Vol. 86, n° 2, p. 73.

⁶² E. PRAIRAT, *De la déontologie enseignante : valeurs et bonnes pratiques*, 2014.

⁶³ H. ARENDT, *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, coll. « Folio Essais », 1991, p. 133.

⁶⁴ D. BARELLA, *La machine infernale de la judiciarisation*, in *Constructif*, février 2005, http://www.constructif.fr/bibliotheque/2005-2/la-machine-infernale-de-la-judiciarisation.html?item_id=2611.

⁶⁵ E. PRAIRAT, *De la déontologie enseignante : valeurs et bonnes pratiques*, 2014.

*comportements de plus en plus procéduriers, bref, à un « phénomène de judiciarisation »*⁶⁶. Une judiciarisation qui impact les entreprises sur différents points, notamment les petites et moyennes entreprises moins sensibilisées à l'aspect juridique de la gestion, en faisant peser un spectre de société contentieuse⁶⁷ sur l'organisation. Une forme de pression sociale juridique produisant une multiplication de situations à effet contentieux sources de difficultés supplémentaires par l'augmentation des risques pour les entreprises. En effet, les exemples ne manquent pas et se multiplient : « 25 000 euros après une glissade dans un Brico sur une flaque d'huile ; 23 000 euros d'un Centre Leclerc après un accident dû à un grain de raisin, et encore 23 000 euros d'un Carrefour après qu'une femme de soixante-dix ans s'est fracturé le col du fémur à cause d'une feuille de salade oubliée »⁶⁸. Dans un contexte où « *la société moderne est devenue une société du risque, dans le sens où elle s'emploie toujours plus à débattre des risques qu'elle a elle-même engendrés, à les prévenir et à y faire face* »⁶⁹, l'entreprise doit se prémunir. Une accentuation nécessaire de la protection des entreprises pour « ne pas risquer le risque » qui se traduit notamment par une multiplication des garanties contractuelles, les contrats étant de plus en plus volumineux ; une multiplication des conseils en matière de gestion des risques juridiques représentant des coûts d'autant plus élevés pour l'entreprise ; ainsi que l'intégration d'un coût supplémentaire du risque juridique dans les prestations souscrites par les entreprises

⁶⁶ Cette collection de citation est effectuée par E. SERVERIN et J. VALENTIN, *L'évaluation du droit du travail à partir de son contentieux*, in J. AFFICHARD, A. LYON-CAEN, *L'analyse économique du droit du travail*, rapport IPEC/DARES, 2008. Sont cités, respectivement, G. NAULIN, *Prévention et résolution des conflits du travail*, Conseil économique et social, 1998 — M. VIRVILLE, *Pour un code du travail plus efficace*, rapport au ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité, 2004 — P. CAHUC et F. KRAMAZ, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle*, rapport au ministère de l'Économie, 2004 — M. CAMDESSUS, *Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, rapport au ministère de l'Économie, 2004 — CONSEIL D'ORIENTATION POUR L'EMPLOI, *Rapport d'étape sur la sécurisation et la dynamisation des parcours professionnels*, 2007.

⁶⁷ A. AZZI, *On sollicite le juge parce qu'on n'est plus capable de régler en interne les conflits, par la négociation*, in *La semaine juridique*, Édition générale, 13 mars 2017, n° 11.

⁶⁸ F. PLOQUIN et E. MERLEN, *Secrets d'avocats*, 2012.

⁶⁹ U. BECK, *La société du risque*, in *Constructif*, février 2005, http://www.constructif.fr/bibliotheque/2005-2/la-societe-du-risque.html?item_id=2609.

auprès d'organismes bancaire, de crédit et/ou d'assurance. Une nécessité de prévention des risques juridiques pour les entreprises qui ne va pas en déclinant depuis la constitutionnalisation du principe de précaution⁷⁰ et l'obligation récente de mise en œuvre d'un plan de prévention dans le cadre du devoir de vigilance⁷¹ ; ainsi que du fait de la mondialisation des échanges commerciaux qui déplacent les frontières juridiques de l'entreprise.

II. LES CONSÉQUENCES DE L'INTERNATIONALISATION DES ÉCHANGES COMMERCIAUX DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

« Expression de l'expansion spatiale du capitalisme, qui épouse désormais les limites du globe, la mondialisation est avant tout un processus de contournement, de délitement et, pour finir, de démantèlement des frontières physiques et réglementaires qui font obstacle à l'accumulation du capital à l'échelle mondiale » transcendant ainsi « la logique d'un système interétatique à laquelle elle substitue une logique de réseaux transnationaux »⁷². La mondialisation est constitutive du développement des échanges commerciaux internationaux qui, poussés par la recherche de nouveaux débouchés, déplacent les frontières du marché et redéfinissent les relations commerciales, notamment par la spécialisation de la production, ainsi que le rôle de régulateur économique anciennement dévoué à l'État.

En pratique, ce déplacement des frontières de l'entreprise s'accompagne de changements dans le monde des affaires s'affairant désormais à *« trouver les ressources les plus compétitives sur la planète, travailler sur tous les fuseaux horaires, avec différentes cultures, dans différentes*

⁷⁰ « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage », Article 5, Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1 mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF, n°0051 du 2 mars 2005 page 3697.

⁷¹ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JOFR, 28 mars 2017, n° 0074.

⁷² J. ADDA, *La mondialisation de l'économie : genèse et problèmes*, Paris, La Découverte, 2006.

langues et avec des gens qui n'ont pas nécessairement les mêmes comportements d'affaires »⁷³. Dans ce contexte « *marqué par la mondialisation des marchés et par les multiples avancées scientifiques et techniques, les PME doivent relever des défis de taille pour maintenir leur position concurrentielle et assurer leur prospérité économique* »⁷⁴. Divers éléments sont caractéristiques de l'impact de la mondialisation sur l'activité des petites et moyennes entreprises. En effet, bien que la mondialisation ait emporté la diminution des barrières douanières permettant l'accès à des opportunités d'exportations et/ou d'importations, elle a également eu pour effet d'accroître la concurrence des PME. Une concurrence par l'ouverture du marché aux entreprises étrangères et à l'expansion de la présence des multinationales, accentuée par la diversification des biens et des services apportés par les marchés étrangers. Une présence accrue des grandes firmes multinationales qui n'impacte pas seulement les débouchés du marché des PME, mais également leur mode de gestion autonome, celles-ci prenant le contrôle de certaines PME directement par l'acquisition ou par l'initiative d'alliances les rendant financièrement dépendantes (en tant que fournisseur ou sous-traitant). Une mondialisation qui, tout à la fois, permet aux entreprises de se développer par un accès facilité à toutes sortes de ressources matérielles et immatérielles, notamment en matière d'innovations technologiques, mais les contraint également à surveiller constamment les nouveautés entrant sur le marché. Il advient également que la mondialisation ne s'arrête pas aux relations entre les agents économiques mais impacte également les frontières juridiques de la souveraineté des États qui ne peuvent vraisemblablement plus agir pour aider directement une catégorie d'entreprise sur leur territoire, mais doivent projeter leurs actions et mettre en œuvre leurs politiques nationales dans le cadre des nouvelles réglementations suivies par des organismes supranationaux, notamment dans le contexte du marché unique de l'Union européenne et des règles de concurrence⁷⁵.

⁷³ J. ST-PIERRE, *Mondialisation et PME : l'internationalisation des activités comme solution*, Université du Québec à Trois-Rivières, 2009.

⁷⁴ C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, Collection CÉDÉ, 2011.

⁷⁵ J. PIERRE-ANDRE, *Mondialisation des marchés et comportements des PME manufacturières*, Gouvernement Canada, 9 mars 2012, <http://www.statcan.gc.ca/pub/61-532-x/1997001/article/3494-fra.html>.

Bien que certaines PME estiment ne pas avoir à s'internationaliser, se contentant d'un marché local suffisant, il résulte qu'« *une réflexion stratégique permettant à ces PME de reconnaître les opportunités majeures tout comme les graves répercussions de la mondialisation s'impose aujourd'hui afin qu'elles puissent choisir, parmi les différentes réponses possibles à ce phénomène, celles qui permettront d'assurer leur croissance sinon, dans certains cas, leur survie* »⁷⁶. Une réponse stratégique à la mondialisation qui dépend entièrement des caractéristiques de chaque PME, une catégorie regroupant des entreprises de taille, d'activité, d'organisation, de position concurrentielle tellement diverses et répondant chacune à ses propres spécificités ainsi qu'à un environnement particulier, une réponse qui ne doit pas s'arrêter aux enjeux économiques.

En effet, les conséquences économiques de la mondialisation emportent des effets sur la gestion juridique de l'entreprise puisque « *les transactions internationales exigent une maîtrise des enjeux juridiques qui y sont reliés* »⁷⁷. L'accroissement permanent de l'environnement juridique exige donc une maîtrise toujours plus vaste et complexe de celui-ci, encore une fois source d'insécurité juridique pour les petites et moyennes entreprises, « *dont l'activité est essentiellement nationale et n'ayant a priori ni l'infrastructure ni les ressources pour affronter ce phénomène* »⁷⁸. Une insécurité juridique elle-même source de risque, et notamment en matière de contentieux économique international, qui peut mettre en péril la survie des plus petites structures. Le phénomène de mondialisation impactant l'augmentation des risques juridiques tant sur ceux propres au développement international des activités de l'entreprise que sur la globalisation des risques juridiques eux-mêmes à l'échelle internationale par le développement de la normalisation supranationale. Les entreprises agissant à l'étranger n'étant plus protégées par les frontières juridiques de leur nationalité et s'exposent à une responsabilisation mondiale. L'idée est que l'entreprise accroît son exposition aux risques juridiques en élargissant mondialement ses activités que ce soit activement par ses transactions internationales mais également, passivement en s'exposant de manière générale à l'arène

⁷⁶ G. FERNANDEZ et N. ALAIN, PME, *mondialisation et stratégies*, in *Revue internationale P.M.E.: Économie et gestion de la petite et moyenne entreprise*, 1994, Vol. 6, n° 3-4, p. 145.

⁷⁷ C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, Collection CÉDÉ, 2011.

⁷⁸ G. FERNANDEZ et N. ALAIN, PME, *mondialisation et stratégies*, Op. Cit.

juridique étrangère et planétaire. Il est nécessaire de noter que le propos n'est pas de dresser un portrait positif ou négatif de la mondialisation, mais bien de présenter l'impact du phénomène sur les petites et moyennes entreprises afin que celles-ci puissent prendre conscience, dans le cadre de la prévention des risques juridiques en matière de contentieux économique, de l'environnement juridique global auquel elles sont rattachées et qui influence les risques juridiques auxquels elles sont exposées.

Le phénomène de mondialisation est effectivement porteur de nouvelles problématiques juridiques pour les petites et moyennes entreprises qui doivent être prises en considération dans le cadre de l'internationalisation des activités, pouvant à la fois constituer un risque pour l'entreprise qui n'en tient pas compte mais également constituer en eux-mêmes un obstacle à son processus d'internationalisation. La législation nationale, comprenant sa diversité et sa complexité dont il a été question précédemment, la législation étrangère avec ses spécificités et potentiellement la barrière de la langue que l'internationalisation implique, les législations supranationales régionales à l'image du droit de l'Union Européenne ou encore des accords commerciaux régionaux, les processus de normalisation internationaux ainsi que les conventions internationales telle que la Convention de Vienne de 1980 régissant les ventes internationales de marchandise, les règles de conflit de lois ... La liste n'étant malheureusement, pour les petites et moyennes entreprises, pas exhaustive. Les risques juridiques de la mondialisation pour les PME tiennent à deux facteurs principaux qui sont « *d'une part un manque d'harmonisation des législations en matière de commerce international entre les pays, et d'autre part une connaissance insuffisante des PME en matière juridique* »⁷⁹. Un manque d'harmonisation législative au niveau international noyant les petites et moyennes entreprises dans une multitude de loi et pouvant constituer un obstacle important à l'internationalisation de l'activité, voir à son interdiction si elle n'est pas conforme à la réglementation territoriale où elle a vocation à s'appliquer, le marché du jouet et l'exigence de la norme « CE » sur tous ses produits commercialisés au sein de l'Union Européenne en sont une parfaite illustration. Une législation desharmonisée qui contribue en partie à la difficulté rencontrée par les petites et

⁷⁹ M. LECERF, *Les petites et moyennes entreprises face à la mondialisation*, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2006.

moyennes entreprises de parvenir à une connaissance suffisante du droit pour maîtriser un environnement juridique international. Par ailleurs, chaque secteur économique dépendant d'une réglementation particulière, toutes les PME ne souffrent pas de manière égale de la pression réglementaire en fonction du marché sur lequel elles se développent. Néanmoins, de manière générale, quel que soit leur secteur d'activité, les entreprises s'exposent à des risques juridiques en raison de la complexité de l'environnement juridique international que ce soit la réglementation en elle-même ou encore la délocalisation de la résolution d'un contentieux potentiel. En effet, en fonction de la législation nationale ou internationale en vigueur, ou bien des stipulations contractuelles applicables entre l'entreprise et son partenaire commercial, les petites et moyennes entreprises peuvent redouter une éventuelle délocalisation de la résolution du contentieux devant des juridictions étrangères, avec l'appréhension d'une faveur du juge étranger envers la plaignante de sa nationalité. Outre la complexité juridique, les coûts supplémentaires engendrés par les obstacles législatifs peuvent constituer des difficultés financières pour les entreprises souhaitant se développer à l'international. D'après une étude réalisée sur les obstacles externes concernant la législation entre les pays nordiques, « *à titre d'exemple, le coût supplémentaire lié aux contraintes légales pour un accord transfrontalier (entre pays du Nord), par rapport à un accord commercial purement national, est en moyenne de 10% pour les entreprises* »⁸⁰, des coûts supplémentaires d'autant plus lourds à surmonter proportionnellement pour les PME que pour les grandes entreprises. Il reste que les contraintes administratives associées à la réglementation, notamment les réglementations fiscales, légales et environnementales⁸¹, constituent des obstacles supplémentaires découlant de celui de la normativité en soi. En effet, « *on constate que pour 10% des PME, soit à peu près deux millions d'entreprises, les règlements sont la contrainte la plus lourde* » élevant l'administration à la troisième place des contraintes principales pour les petites et moyennes entreprises

⁸⁰ OXFORD RESEARCH, *Traverser la frontière pour gagner en compétitivité, pour le Nordic Industrial Fund et le Nordic Council of Ministers*, Copenhague, 2002.

⁸¹ OCDE, *Businesses' Views on Red Tape, Administrative and regulatory burdens on small and medium sized enterprises*, Paris, 2001.

européennes⁸², pouvant conduire celles-ci à abandonner tout projet d'accès aux marchés étrangers.

Une exposition aux risques juridiques de l'environnement international qui n'est aucunement une fatalité pour les entreprises s'ils sont pris en compte dans la gestion juridique de l'organisation, les PME ayant leurs propres atouts de flexibilité liée à la particularité de leur structure ainsi qu'à leur souplesse de fonctionnement leur permettant de saisir les opportunités de marchés s'offrant par la mondialisation. Il advient que les petites et moyennes entreprises doivent s'engager dans une réflexion stratégique de prévention des risques juridiques accrues par la complexification juridique et la mondialisation, dans l'objectif de préserver ses intérêts sur un marché hautement concurrentiel, ou pis encore, assurer sa survie.

PARAGRAPHE 2ND : LE PARI DE LA GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES POUR LA PRÉSERVATION DES INTÉRÊTS DE L'ENTREPRISE

Maintenant que l'on sait que les petites et moyennes entreprises sont exposées à de nombreux éléments facteurs de risques juridiques, il est nécessaire de s'intéresser à leurs impacts et à la nécessité d'en prévenir certains effets pour l'entreprise, et cela que ce soit pour la pérennité de ses activités ou pour se prémunir du contentieux, lui-même constitutif d'un risque juridique en soi.

I. LA PRÉVENTION CONTRE LES CONSEQUENCES DU RISQUE JURIDIQUE : LA PROTECTION DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

Les entreprises doivent faire face à un environnement où règne une omniprésence des risques juridiques qui méritent de s'y intéresser en ce qu'ils peuvent fortement affecter l'entreprise par l'impact de leurs conséquences potentielles, que ce soit son patrimoine en interne, ou bien son image en externe.

⁸² M. LECERF, *Les petites et moyennes entreprises face à la mondialisation*, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2006.

A. LA PROTECTION DU PATRIMOINE DE L'ENTREPRISE

« *Quelle que soit sa source ou son objet, le risque mérite une attention particulière en ce qu'il peut freiner la création de valeur ou détruire la valeur existante* »⁸³, en d'autres termes, il impacte directement le patrimoine de l'entreprise. Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entreprise est titulaire, et doit s'entendre des biens matériels et immatériels de l'organisation. Une notion très large qui, en termes de risques juridiques, se traduit par une situation qui peut se manifester « *notamment dans la conduite de leurs membres, leurs engagements financiers et contractuels, de même que la commercialisation de leurs produits et services* »⁸⁴, donc concerner tous les aspects de la vie de l'entreprise. Un environnement qui nécessite une réflexion stratégique de gouvernance des risques juridiques afin de préserver le patrimoine des petites et moyennes entreprises et prévenir les atteintes potentielles à leur pérennité, d'autant qu'en fonction de la forme juridique choisie lors de la création de l'entreprise, le risque encouru est accru par la confusion du patrimoine de l'organisation et de celui de son dirigeant.

En effet, alors que la compétitivité des grandes entreprises repose sur une logique de marché, celle des petites et moyennes entreprises repose davantage sur les relations spécifiques qu'elles entretiennent avec leur environnement, entre autres par la spécificité de leurs activités impliquant des actifs particuliers ou encore en disposant d'une compétence singulière⁸⁵. Il en résulte que la compétitivité de certaines PME reposent sur un « savoir-faire » particulier, leur développement sur la qualification et les compétences particulières de ses salariés, la mise sur le marché d'un produit ou service hautement qualifié ou rare. Ces entreprises ne peuvent pas prendre le risque à la fois économique et juridique d'exposer ce patrimoine à des risques juridiques via l'exercice de leurs activités et de ne pas anticiper le comportement de ses agents ou de ses concurrents. A titre d'illustration, « *vecteur de puissance économique, l'information*

⁸³ COMMITTEE OF SPONSORING ORGANISATION OF THE TREADWAY COMMISSION (COSO), Enterprise Risk Management, Integrated Framework : <http://coso.org> .

⁸⁴ L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* Paris, L.G.D.J., Collection Droit des affaires, 2012.

⁸⁵ M. MARCHESNAY, *La PME : une gestion spécifique*, in *Économie rurale*, 1991, Vol. 206, n° 1, p.11 et s.

devient un élément indispensable de l'entreprise qu'il importe de préserver de ses concurrents », cela par une politique de prévention des risques juridiques qui permettrait de la protéger et d'encadrer son utilisation. Une anticipation juridique qui protégerait l'entreprise, en matière de concurrence par exemple, en prévoyant que « le salarié a la possibilité d'exploiter les connaissances qu'il a pu acquérir auprès de son employeur sous réserve de ne pas transgresser les secrets de fabrication, le savoir-faire propre à l'entreprise, etc »⁸⁶. Évitant ainsi, par des clauses de confidentialité ou encore de non-concurrence insérées dans le contrat de travail, que des salariés de l'entreprise ne divulguent des secrets de production ou autres, ou bien encore qu'ils soient débauchés par des entreprises concurrentes pour exploiter un savoir-faire ou une compétence propre à l'entreprise. Dans le même registre de la propriété intellectuelle, notamment pour les petites et moyennes entreprises évoluant sur des marchés technologiques ou proposant des produits et services innovants, élucider la question de la protection juridique des inventions constituerait un risque majeur dans l'exercice et l'exploitation de leurs activités. Une gouvernance de l'entreprise par la gestion des risques protégerait donc l'organisation, si cela est nécessaire, par l'utilisation de produits juridiques⁸⁷ que ce soit sur le domaine de la stratégie des brevets pour protéger les inventions, notamment de la reproduction ou de la contrefaçon par des concurrents. Prenons également l'exemple du domaine de la fiscalité, où « l'activité législative foisonnante, les prises de position d'organisations internationales et la vision éthique de l'impôt par la presse et la société civile semblent vouloir conférer à la fiscalité à l'heure actuelle un rôle qui va bien au-delà de la « simple » détermination d'une base d'imposition, en interférant sur la gouvernance même des organisations »⁸⁸. L'entreprise ne pouvant se permettre de s'exposer à une difficulté juridique en matière fiscale, que ce soit par la violation volontaire ou non d'une disposition légale, ou

⁸⁶ E. BLARY-CLEMENT et F. PLANCKEEL, *Le patrimoine de l'entreprise, d'une réalité économique à un concept juridique*, Éditions Larcier, 2014.

⁸⁷ T. DU MANOIR DE JUAYE, *Le droit pour dynamiser votre business : stratégie judiciaire, stratégie de protection du patrimoine, stratégie d'alliances et de pouvoir*, Paris, Éditions d'Organisation, 2004.

⁸⁸ J.L. ROSSIGNOL, *Fiscalité et responsabilité globale de l'entreprise*, in *Management & Avenir*, 2010, Vol. 33, n° 3, p. 175.

bien stratégiquement en prenant le risque de passer à côté des avantages économiques procurés par une disposition fiscale favorable à l'entreprise.

Les exemples seraient encore nombreux, mais tous aboutissent à la conclusion que l'entreprise, et notamment les petites et moyennes entreprises disposant de ressources financières plus faibles que les grandes entreprises, ne peuvent se permettre d'exercer leurs activités en laissant les choses au hasard. En élucidant la problématique de la prévention des risques juridiques, l'entreprise prend le risque d'engager son patrimoine et sa pérennité, notamment dans un environnement juridique et social qui apprécie l'opportunité et l'éthique de ses choix stratégiques.

B. LA PRÉSERVATION DE L'IMAGE DE L'ENTREPRISE

La *confiance*. Elle correspond à « *un état d'attentes favorables concernant les actions et les intentions des autres individus* »⁸⁹, c'est l'essence même de la réputation, dans ce terme réside toute la notion du risque juridique lié à l'image de l'entreprise. La réputation de l'entreprise « *est la représentation collective des actions passées et présentes d'une entreprise, qui fondent sa capacité à créer de la richesse et à répondre aux attentes de l'ensemble des parties prenantes (qui) se veut, à la fois, une mesure interne (relations avec les employés, mode de gouvernance, etc) et une mesure externe (relations avec les consommateurs, avec les fournisseurs, avec l'État, avec les citoyens, etc), dans l'environnement concurrentiel et institutionnel qui est le sien* »⁹⁰. Une représentation de l'organisation qui revêt une telle importance en raison des enjeux stratégiques qu'elle constitue que ce soit positivement, une « *source de création de valeur et un élément clé qui contribue à la création d'un avantage compétitif pour l'entreprise* », ou négativement pouvant conduire à des conséquences désastreuses pour l'organisation. La réputation de l'entreprise s'intègre à son patrimoine en tant que « *capital intangible, immatériel qui se construit dans la durée et qui agrège l'ensemble des*

⁸⁹ G. MOLLERING, *The nature of trust: From Georg Simmel to a theory of expectation, interpretation, and suspension*, *Sociology*, 2001, vol. 35, n°2, p. 403 et s.

⁹⁰ P. CAILLEBA, *L'entreprise face au risque de réputation*, in *Responsabilité et environnement*, juillet 2009, n° 55.

opinions et évaluations, favorables ou défavorables, exprimées sur l'entreprise par différents publics »⁹¹.

Par ailleurs, les enjeux sont doubles puisque d'une part, l'atteinte à la réputation de l'entreprise constitue un risque et d'autre part, la réalisation d'un risque juridique autre peut affecter de manière significative la réputation de l'entreprise. Une particularité du risque de réputation qui en fait un risque de second rang⁹² ou un méta-risque dans le sens où il est le corollaire de chaque risque, juridique ou autres, encourus par l'entreprise. En effet, « *de tous types et de nature différente, les uns s'agrègent aux autres, les risques de réputation se répartissent, principalement, autour des risques internes à l'entreprise (risques de processus, qui proviennent des systèmes d'information, de la finance, des ressources humaines, etc) et des risques externes à l'entreprise, sur lesquels celle-ci n'a pas directement de prise (risques environnementaux : la concurrence, l'évolution des attentes des consommateurs, le changement du cadre légal, etc)* »⁹³. Il advient également que l'entreprise s'expose à un système social surmédiatisé où chaque information ou image sortie de son enceinte est rediffusée par les acteurs traditionnels (journalistes, analystes, syndicalistes, associations, etc) ou directement par les justiciables consommateurs ou non, via les médias ou sur internet. Il en résulte que la moindre action ou information provenant de l'entreprise ou constituant les conséquences d'une activité de celle-ci, peut prendre de l'ampleur très rapidement. Avec le développement de la toile et des réseaux sociaux, « *si vous rendez vos clients mécontents dans le monde réel, ils sont susceptibles d'en parler chacun à six amis. Sur Internet, vos clients mécontents peuvent en parler chacun à 6 000 amis* » prévient Jeff Bezos, Président d'Amazon.

Dans un environnement juridique de responsabilisation des entreprises, et social de plus en plus connecté et exigeant en matière d'éthique, les petites et moyennes entreprises ont tout

⁹¹ R. BENSAOUD, *Risques juridiques & Réputation : Quels Enjeux pour l'Entreprise ?*, 2016, <http://www.esca.ma/blog/risques-juridiques-reputation-quels-enjeux-pour-lentreprise/>.

⁹² M. POWER et P. HERVE, *Un nom, c'est quoi ? Le risque image et la transformation de la notion de responsabilité sociale*, in *Sécurité et stratégie*, 2011, Vol. 6, n° 2 p. 5.

⁹³ P. CAILLEBA, *L'entreprise face au risque de réputation*, in *Responsabilité et environnement*, juillet 2009, n° 55.

intérêt à mettre en œuvre une politique de gouvernance des risques juridiques, tantôt pour prévenir la réalisation de ces risques, tantôt pour prévenir la réalisation du risque de réputation en lui-même ou par ricochet à la survenance d'un autre évènement, tantôt pour s'inscrire dans une démarche sociale valorisable concurrentiellement sur le marché, notamment envers les consommateurs. « *De ce point de vue, la gestion du risque image aboutit à la reconnaissance de l'intérêt rationnel qu'il y a à traiter les risques représentés par tous les agents de l'organisation concernée ainsi que par son environnement* »⁹⁴. D'autant plus que dorénavant, les risques juridiques les plus sensibles pour l'opinion publique font l'objet d'une prévention obligatoire directe pour les grandes entreprises, et par ricochet pour les petites et moyennes entreprises, pouvant ainsi engager outre la réputation de l'entreprise, sa responsabilité en l'exposant au risque juridique du contentieux économique.

II. LA PRÉVENTION CONTRE LES RISQUES JURIDIQUES DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES POUR ÉVITER LE CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE

À l'image de la médecine où l'étude des pathologies permet de mieux appréhender les maladies par la connaissance des causes qui concourent à leur développement et donc d'éviter leur apparition et combattre leurs effets⁹⁵ ; la gouvernance de l'entreprise par la prévention des risques juridiques a pour dessein d'analyser l'environnement de l'entreprise afin d'anticiper les risques auxquels elle est exposée, d'éviter leur survenance et ainsi prévenir l'apparition d'un contentieux. La prévention par la connaissance juridique de l'entreprise lui permet d'anticiper la survenance des risques juridiques et ainsi la naissance d'un conflit, c'est-à-dire un désaccord constitutif d'un affrontement entre des intérêts divergents. Un affrontement pouvant évoluer en contentieux, le conflit se transformant en litige qui peut avoir de lourdes conséquences pour les petites et moyennes entreprises. « *Un litige n'est-il que la traduction ou la mise en scène juridique d'un conflit ? Un sociologue se représente le « champ juridique » comme « l'espace social organisé dans et par lequel s'opère la transmutation d'un conflit direct entre parties*

⁹⁴ M. POWER et P. HERVE, *Un nom, c'est quoi ? Le risque image et la transformation de la notion de responsabilité sociale*, in *Sécurité et stratégie*, 2011, Vol. 6, n° 2 p. 5.

⁹⁵ P. DIENER, *Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires, La distinction fins-moyens n'a pas cours dans le monde réel ; elle n'est que construction géométrique idéale*, Recueil Dalloz, 1997, p.147.

directement intéressées en un débat juridiquement réglé entre professionnels agissant par procuration et ayant en commun de connaître la règle du jeu juridique, c'est à dire les lois écrites et non écrites du champ » (Bourdieu)⁹⁶. Pour les dirigeants des petites et moyennes entreprises, le contentieux représente « *une affectation de moyens ou d'énergie qui n'est pas consacrée au développement de l'entreprise avec toutes les conséquences que cela entraîne* »⁹⁷, ainsi que des coûts juridiques relatifs aux frais de justice et de défense, cela alors même que les résultats du procès sont incertains et connu souvent que plusieurs années plus tard. Thibault du Manoir de Juaye, auteur en matière de stratégies juridiques cite dans son ouvrage *la remarque d'un dirigeant d'une société d'une cinquantaine de personnes, qui pour un litige à l'enjeu pourtant relativement modeste, dit de manière brutale : « ce dossier me ronge comme un cancer, je ne pense plus à rien d'autre »*. Il advient de noter sur ce point la spécificité des petites et moyennes entreprises pour lesquelles la relation entre l'entreprise et son dirigeant est particulière, celui-ci étant à son origine, souvent impliqué professionnellement et personnellement dans son développement. Certains entrepreneurs considèrent leur entreprise comme un enfant qu'ils ont fait naître, dont ils prennent soin et la font grandir, se développer. Une métaphore compréhensible au regard des investissements personnels mis en jeu, notamment des nuits sans sommeil, des états de préoccupation permanents, une vie sociale entre parenthèses et des décisions importantes qui expliquent le lien, l'affection qui les lie. Une raison de plus de se prémunir de la survenance d'un contentieux qui, outre de mettre en péril la pérennité de l'entreprise, peut être vécu par son dirigeant comme un échec d'autant plus difficile à surmonter. Des préoccupations pour l'entreprise et son dirigeant qui pourraient être, pour la plupart, évitées par des mesures simples d'anticipation notamment de précaution dans le choix des partenaires, de prévention et de précision dans l'encadrement des relations contractuelles. En effet, si l'entreprise veut éviter le contentieux économique, elle doit non seulement prendre conscience de son environnement interne et externe, mais également du fait que les situations

⁹⁶ A. JEAMMAUD, *CONFLIT, DIFFEREND, LITIGE*, in *Droits*, Presses Universitaires de France, 2001, Vol. 2, n° 34, p.15 et s.

⁹⁷ T. DU MANOIR DE JUAYE, *Le droit pour dynamiser votre business : stratégie judiciaire, stratégie de protection du patrimoine, stratégie d'alliances et de pouvoir*, Paris, Éditions d'Organisation, 2004.

sont susceptibles d'évoluer. A titre d'illustration, c'est le cas « *du commercial qui, en amendant le contrat type de son entreprise persuadé qu'il a décroché le marché du siècle, ne mesure pas que, compte tenu des contraintes juridiques qu'il a acceptées, son entreprise perdra en définitive des sommes importantes* »⁹⁸, un risque juridique provenant directement de l'entreprise du fait d'un de ses agents. Un manque de prévention en matière de sensibilisation juridique de la part de l'entreprise envers ses salariés, ces derniers n'ayant pas conscience de la portée de leurs actes qui engagent juridiquement l'entreprise et l'expose, ainsi que son dirigeant, au risque de contentieux.

« *La finalité de la prévention étant de devancer la survenance du dommage pour, précisément, qu'elle n'ait pas lieu, à tout le moins que sa probabilité en soit diminuée, le procédé ne peut être mis en œuvre que dans des situations avec lesquelles le risque est avéré : pour éventuelle que soit sa réalisation, le risque est certain et identifié. Aussi la prévention suppose-t-elle la connaissance, tant dans sa genèse que dans ses effets, de l'évènement menaçant* »⁹⁹.

Raison pour laquelle, les petites et moyennes entreprises ne peuvent plus élucider la problématique de la gouvernance des risques juridiques afin d'éviter le contentieux économique, que ce soit du fait de l'obligation nouvelle de prévenir certains risques juridiques ou pour protéger globalement l'entreprises des conséquences de la survenance des risques quels qu'ils soient. Éviter le procès suppose donc que l'entreprise intègre l'aspect juridique dans son mode de gestion par la mise en œuvre d'une politique stratégique de gouvernance des risques juridiques. Certains auteurs abordent, en matière de politique contentieuse, le sujet des stratégies d'évitement du contentieux économique qui ont pour effet de dissimuler l'entreprise derrière des boucliers judiciaires, notamment en compartimentant la structure juridique de l'entreprise, ou bien de confortement, c'est à dire en subissant le procès dans les meilleures conditions possibles¹⁰⁰. Bien que ces stratégies puissent recouvrir des avantages, il est nécessaire de noter qu'elles résultent de montages juridiques particulièrement complexes, souvent coûteux en

⁹⁸ T. DU MANOIR DE JUAYE, *Le droit pour dynamiser votre business : stratégie judiciaire, stratégie de protection du patrimoine, stratégie d'alliances et de pouvoir*, Op. cit.

⁹⁹ J. MOURY, *Le droit confronté à l'omniprésence du risque*, in *Recueil*, Dalloz, 2012.

¹⁰⁰ D. DANET, *Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires*, in *Revue internationale d'intelligence économique*, Lavoisier, 2010, Vol. 2, p. 277 et s.

termes de moyens juridiques, et dont l'efficacité est incertaine. Pour toutes ces raisons, une gouvernance des risques juridiques par l'intégration du droit dans la gestion de l'organisation et la mise en œuvre d'un plan de prévention paraît être une stratégie bien plus opportune pour les petites et moyennes entreprises qui ne disposent pas des ressources financières et juridiques des grandes entreprises.

SECTION 2^{NDE} : LE PHÉNOMÈNE DE RESPONSABILISATION DE L'ENTREPRISE PAR LA GOUVERNANCE DE SES RISQUES JURIDIQUES

La perspective d'une gouvernance de l'entreprise par la prévention des risques juridiques trouve son origine dans la sensibilisation des organisations à leur environnement, une prise en compte qui s'est faite progressivement par des mécanismes coercitifs de valorisation d'une politique de prévention d'une part, des initiatives propres aux entreprises et des mécanismes de normalisation, à la fois conventionnels et réglementaires, d'autres part.

PARAGRAPHE 1^{ER} : LE DÉVELOPPEMENT DE MÉCANISMES COERCITIFS DE RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES

La considération de l'information juridique comme ressource à valeur économique pour l'entreprise lui a permis de se constituer un patrimoine informationnel et de se sensibiliser à son environnement social et environnemental, en ayant connaissance de celui-ci elle prend conscience de l'impact de ses activités, lui permettant ainsi de pouvoir mettre en œuvre une prévention des risques juridiques efficace.

I. LA SENSIBILISATION AU RISQUE JURIDIQUE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES PAR LA VALORISATION ÉCONOMIQUE DE L'INFORMATION JURIDIQUE : LE PRINCIPE DE L'INTELLIGENCE JURIDIQUE

Le cœur du phénomène de responsabilisation des petites et moyennes entreprises par la gouvernance des risques juridiques tient à la notion d'information juridique et à sa valorisation économique pour l'organisation. Cela à travers l'édification d'un patrimoine informationnel propre à l'environnement de l'entreprise dont l'utilisation à bon escient va permettre de constituer un avantage concurrentiel sur le marché. L'idée étant qu'une entreprise qui maîtrise l'information juridique par la constitution d'un patrimoine informationnel propre à son

environnement, va pouvoir par la suite maîtriser les risques juridiques y afférents et mettre en œuvre une politique de résorption efficace.

A. LA VALORISATION ÉCONOMIQUE DE L'INFORMATION JURIDIQUE

Dans un environnement toujours plus complexe et compétitif, le droit ne doit plus être appréhendé par les petites et moyennes entreprises uniquement en termes de contrainte, source de frein et de coûts stériles, mais d'une façon nouvelle, en tant qu'outil stratégique au service de l'entreprise. Telle est l'idéologie du concept d'intelligence juridique, composante spécifique de son aînée l'intelligence économique, qui se développe depuis les années 1990. D'après B. Warusfel, éminent auteur en la matière, « *l'intelligence juridique s'entend de l'ensemble des techniques et des moyens permettant à un acteur privé ou public de connaître l'environnement juridique dont il est tributaire, d'en identifier et d'en anticiper les risques et les opportunités potentielles, d'agir sur son évolution et de disposer des informations et des droits nécessaires pour pouvoir mettre en œuvre les instruments juridiques aptes à réaliser ses objectifs stratégiques* »¹⁰¹. Tant il résulte de cette définition une place déterminante à la notion d'information, tant l'intelligence qu'elle soit économique ou juridique s'est construite autour de l'émergence d'une vision du droit comme une « science de l'information », capitale pour la gestion de l'entreprise et valorisable dans le processus décisionnel de l'organisation. En effet, cette représentation repose sur la construction même des mécanismes juridiques qui décrivent des processus de traitement de l'information, par l'édiction des normes et leur qualification lors de la survenance de faits concrets auxquels il faut l'appliquer, et dont l'expression se fait par l'usage du langage (textes législatifs, jurisprudences, conventions, etc)¹⁰². Il advient qu'en tant que science de l'information, le droit constitue une source de renseignements utiles et exploitables par l'entreprise en matière de prévention des risques juridiques puisque si l'entreprise « *surveille son environnement et les relations juridiques qu'elle entretient avec lui,*

¹⁰¹ B. WARUSFEL, *L'intelligence juridique : une nouvelle approche pour les praticiens du droit*, in *Le monde du droit*, 15 avril 2010, n° 43.

¹⁰² B. WARUSFEL, *Intelligence économique et pratiques juridiques*, in *Revue de l'intelligence économique*, octobre 1999, n° 5.

elle peut détecter (pour peu qu'elle ait élaboré les grilles d'analyse nécessaires) des informations significatives »¹⁰³. Des informations importantes qui en termes juridiques peuvent se traduire par l'ensemble des règles juridiques applicables à l'entreprise, bien entendu, notamment sur la réglementation applicable à l'activité de l'entreprise ; mais également par des données juridiques sur des concurrents ayant attrait tant à leur organisation, qu'aux instruments juridiques utilisés (brevets, types de relations contractuelles, ...), ou encore aux contentieux dans lesquels ils sont impliqués. « Ainsi, la consultation de l'information juridique n'est pas seulement une source utile à la gestion des opérations juridiques ; elle fournit aussi, notamment, des informations financières, des indications sur les stratégies industrielles et commerciales ou encore, une vision globale de la santé d'une entreprise ou de l'état des technologies émergentes dans un secteur donné »¹⁰⁴.

Toutes ces informations vont permettre de constituer un patrimoine informationnel qui trouvera toute sa valeur dans l'emploi qu'en fera l'entreprise, puisque ce n'est pas l'information en elle-même qui est génératrice de valeur mais son utilisation. À titre d'illustration, en 1995, Nonaka et Takeuchi ont présenté une allégorie particulièrement révélatrice des propos précédents, la métaphore du rugby expliquant ce qui suit : *« le jeu contient un ensemble de connaissances destinées à être partagées : des connaissances techniques, des objectifs de production et des arrangements institutionnels qui baignent dans un ensemble « d'idéaux, de valeurs et d'émotions » qui constituent un patrimoine de connaissances. Mais la manière dont ces connaissances s'échangent et se construisent ne suit aucun développement linéaire ; elle dépend d'un jeu spécifique, déterminé ici et maintenant, en fonction de l'expérience tacite des joueurs (de chacun individuellement et des uns vis-à-vis des autres) et des événements du terrain (ou, plus précisément de leur perception, ce qui suppose un certain niveau d'explicitation et une capacité de partage). Les joueurs ont un comportement à la fois immédiat et historique, qui*

¹⁰³ B. WARUSFEL, *L'intelligence juridique : une nouvelle approche pour les praticiens du droit*, in *Le monde du droit*, 15 avril 2010, n° 43.

¹⁰⁴ B. WARUSFEL, *Intelligence économique et pratiques juridiques*, in *Revue de l'intelligence économique*, octobre 1999, n° 5.

prend l'apparence d'un jeu d'essais et d'erreurs »¹⁰⁵. Ce qu'il faut retenir de cette image, c'est que le regroupement d'information en lui-même n'a aucun intérêt particulier pour l'entreprise, en revanche ces informations recueillies vont devenir pertinentes une fois intégrées dans des stratégies juridiques afin d'adapter le comportement de l'entreprise, et donc détenir une véritable valeur économique dans le cadre du processus décisionnel de l'organisation. Il s'agit également pour l'entreprise de ne pas se perdre dans le processus de collecte d'information en raison de la multiplication des sources disponibles, la faiblesse des coûts et la grande masse d'informations à disposition sur la toile en raison de la révolution technologique pouvant être à la fois chronophage et noyer les informations pertinentes dans l'amas, comme une aiguille dans une botte de foin. Il convient de noter sur ce point que les acteurs publics, parapublics et différents autres canaux notamment syndicaux peuvent regorger d'informations et accompagner les petites et moyennes entreprises dans leurs démarches de collecte d'informations pour la mise en œuvre d'une gouvernance de prévention des risques juridiques¹⁰⁶. Les chambres de commerce et d'industrie, par exemple, proposent une sensibilisation, des diagnostics et des formations pour les entreprises souhaitant un accompagnement dans leur processus d'intégration juridique dans la gestion de l'organisation, adoptant le choix d'une gouvernance stratégique d'utilisation du droit comme une arme concurrentielle pouvant distinguer l'entreprise sur le marché économique.

B. LA PRÉVENTION DES RISQUES JURIDIQUES : UNE ARME CONCURRENTIELLE SUR LE MARCHÉ ÉCONOMIQUE

L'information pertinente est donc celle qui va être utile dans les différents niveaux de décision de l'entreprise et lui permettre d'élaborer une gouvernance basée sur l'emploi de stratégies juridiques afin de prévenir la survenance de risques juridiques et ainsi améliorer sa position dans son environnement concurrentiel. Une forme de gouvernance qui constitue un

¹⁰⁵ B. BELLON, *Quelques fondements de l'intelligence économique*, in *Revue d'économie industrielle*, 2002, n° 1, p. 55 et s.

¹⁰⁶ L. RIMONDI, *Intelligence économique, un outil de compétitivité pour les PME*, in *Lenouveleconomist.fr*, 15 avril 2015, <https://www.lenouveleconomiste.fr/lesdossiers/intelligence-economique-un-outil-de-competitivite-pour-les-pme-26792/>.

moteur de performance globale dans la mesure où la constitution d'un patrimoine informationnel utile peut traduire deux avantages majeurs pour l'entreprise, et non des moindres, qui sont la sécurité économique d'une part, et un vecteur de compétitivité économique sur le marché d'autre part.

En effet, « *face à une évolution (juridique) qui est irréversible, le discours de la déploration doit céder la place à la conception et la mise en œuvre d'une stratégie élargie dans laquelle l'intelligence juridique est au service de la sécurité économique* »¹⁰⁷. Rien de tel qu'un exemple pour illustrer le propos et comprendre l'intérêt d'une prévention juridique dans le cadre de la sécurité économique de l'entreprise, notamment des petites et moyennes entreprises fortement spécialisées et détenant des « savoir-faire » particuliers qu'il est nécessaire de protéger. Le 10 juillet 2002, par exemple, la chambre sociale de la Cour de cassation décida « *qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* »¹⁰⁸. Une jurisprudence nouvelle obligeant les employeurs utilisant des clauses de non-concurrence insérées dans un contrat de travail à prévoir une contrepartie financière. « *Par ce revirement de jurisprudence, c'est tout l'équilibre traditionnel des dispositifs visant à prévenir la déperdition des secrets de fabrique et des savoir-faire originaux, ou plus modestement de l'expérience acquise au service d'une entreprise, qui se trouve remise en cause* »¹⁰⁹. Matériellement, cette décision montre que l'entreprise ne doit pas seulement connaître le droit positif, mais qu'elle doit maîtriser son environnement juridique de manière à anticiper le futur du droit et ainsi prévenir la survenance de situation à risque comme celle-ci où les entreprises ne disposaient plus de protection, les

¹⁰⁷ D. DANET, *Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires*, in *Revue internationale d'intelligence économique*, Lavoisier, 2010, Vol. 2, p. 277 et s.

¹⁰⁸ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 10 juillet 2002, 00-45.135.

¹⁰⁹ D. DANET, *Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires*, in *Revue internationale d'intelligence économique*, Lavoisier, 2010, Vol. 2, p. 277 et s.

salariés étant libres de s'engager au service d'un concurrent direct de leur ancien employeur avec toutes les conséquences que cela peut comporter sur l'activité économique de l'entreprise initiale. Dans un autre contexte, l'entreprise se doit de maîtriser son environnement juridique puisqu'elle est elle-même l'objet d'une obligation de transmission de l'information juridique, notamment dans le cadre du devoir d'information. C'est le cas tout particulièrement en droit de la consommation, où l'entreprise doit impérativement informer ses clients consommateurs ou non-professionnels de leurs droits, le droit de rétractation par exemple ; ou encore le nouvel article 1112-1 du code civil¹¹⁰ tel qu'il est issu de la réforme du droit des contrats qui prévoit une obligation précontractuelle d'information générale dans les relations contractuelles. Il en résulte que, le lobbying permettant d'influencer la rédaction et l'orientation de la règle de droit de manière à ce qu'elle corresponde aux intérêts économiques de l'entreprise étant souvent l'apanage des grandes organisations en raison de leur influence, les petites et moyennes entreprises peuvent tout de même mettre en œuvre une gouvernance leur permettant de maîtriser leur environnement juridique dans l'objectif sinon, de pérenniser ses activités par une sécurité économique, de l'utiliser dans le cadre de stratégies juridiques octroyant des avantages concurrentiels.

Certainement, *« plus l'espace économique est complexe et concurrentiel – et notamment dans le triple contexte de la mondialisation, de la révolution technologique et de la révolution organisationnelle - plus les capacités de traitement de l'information deviennent un enjeu*

¹¹⁰ « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants », Article 1112-1, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

stratégique »¹¹¹. Un patrimoine informationnel qui comporte deux volets d'avantages compétitifs pour l'entreprise, le premier dans un cadre défensif de protection des données internes de l'entreprise, le second visant à valoriser les informations par l'exploitation des données extérieures à l'organisation. Une protection interne de l'entreprise largement encouragée politiquement à en croire les réglementations qui se multiplient, que ce soit en matière de propriété intellectuelle visant à préserver le patrimoine immatériel appartenant à l'organisation tant son nom (droit des marques) que ses créations innovantes (droit des brevets) ; ou bien encore par la proposition de loi du secret d'affaire bénéficiant d'un champ d'application très large s'appliquant à toute information de l'entreprise ne présentant pas un caractère public qui possède une valeur économique et faisant l'objet de mesures de protection raisonnables, qui malgré son refus par l'Assemblée traduit une volonté politique qui va dans le sens d'une ambition de protection des entreprises. Concernant l'exploitation des données extérieures, « *pour creuser son avantage compétitif, l'entreprise doit pouvoir créer une asymétrie d'information à son avantage* »¹¹², celle-ci sera plus compétitive si elle anticipe la survenance de risques juridiques alors que ses concurrentes subiront les conséquences de l'adoption d'une réglementation nouvelle, si elle détient des informations sur les contentieux auxquels sont soumis des potentiels prestataires commerciaux, notamment en matière d'inexécution contractuelle ou de défaut de paiement, etc. D'autant plus que cette collecte d'information, tant qu'elle a attiré à des données libres de droit, non protégées par le secret (espionnage industriel) ou par des instruments juridiques (propriété intellectuelle et industrielle), est tout à fait légale. « *En fin de compte, dans les affaires, il s'agit toujours d'essayer de prendre la bonne décision ou d'éviter d'en prendre de trop mauvaises. Mais prendre une décision, quelle qu'elle soit, implique compréhension et anticipation de l'environnement économique (et juridique), travail en synergie et volonté d'innovation. Ces éléments constituent les fondements* » d'une bonne

¹¹¹ B. BELLON, *Quelques fondements de l'intelligence économique*, in *Revue d'économie industrielle*, 2002, n° 1, p. 55 et s.

¹¹² J.L. MONINO, *L'information au cœur de l'intelligence économique stratégique*, Documents de travail, Réseau de recherche sur l'innovation, 2012.

gouvernance par l'anticipation des risques juridiques « *nécessaire à toute entreprise commerciale confrontée à l'évolution de son environnement* »¹¹³.

II. LA SENSIBILISATION AU RISQUE JURIDIQUE DE CONTENTIEUX DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES PAR LE DÉVELOPPEMENT DE LA RESPONSABILITÉ SOCIÉTALE

L'idée de responsabilité sociale de l'entreprise fait écho au concept d'intelligence juridique par une normalisation souple en « *proposant une représentation élargie de l'environnement des firmes – entendu dans ses dimensions non seulement économiques et financières, mais aussi sociales, humaines, culturelles, politiques et écologiques – en posant la question de la capacité des entreprises à en gérer simultanément toutes les dimensions* »¹¹⁴. La Commission Européenne considère que la RSE est « un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes »¹¹⁵, ces dernières englobant tous les individus intervenant dans la vie de l'entreprise communément regroupées sous la dénomination de « stakeholders »¹¹⁶. La philosophie générale étant que les entreprises, outre de s'engager dans le respect de toutes les réglementations en vigueur, étendent de leur propre initiative, la gouvernance de leur organisation au-delà du droit positif, c'est-à-dire au-delà de leurs strictes obligations légales, en prenant conscience de leur responsabilité vis-à-vis des impacts de l'exercice de leurs activités sur leur environnement. La RSE viendrait ainsi proposer une véritable extension de responsabilité préventive des entreprises, à leur propre initiative, dans le cadre de leur sphère d'influence, prônant ainsi une « *fiction juridique de l'entreprise*

¹¹³ CONFERENCE PERMANENTE DES CHAMBRES CONSULAIRES AFRICAINES ET FRANCOPHONES, *Guide de l'intelligence économique au service des TPE-PME*, Centre du Commerce International, 2013.

¹¹⁴ J.P. GOND et J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, Presses universitaires de France, 2008.

¹¹⁵ COMMISSION EUROPEENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Commission Européenne, 2011.

¹¹⁶ Plus concrètement, ce terme renvoie par exemple aux salariés, aux clients, aux décisionnaires, aux consommateurs, aux fournisseurs et sous-traitants, aux syndicats, aux collectivités publiques, aux ONG, etc.

citoyenne »¹¹⁷. Toute la difficulté pratique de la responsabilité sociale des entreprises repose sur l'ambiguïté de son concept à mi-chemin d'une forme de responsabilité volontaire et d'un nouveau mode managérial de l'entreprise, à l'image de l'Homme « bien », dans l'optique d'une gouvernance socialement considérée comme « bonne » ou éthique vis-à-vis de l'opinion publique. Ces nouvelles responsabilités sociales constituent des enjeux primordiaux pour l'entreprise qui peut y voir l'occasion de redéfinir ses stratégies de gouvernance conformément aux attentes et intérêts des parties prenantes, d'analyser les forces et les faiblesses de son organisations et de se prémunir contre des menaces éventuelles, en l'occurrence dans cette contribution le risque juridique de contentieux économique, ou bien encore de se saisir d'opportunités, tout cela dans le cadre d'une gouvernance socialement éthique axée sur le développement durable.

En pratique, « *les dirigeants de PME font de la RSE sans le savoir comme M. Jourdain faisait de la prose sans le savoir mais en s'appuyant sur la norme 26000 ils pourraient transformer leur prose en alexandrins ...* »¹¹⁸. En effet, bien qu'une majorité des dirigeants des petites et moyennes entreprises expriment subir le syndrome du « nez dans le guidon », pensant que la gestion courante de l'entreprise ne leur laisse guère le temps de remettre en question la gouvernance de celle-ci au prisme de nouvelles responsabilités. Raisonnablement, toutes les PME ne sont pas exemplaires en matière de responsabilité sociale, mais il advient qu'en raison même des spécificités tenant à leur catégorie, les petites et moyennes entreprises ont une structure organisationnelle et une position sur le marché économique leur permettant d'appréhender plus naturellement les facteurs clefs de la RSE. Matériellement, la flexibilité et la personnification de l'entreprise en la personne de son dirigeant, permettent aux PME d'adapter plus facilement le comportement de l'entreprise sur le marché pour répondre aux attentes sociales des différents intervenants, notamment les fournisseurs ou les clients. De plus, une majorité de PME évoluant territorialement sur des marchés économiques locaux, elles

¹¹⁷ I. CADET, *Responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), responsabilité éthiques et utopies, Les fondements normatifs de la RSE, Étude de la place du droit dans les organisations*, thèse CNAM (Conservatoire National des Arts et Métiers), 2014.

¹¹⁸ B. BISMUTH, *La PME dans la RSE, ou la RSE dans la PME*, in *Les cahiers de l'industrie électronique et numérique*, juin 2014, n° 80, p. 24-25.

peuvent plus commodément identifier les attentes sociales locales en question et intégrer durablement les activités de l'entreprise sur le territoire, à l'inverse des grandes entreprises souvent déconnectées, notamment en raison de la délocalisation des outils de production. Une localisation et un mode de management également propices au dialogue social, la proximité et le type d'organisation des PME simplifiant la communication, l'échange et la prise en compte des intérêts des parties prenantes. Effectivement, « *l'organisation de l'entreprise est « orientée client », car le management de proximité permet de transformer la vision du dirigeant en comportements concrets, perceptibles par le client : accueil personnalisé, relation plus humaine, meilleure écoute, etc (...) chacun, dans une petite structure, connaît les impacts de la satisfaction des clients sur la pérennité de l'entreprise, et donc de ses emplois* »¹¹⁹. Il semblerait donc que la structure des petites et moyennes entreprises soit favorable à une gouvernance socialement responsable de l'organisation. Il reste que pour pousser les dirigeants de PME à « lever le nez » et à s'intéresser à des stratégies de gouvernance globale de l'organisation à long terme, suivant les principes du développement durable, il faut qu'elles soient constitutives d'opportunités. Pour Friedman notamment, « il n'existe qu'une seule et une seule responsabilité sociale de l'entreprise, celle d'utiliser ses ressources et de s'engager dans les activités qui vont accroître ses profits dans le respect des règles du jeu, à savoir une compétition libre et ouverte, sans tromperie, ni fraude »¹²⁰. Aux antipodes de l'esprit de la RSE, Friedman traduit l'état d'esprit capitaliste et la réalité économique de l'entreprise voulant que « *peu importe ce qu'ils racontent en public, lorsque vous êtes derrière la scène avec les chefs d'entreprise et les dirigeants, ils vont vous demander « pourquoi devrions-nous investir dans des initiatives sociales ? ». Nous aurons beau tous nous préoccuper sincèrement de sauver le monde, si nous ne pouvons répondre à cette question correctement, nous avons un problème* »¹²¹. En réponse à ses exigences économiques de mise en œuvre d'une responsabilité sociale de l'entreprise, de nombreuses études ont été menées dans l'objectif de montrer aux dirigeants que « le jeu en vaut la chandelle ». De manière générale, une gouvernance de l'entreprise suivant les principes de la

¹¹⁹ B. BISMUTH, *La PME dans la RSE, ou la RSE dans la PME*, Op. Cit.

¹²⁰ M. FRIEDMAN, *The responsibility of business is to increase its profits*, in *New York Times Magazine*, 1970.

¹²¹ Extrait d'une interview de M. PORTER par M. MORSING, *CSR – a religion with too many priests*, septembre 2003, Copenhagen Business School.

RSE serait constitutive d'une performance globale accrue en raison de plusieurs facteurs non-exhaustifs, par exemple : en obtenant la légitimité et le soutien des opérations de l'organisation du fait de l'influence de la RSE sur la réputation de l'entreprise ; en envoyant un signal de qualité des emplois offerts procurant un avantage significatif pour donner de l'attrait à l'organisation et attirer un personnel qualifié ou des talents particuliers ; une marque ou l'octroi d'un label rattaché au processus de RSE peut donner un avantage concurrentiel vis-à-vis du processus d'achat des consommateurs ; la RSE est également un outil de gestion des ressources humaines dans la mesure où elle favorise le dialogue social interne à l'entreprise, ce qui peut affecter le comportement des agents et renforcer la satisfaction et les attitudes positives des salariés au travail¹²². En matière de risques juridiques particulièrement, le processus de responsabilité sociale intégré à la gouvernance de l'entreprise constitue un outil de maîtrise des risques dans la mesure « où les entreprises les plus performantes du point de vue de la performance sociale de l'entreprise sont aussi celles qui ont les niveaux de risque les moins élevés »¹²³. Un outil de maîtrise des risques juridiques qui s'entend par une gouvernance globale et anticipée de l'organisation sur du moyen ou long terme qui permet à l'entreprise entre autres, de prévenir une nouvelle réglementation altérant le jeu concurrentiel sur un marché (coûts d'entrée, élévation des standards, etc), de diminuer les coûts par l'amélioration de l'efficacité juridique de l'organisation (notamment en matière de mesures fiscales) ou bien encore, en ce qui intéresse spécialement cette contribution, d'influencer la prévention du risque de contentieux économique. En effet, en engageant le dialogue social, l'entreprise anticipe le mécontentement, les conflits ou la violation de droits vis-à-vis des parties prenantes. En ayant connaissance et en respectant la réglementation en vigueur d'une part, et en anticipant la réglementation à venir d'autre part, l'entreprise évite de déployer ses opérations dans l'illégalité, et peut mettre en place des stratégies légales d'opportunité juridique lui procurant en plus un avantage compétitif. En anticipant les dommages que ses activités peuvent avoir sur son environnement, l'entreprise évite d'engager sa responsabilité juridique et se dispense de coûts

¹²² J.P. GOND et J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, Presses universitaires de France, 2008.

¹²³ J.P. GOND et J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, Op. Cit.

juridiques en termes de frais de justice, de réparation potentielle et d'impact sur sa réputation. Il en résulte que « *même si le concept de RSE est complexe, par le vaste champ qu'elle couvre, le bon sens des PME leur permettra d'y progresser à la bonne vitesse, et pas à pas* »¹²⁴, leur permettant de mettre en œuvre une gouvernance par la prévention des risques juridiques constitutive de performance économique, d'autant plus que le concept initialement fondé sur l'autorégulation fait l'objet d'une normalisation à la fois spéciale et générale en perpétuel développement.

PARAGRAPHE 2ND : LE DÉVELOPPEMENT DE MÉCANISMES DE NORMALISATION DE RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES

La particularité de la réglementation en matière de prévention des risques, à travers le processus de responsabilisation sociale des entreprises, tient à son caractère hybride, initiée par des démarches volontaires de la part des acteurs économiques, fortement encouragées par des organismes normalisateurs visant à guider les initiatives individuelles vers un minima de conformité. Une base conventionnelle qui a rapidement été complétée par l'intervention du législateur au cas par cas jusqu'à la consécration d'une obligation générale de prévention des risques dans la gouvernance de l'entreprise.

I. LA PRÉVENTION DE LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DE L'ENTREPRISE PAR L'APPARITION D'UNE NORMALISATION DE CONFORMITÉ

La responsabilité sociale est un concept initialement fondé sur l'initiative volontaire de l'entreprise ce qui, par définition, renvoie à un domaine de pratiques d'intégration de son environnement dans son mode de gestion et de transparence vis-à-vis des parties prenantes de l'organisation. Une définition de la RSE pouvant sembler à la fois vaste et ambiguë, ce qui complique son interprétation et pose de nombreuses interrogations aux dirigeants d'entreprise quant à son application concrète. Ces deux facteurs cumulatifs, renvoyant à une assimilation volontaire du concept de la RSE dans l'entreprise et une demande globale de référence que ce soit de la part des dirigeants ou des parties prenantes, expliquent en grande partie le développement de la normalisation. En effet, l'importance de la normalisation peut s'expliquer

¹²⁴ B. BISMUTH, *La PME dans la RSE, ou la RSE dans la PME*, Op. Cit.

par « *l'attitude des entreprises qui refusent la contrainte et souhaitent avancer volontairement sur le chemin de la RSE et la demande de nombreuses parties prenantes qui ont besoin d'éléments de jugement ou de comparaison entre entreprises, notamment les participants de la chaîne financière mais aussi les organisations de consommateurs ou les ONG* »¹²⁵. Caractéristique de la soft-law, la normalisation « *représente un référentiel commun pour objectiver et standardiser les pratiques* » de la responsabilité sociale et « *permet de garantir une certaine efficacité (aux entreprises) en proposant une solution collective à des problèmes techniques ou organisationnels* »¹²⁶. Une standardisation qui permet aux nombreux organismes normalisateurs qui se sont intéressés aux pratiques de RSE, que ce soit au niveau national ou international, de proposer des solutions et des méthodes toutes prêtes aux dirigeants d'entreprise qui souhaitent se conformer aux principes de la responsabilité sociale mais souffrent d'un manque de temps, de ressources financières et informationnelles, ou qui souhaitent simplement utiliser des normes de référence reconnues localement ou à l'étranger. Une solution qui peut être particulièrement intéressante pour les petites et moyennes entreprises qui ne disposent pas nécessairement de fonctions supports au sein de l'organisation, ni de moyens financiers à investir dans l'externalisation de ce service, afin d'ajuster la gouvernance de l'entreprise et de mettre en œuvre une telle conformité. Ce terme de conformité, loin d'être anodin, est la pierre angulaire d'une normalisation par la soft-law, traduisant une forme de gouvernance indirecte sur les acteurs économiques. Ces derniers, au lieu de se soumettre obligatoirement à des textes et réglementations contraignantes, vont volontairement intégrer des pratiques de référence pour ne pas perdre en compétitivité dans un environnement concurrentiel en perpétuelle évolution et donc se conformer à une base commune, ceci conduisant théoriquement à une dynamique sociale se bonifiant par elle-même. Une normalisation permettant donc aux entreprises de se conformer en douceur, et selon leurs caractéristiques, aux attentes sociales tout en anticipant et

¹²⁵ J.P. GOND et J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, Presses universitaires de France, 2008.

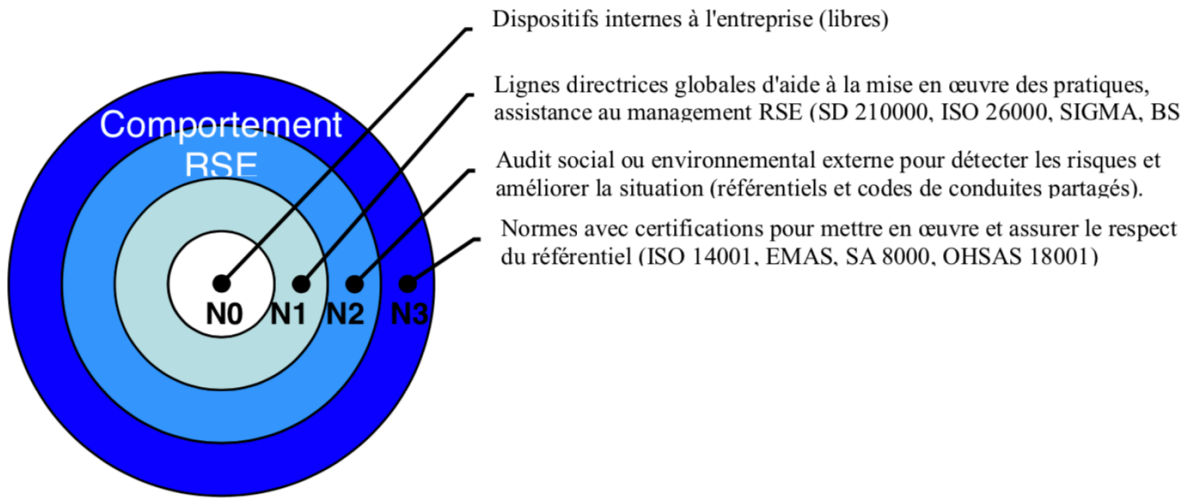
¹²⁶ V. HELFRISH, *La régulation des pratiques de RSE par les normes : Le cas de la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociale, Transversalité de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise : L'entreprise à l'aune de ses responsabilités vis-à-vis de l'homme, de l'environnement et du profit ?*, 5^e Congrès de l'ADERSE, 2008.

participant aux réglementations contraignantes de demain. En effet, en tant que dirigeant de PME, « *j'aurais déjà perdu mon entreprise et mon gagne-pain, si je n'avais pas participé [à la normalisation] ... Je risque gros, si je laisse à d'autres le soin de définir des règles qui ne me conviennent pas, mais que je devrai respecter parce qu'elles établissent une norme ? Mieux vaut participer à la normalisation dès le début* »¹²⁷, un témoignage révélateur de l'importance de la prise en compte et de l'anticipation de l'environnement juridique dans la gouvernance de l'entreprise, mais également de la difficulté de trouver une norme qui fasse consensus entre toutes les parties prenantes, chacune mettant en jeu ses propres intérêts.

Il advient que la responsabilité sociale des entreprises est caractérisée par une diversité d'intérêts tenant à la multiplicité des parties prenantes en jeu, de composantes, de spécificités, de domaines par le vaste champ d'application du concept et de différentes volontés d'intégration qui permettent d'expliquer la diversité des sources de normalisation. Le schéma ci-dessous illustre pertinemment les différentes applications, et implications, de l'intégration de la normalisation en matière de RSE dans l'entreprise :

¹²⁷ Témoignage de M. DENISON, Directeur général de Scuba Schools GMBH (École de plongée), PME basée en Autriche ; Voir dans : M. LAZARTE, *L'extraordinaire histoire de la plongée sous-marine*, ISO, 12 mai 2014, <https://www.iso.org/fr/news/2014/05/Ref1846.html> .

Figure 1 : Les stratifications de la normalisation de la RSE¹²⁸



Le **N0** correspond aux dispositifs entrepris en interne, à l'initiative de l'entreprise sans se référer à une norme en particulier. Il s'agit du niveau d'intégration de la responsabilité sociale qui consiste pour les petites et moyennes entreprises à des actions ponctuelles, effectuées par exemple dans le cadre des critères sociaux et environnementaux des appels d'offre de marchés publics. Il résulte effectivement de *l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015* une meilleure prise en compte des préoccupations sociales et environnementales permettant à l'acheteur public d'insérer des clauses sociales et environnementales, intégrant une dimension RSE dans les critères de sélection des entreprises postulant à un marché public, des contrats qui, soit dit en passant, sont particulièrement prisés des PME. Concrètement, ce sont des dispositifs tenant à l'embauche de salariés par des contrats de travail spéciaux ou faisant l'objet de discriminations positives par exemple, ou encore une considération environnementale dans la réalisation de l'objet du marché public en question (utilisation de matériaux écologiques, s'engager à réduire l'impact environnemental par un reboisement identique au déboisement nécessaire à l'activité, etc). Concernant le **N1**, il correspond aux initiatives d'intégration de principes directeurs relevant de référentiels communs issus du processus de normalisation. En pratique, ce niveau

¹²⁸ V. HELFRISH, *La régulation des pratiques de RSE par les normes : Le cas de la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociale, Transversalité de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise : L'entreprise à l'aune de ses responsabilités vis-à-vis de l'homme, de l'environnement et du profit ?*, 5^e Congrès de l'ADERSE?, 2008.

revient pour l'organisation à s'aider de lignes directrices globales et de les associer à la gouvernance de l'entreprise pour orienter son management, ses activités et ses projets dans un processus de RSE. La norme la plus connue se rapportant à ce niveau est probablement celle de l'*International Standardization Organization* : ISO 26000. Pour une présentation générale, « *les lignes directrices ISO 26000 sur la responsabilité sociétale sont un document d'une centaine de pages, divisé en sept « articles » ou chapitres. L'article 6 englobe à lui seul la moitié du document, et il fournit des orientations concernant six « questions centrales », à savoir : gouvernance de l'organisation, droits de l'homme, relations et conditions de travail, environnement, loyauté des pratiques, questions relatives aux consommateurs et communauté, et développement local* »¹²⁹. Publiée le 1^{er} novembre 2010, cette norme permet de fournir une référence globale aux entreprises en matière de responsabilité sociale puisqu'elle englobe tous les domaines et permet donc la mise en œuvre d'une gouvernance sociale générale. Pour ce qui est du *N2*, il correspond à un stade de gouvernance durable et éthique de l'entreprise via des processus d'audits sociaux et environnementaux de l'organisation. C'est le niveau visé par cette contribution puisqu'il ne s'agit pas seulement d'intégrer des lignes directrices socialement responsables dans la gouvernance mais bien d'adopter une gouvernance de l'entreprise à partir des lignes directrices du *N1* avec une prise en compte globale de l'environnement par la mise en œuvre d'une politique de gestion des risques, notamment juridiques, projetant l'entreprise dans l'avenir par un mode de gestion anticipé et donc durable. Sur ce point, les petites et moyennes entreprises peuvent se référer à la norme ISO 9001:2015 conçu pour aider les PME à *établir et à mettre en œuvre un système de management de qualité efficace*, par exemple ; mais surtout, et qui vont particulièrement intéresser la suite de cette contribution, aux normes ISO 31000 qui *fournissent des principes, un cadre et des lignes directrices pour gérer toute forme de risques*, permettant aux PME d'anticiper les risques, entre autres juridiques, et donc à protéger leur activité. Quant au *N3*, il correspond à un comportement d'entreprise qui s'intéresse d'avantage à une pratique de communication de la RSE via le processus de certification. Cette démarche permet, outre de mettre effectivement en place des processus de responsabilisation,

¹²⁹ RSCD et OSCO et POED, *La responsabilisation des entreprises pour le développement, Cartographie des mécanismes de responsabilité des entreprises et des interactions des donneurs avec le secteur privé dans le domaine du développement*, Document de recherche, Eurodad, avril 2015.

d'exposer, de revendiquer et d'utiliser la conformité de l'entreprise vis-à-vis des parties prenantes, que ce soit envers les consommateurs par la marchandisation de la RSE par exemple, ou encore pour assurer un niveau de qualité dans un domaine de RSE de l'entreprise envers des fournisseurs ou des clients à l'international. Les certifications constituent des initiatives qui sont, par essence, très standardisées dans le sens où les entreprises doivent répondre très précisément aux exigences posées par la norme. Il est néanmoins nécessaire de préciser qu'il existe de nombreuses normes et certifications, issues de nombreux organismes normalisateurs en dehors de l'ISO, tel que l'AFNOR, l'OIT en matière de normes sociales, l'OCDE, etc.

Il en résulte que l'encadrement normatif, en définissant une agrégation de pratiques, contribue à une forme de standardisation démocratisant son accès et son utilisation tant au niveau national qu'international par sa diffusion. Mais cette force de la normalisation et également sa faille puisqu' « *une trop forte standardisation de la perception des éléments constitutifs de la RSE ou du Développement Durable, risque de supprimer les diversités d'approches et de limiter la créativité dans le domaine* » et il advient que « *si le contenu d'une norme sur la RSE devient insuffisant pour répondre efficacement aux enjeux, rien ne garantit que les acteurs, qui ont adhéré à la norme, acceptent de modifier leurs comportements* »¹³⁰. Par ailleurs, l'engagement dans un processus de responsabilité sociale demeure une démarche volontaire, une normalisation réglementaire a donc été développée en parallèle afin de garantir une responsabilisation minimale des entreprises vis-à-vis de leur environnement en général, et en matière de prévention des risques juridiques en particulier.

II. LA CONSÉCRATION DE LA PRÉVENTION DES RISQUES ISSUE DE LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DE L'ENTREPRISE PAR LE GLISSEMENT NORMATIF DE LA RESPONSABILISATION

« La RSE s'intègre donc au sein d'un système normatif complexe et évolutif où droit souple et droit dur s'imbriquent et se complètent afin de répondre de la manière la plus adéquate possible aux attentes de l'ensemble des parties prenantes des entreprises dans les domaines

¹³⁰ V. HELFRICH, *Peut-on normaliser efficacement la RSE et ses pratiques ? : Étude du cas de la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale*, in *Revue de l'organisation responsable*, 2010, Vol. 5, n°1, p. 51.

social, environnemental et éthique », une évolution qui « *s'accompagne d'une nécessaire adaptation des instruments juridiques classiques à l'originalité de cette normativité* »¹³¹. La difficulté législative en matière de responsabilité sociale des entreprises, et notamment de prévention des risques, tient au fait du vaste champ d'application et de domaines auxquels renvoient la notion. Le sujet n'est pas ici de dresser une liste de toutes les réglementations ayant attrait à une gouvernance responsable et durable de l'entreprise mais de bien caractériser, de mettre en avant la progression du processus normatif en la matière. Un déploiement législatif qui s'intensifie d'années en années, et cela pas seulement en termes de densité de textes juridiques, mais également sur la portée des textes qui prônent de plus en plus une approche générale de prévention et opèrent un renversement singulier en la matière, de la réparation vers la répression des comportements inadéquats. En effet, il est possible d'observer que dans ce domaine, au lieu de les définir en amont et de déterminer les comportements proscrits ou à adopter en particulier, la réglementation prend le parti d'une normativité de programmation, c'est-à-dire par étapes ou objectifs à réaliser, ou encore de mis en œuvre de processus globaux de prévention des risques de comportements dommageables. En d'autres termes, les réglementations contraignent à prendre des mesures pour prévenir la survenance de risques dans tel ou tel autre domaine en laissant une marge de manœuvre et une autonomie aux acteurs économiques pour les mesures concrètes qui s'avèrent nécessaires, et le cas échéant, lorsqu'une mesure en particulier paraît essentielle, les pouvoirs publics interviennent en légiférant.

A l'image des démarches de comportement volontaire des entreprises, la normativité en matière de prévention des risques s'établit à différents niveaux, que ce soit en termes de domaines concernés, de sources juridiques, mais encore dans les différentes fonctions de gouvernance de l'entreprise. En effet, « *sous-tendant l'intégration des préoccupations du développement durable dans les stratégies d'entreprises et source d'innovations juridiques, la RSE infuse aujourd'hui la quasi-totalité des branches du droit* »¹³². A titre d'illustration, il suffit d'observer l'emprise croissante du juge de Strasbourg dans le contentieux économique et le droit

¹³¹ O. THIBOUT, *La responsabilité sociétale des entreprises : un système normatif hybride*, in *Revue juridique de l'environnement*, Lavoisier, 2016, Vol. 41, n° 2, p. 215 et s.

¹³² O. THIBOUT, *La responsabilité sociétale des entreprises : un système normatif hybride*, in *Revue juridique de l'environnement*, Lavoisier, 2016, Vol. 41, n° 2, p. 215 et s.

des affaires qui s'étend bien au-delà des seules libertés et droits fondamentaux proclamés initialement par la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, notamment en matière environnementale par la création, par ricochet aux droits consacrés, d'un droit à un environnement sain. Il en va de même pour l'Union Européenne qui encourage fortement la prévention des risques par les acteurs économiques à en croire par le livre vert qu'elle a publié en 2001 et les autres communications sur le sujet¹³³. Mais elle ne fait pas que promouvoir cette démarche, l'Union Européenne agit dans le domaine de la protection des droits fondamentaux par exemple par le biais de la Charte des droits fondamentaux adoptée en 2000 d'une part, mais encore de bien d'autres manières par la régulation du marché commun qui lui permet d'intervenir en droit social, notamment pour la santé et la sécurité au travail, en droit de la concurrence, ou encore en matière environnemental en finançant des programmes de « protection civile et accidents environnementaux ». Par ailleurs, outre les mesures directes, l'Union Européenne agit par l'intermédiaire des États membres en les contraignant à légiférer sur certains éléments. Au niveau national justement, de nombreuses réglementations couvrent le sujet de la responsabilité sociale de l'entreprise et son volet concernant la gouvernance de l'organisation par la prévention des risques et cela même au rang constitutionnel. En effet, outre les libertés et droits fondamentaux, le bloc de constitutionnalité garantie depuis 2005 les principes de prévention et de précaution en consacrant que « *toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences* ». Mais également que « *lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* »¹³⁴. Ces deux principes sont emblématiques d'une

¹³³ Voir sur ce point : COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, 2001, COM 366 — COMMISSION EUROPEENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Bruxelles, 25 octobre 2011.

¹³⁴ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1 mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF, n°0051 du 2 mars 2005 page 3697.

gouvernance par une politique de prévention des risques, qu'elle soit gouvernementale à l'échelle étatique ou managériale à celle de l'entreprise, plutôt que de mesures traitées au cas par cas. Parmi les mesures au gré, il est possible de mentionner par exemple : la *loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques* qui contraint à établir un rapport annuel d'activité prenant en compte les conséquences environnementales de son activité ; la *loi 2003-706 du 1er août 2003 dite de sécurité financière* qui oblige à des procédures de contrôles internes ; la *loi 2003-699 du 30 juillet 2003* qui introduit l'article L.512-1 du code de l'environnement pour réduire la probabilité et les effets des accidents pour les activités de graves dangers ou inconvénients ; l'*article L.230-2 du code du travail* qui prévoit l'obligation de procéder à l'évaluation des risques professionnels auxquels peuvent être confrontés les salariés¹³⁵ ; ou encore la *loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016* relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite Sapin II.

Cette multitude d'exemples non exhaustifs traduit la nécessité d'une norme qui émet l'idée générale de mise en œuvre d'une gouvernance de l'entreprise par la prévention des risques que constituent les activités de l'entreprise sur son environnement, et inversement. Malheureusement, il aura fallu un évènement tragique pour que le législateur français intervienne et innove en adoptant le 27 mars 2017, la loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. En effet, le projet a été initié suite à l'effondrement de l'immeuble Rana Plaza au Bangladesh en avril 2013 qui « *au-delà de l'émotion suscitée par le drame qui a coûté la vie à plus de 1100 travailleurs, le projet part du constat d'une multiplication de crises environnementales ou sociales impliquant des acteurs liés par leur activité économique (tel un siège et sa filiale, ou une entreprise et un sous-traitant), mais indépendants aux yeux du droit* »¹³⁶. En réaction à cet accident, la volonté des parlementaires a donc été d'encadrer les entreprises et de les responsabiliser vis-à-vis de l'impact de leurs activités. Il est question d'instaurer une obligation de vigilance en amont de la survenance de potentiels dommages environnementaux, sanitaires ou liés aux libertés et droits

¹³⁵ F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Paris, Organisation, 2006.

¹³⁶ A. ACQUIER, *Élargir la responsabilité des sociétés mères à leurs filiales et leurs fournisseurs ? Analyse de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères*, in *Revue de l'organisation responsable*, 2014, Vol. 9, n° 2, p. 76 et s.

fondamentaux que peuvent occasionner les activités de l'entreprise à son environnement, une obligation accompagnée, afin de garantir son efficacité auprès des acteurs économiques, d'un régime de responsabilité en cas de manquement. Il advient en revanche que conformément à l'idéologie d'obligation de prévention, la loi ne met en œuvre qu'une obligation de moyen envers la prévention des risques, ce qui signifie que si un risque se réalise, l'entreprise devra uniquement apporter la preuve qu'elle a mis en place des mesures nécessaires et raisonnables pour prévenir les dommages, et non une obligation d'empêcher les risques de survenir. Ce texte, qui s'adresse à priori seulement aux grandes entreprises, intéresse particulièrement cette contribution dédiée aux petites et moyennes entreprises en raison des enjeux qu'il comporte. Via ce texte, la prévention des risques n'est plus simplement une contrainte juridique à intégrer aux prises de décisions mais bel et bien un élément déterminant de la gestion de l'entreprise pour une gouvernance repensée, non plus de manière volontaire mais obligatoire, comme condition de l'accès au marché pour toutes les petites et moyennes entreprises entretenant des relations commerciales avec les grandes entreprises. En effet, ces dernières engageant leur responsabilité en raison de leur politique de prévention des risques mais également envers celles de leurs sous-traitants, les petites et moyennes entreprises seront certainement tributaires des mêmes obligations par ricochet que les grandes entreprises. Les PME ne peuvent plus ignorer le sujet et doivent donc avoir conscience qu'un nouveau rapport de force concurrentiel est à l'œuvre au prisme de la prévention des risques juridiques, dont les règles dépendront de l'application de cette loi par les grandes entreprises.

CHAPITRE 2ND : LE DOMAINE DE LA RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DU RISQUE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

La responsabilisation de l'entreprise s'entend de la prise de conscience de son environnement par celle-ci, puis de son intégration au sein de la gouvernance de l'organisation par la mise en œuvre d'une politique de gestion des risques juridiques. Mais pour cela, encore faut-il appréhender justement les différentes notions qui constituent la gouvernance des risques juridiques des petites et moyennes entreprises et les obligations légales qui les régissent. En effet, afin de mettre en œuvre un plan de vigilance à la fois conforme aux obligations issues de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 retranscrite dans l'article L.225-102-4 du Code de commerce, et bénéficier ainsi d'un audit global et conforme à l'environnement juridique de l'organisation, il est nécessaire pour l'entreprise de définir en amont la notion de risque juridique et les processus de management des risques à mettre en œuvre. Une fois que l'entreprise a réussi à intégrer le concept d'une politique de gestion des risques juridiques, celle-ci peut se saisir de son environnement juridique et envisager la prévention obligatoire des risques d'atteintes graves aux droits humains et aux libertés fondamentales, à la santé et à la sécurité des personnes, et à l'environnement ; mais anticiper également les autres risques juridiques non codifiés pouvant affecter l'entreprise et son dirigeant de manière globale.

SECTION 1 : LA NOTION DE GOUVERNANCE DU « RISQUE JURIDIQUE » DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

SECTION 2 : LE CHAMP D'APPLICATION DE LA RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DU RISQUE JURIDIQUE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

SECTION 1^{ÈRE} : LA NOTION DE GOUVERNANCE DU « RISQUE JURIDIQUE » DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

Bien que la notion de risque juridique s'appuie sur la présence cumulative d'un aléa et d'un environnement juridique, elle peut se dépeindre de multiples manières tant son domaine d'application est large, sa survenance peut prendre des formes diverses et sa perception est personnelle. Une notion appréhendée et maîtrisée dans le cadre de la théorie du management des risques qui permet à l'entreprise d'intégrer le risque juridique, de le gérer, de le traiter et de l'utiliser stratégiquement dans le cadre de sa gouvernance.

PARAGRAPHE 1^{ER} : LA DÉFINITION DU « RISQUE JURIDIQUE » DE L'ENTREPRISE

Fondé sur une base d'incertitude, de norme juridique et d'aléa sur l'environnement dans lequel évolue l'entreprise, pouvant emporter des conséquences sur ses activités, le risque juridique est également aussi divers que les différents aspects qu'il peut recouvrir et de la manière dont il peut être perçu par les différentes parties prenantes de l'organisation qui vont tenter de le prévenir et de le traiter.

I. LA CARACTÉRISATION DU « RISQUE JURIDIQUE » DE L'ENTREPRISE

La notion de « risque juridique » est délicate à appréhender en raison de sa double référence à une définition générale d'incertitude et à un environnement juridique divers et complexe de l'entreprise, une combinaison pouvant aboutir à différents aspects en termes de répercussion dans la gouvernance du risque juridique.

A. LA DÉFINITION GÉNÉRALE DU RISQUE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

Avant même de pouvoir mettre en œuvre une politique de prévention des risques au sein de la gouvernance de son entreprise, encore faut-il être en mesure de définir ce qu'est un risque en soi, puis ce que constitue un risque juridique afin de pouvoir l'identifier dans l'organisation et prévenir sa survenance. Une définition qu'il n'est pas si aisée de dépeindre tant les références faites à la notion de « risque » sont nombreuses et disparates, celui-ci étant tantôt « *identifié au singulier, comme s'il s'agissait d'une notion univoque dont les manifestations se déclinent au gré des hypothèses, (tantôt) à l'opposé, le risque est encore parfois identifié comme une notion*

plurielle variant au gré des espèces »¹³⁷. En effet, le Centre européen de Normalisation a répertorié pas loin de 60 références se rapportant à la notion de risque que ce soit une « non-conformité » en termes de qualité de l'entreprise, ou une « pollution » en matière environnementale, se rapportant notamment à la normalisation en matière de RSE. Concernant directement l'impact des activités de l'entreprise, la notion est rapportée aux termes de « défaillance » ou « d'atteinte » sur son environnement mais également, d'un point de vue financier comme un « rendement » ou une « opportunité ». Bien que tout un lexique soit rattaché à la notion de risque, notamment pour l'appréhender à travers toutes ses formes, une définition unique, ou tout du moins générale, est nécessaire pour en faciliter l'approche, l'identification et la communication entre les différentes parties prenantes. Il en résulte que dans le langage courant, un risque est une possibilité, une probabilité d'un fait, d'un événement considéré comme un mal ou un dommage ; ou bien encore un danger, un inconvénient plus ou moins probable auquel on est exposé¹³⁸. Pour la directive *CEE Seveso II du 9/12/1996* relative à la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, le risque est « la probabilité qu'un effet spécifique se produise dans une période donnée ou dans des circonstances déterminées »¹³⁹. Pour définir le risque au travers de la perception de l'organisation, il faut prendre en compte les spécificités de l'entreprise qui consistent en la recherche de performance et aspirent à des résultats dans la réalisation de ses objectifs. Si le risque est une incertitude liée aux événements futurs, et l'entreprise une combinaison stratégique de ressources diverses visant à réaliser un objectif fixé par son dirigeant, le risque peut être défini pour l'entreprise comme l'effet de l'incertitude sur les objectifs¹⁴⁰. Des situations d'incertitude qui peuvent naître ou évoluer en raison de diverses situations propres à l'activité de l'entreprise notamment, pour ce qui intéresse cette contribution, dans leurs dimensions juridiques.

¹³⁷ G. DEHARO et S. POINT et A. MADANAMOOHOO, *Les risques en entreprise : dialogues entre la gestion et le droit*, in *Management & Avenir*, 2014, Vol. 74, n° 8, p. 135.

¹³⁸ Risque. Larousse, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>.

¹³⁹ Article 3 de la directive CEE Seveso II du 9/12/1996 relative à la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses.

¹⁴⁰ ISO, *Norme 31000 : 2009*, ISO, 2009.

Le risque juridique s'exprime dans tous les aspects de la vie de l'entreprise en elle-même, mais expose également l'entreprise du fait de l'application même des normes positives et à venir. Il advient que « *considérer le risque juridique comme résultant de la conjonction d'une norme juridique et d'un évènement nous semble constituer une base de départ solide et prospère, qui présente le mérite d'être simple à exprimer (...) Sur cette base, il faut introduire le facteur d'incertitude, pouvant porter sur la norme ou sur l'évènement, sans laquelle il n'y a pas de risque. (...) La définition du risque juridique peut ensuite être utilement complétée : cette rencontre entre une norme juridique et un évènement dans un contexte d'incertitude va engendrer des conséquences susceptibles d'affecter la valeur de l'entreprise et/ou remettre en cause ses objectifs ...* »¹⁴¹. En conclusion, le risque juridique est un événement incertain lié à une règle de droit susceptible d'affecter l'entreprise qui peut être constitué : tantôt par la méconnaissance, la difficulté ou encore la mauvaise interprétation de la norme, tantôt par le changement de norme, tantôt par la transgression active d'une norme juridique de la part du dirigeant ou des agents de l'entreprise. Pour aller plus loin, une étude du cabinet Fidal considère le risque juridique comme étant lui-même un « *risque de devoir modifier le fonctionnement de l'entreprise ou de subir un préjudice matériel ou immatériel du fait d'une situation de droit ou d'un fait ou d'un acte juridique* » ; un préjudice pour l'entreprise qui peut être constitué par « *la mise en jeu d'une responsabilité, des sanctions, un redressement fiscal, une atteinte à la réputation, ou la perte d'opportunité d'où résulteraient un manque de résultats, une perte d'actifs, l'inefficacité d'un contrat, la perte d'un gain fiscal, etc* »¹⁴². En effet, la combinaison des phénomènes de juridisation et de judiciarisation d'une part, et de responsabilisation sociale d'autre part, ont eu pour effet d'étendre les domaines de responsabilité juridique de l'entreprise et d'aggraver les sanctions à son encontre. Une situation d'exposition accrue aux risques, notamment de contentieux économique qui constitue l'apanage des risques juridiques en tant que conséquence de la survenance de ses derniers, qui attire et sensibilise de plus en plus les

¹⁴¹ C. COLLARD et C. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, Paris : LGDJ, Collection *Droit des Affaires*, 2010.

¹⁴² FIDAL et AMRAE, *La gestion du risque juridique dans l'entreprise*, 2012.

dirigeants d'entreprise à une gouvernance par la prévention et l'utilisation à bon escient des caractéristiques diverses de la notion de « risque juridique ».

B. LES ASPECTS DU RISQUE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

La notion de risque juridique revêt différents aspects constitutifs de divers enjeux pour l'entreprise que ce soit dans l'identification des risques juridiques eux-mêmes, que dans leurs impacts sur les objectifs à réaliser par l'entreprise ou bien encore des stratégies économiques qui vont naître des décisions prises par le dirigeant quant à leur prévention ou non.

1) *LE RISQUE JURIDIQUE AVERÉ OU SUSPECTÉ PAR L'ENTREPRISE*

Le risque juridique, tel qu'il a été défini précédemment, procède de la combinaison d'une norme juridique et d'un événement susceptible d'affecter partiellement ou totalement les buts de l'entreprise. Il est néanmoins nécessaire de considérer lors de l'identification des risques juridiques auxquels l'organisation est soumise, que les événements incertains peuvent être avérés ou simplement suspectés. En effet, les risques juridiques avérés sont connus des agents de l'entreprise et, en tant que tel probabilisables lors de l'établissement de la cartographie des risques de l'organisation. Matériellement, les risques connus de l'entreprise sont principalement ceux auxquels elle a déjà été confrontée, et à quelle fréquence elle a dû y faire face, ce qui lui permet de savoir qu'elle doit les intégrer directement dans une politique de prévention. A l'inverse, le risque suspecté correspond à un événement auquel l'entreprise pourrait potentiellement être soumise mais auquel elle n'a pas encore été confrontée, ce qui complique son anticipation en raison de plusieurs facteurs tenant à la difficulté de son identification, de sa probabilisation et donc de sa prévention. Une différence qui explique que le risque avéré relève d'avantage d'un principe de prévention alors qu'à l'inverse, le risque suspecté s'inscrit dans une logique tenant au principe de précaution. Une distinction nécessaire dans la compréhension des risques juridiques pour une mise en œuvre d'une politique de prévention et de traitement des risques qui se doit, pour être efficace, d'intégrer les deux catégories puisque chacune peut avoir des conséquences sur l'entreprise, des conséquences connues qu'il faut enrayer pour les uns, et des impacts inconnus qu'il faut prévenir pour les autres.

2) LE RISQUE JURIDIQUE POSITIF OU NEGATIF POUR L'ENTREPRISE

Un risque juridique est constitutif non seulement de la probabilité de réalisation d'un événement incertain dans l'aspect juridique de l'environnement de l'entreprise, mais également des conséquences de sa survenance. Bien qu'il soit souvent analysé sous cet angle, le risque juridique n'implique pas nécessairement que des impacts négatifs mais peut également être une source d'effets positifs pour l'entreprise. Raison pour laquelle, lors de l'identification et de la prévention des risques de l'entreprise, il est nécessaire de distinguer le risque négatif du risque positif pour la gouvernance de l'organisation. Certes, le risque juridique négatif peut emporter des répercussions désastreuses pour l'entreprise et cela de diverses manières, que ce soit en engageant sa responsabilité, en lui faisant subir un préjudice du fait d'une défaillance ou suite à un dommage qu'elle aurait causé à son environnement, ou encore en raison d'un changement dans les réglementations applicables à l'organisation. Un aspect du risque juridique caractéristique d'une faute de l'entreprise, c'est-à-dire un « *acte ou omission constituant un manquement intentionnel ou non, soit d'une obligation contractuelle, soit d'une prescription légale, soit à l'obligation de se comporter avec diligence et loyauté envers ses semblables* »¹⁴³. Néanmoins, contrairement au précédent qui est une source de vulnérabilité et d'insécurité juridique pour l'entreprise, le risque juridique aux conséquences positives est un facteur de nouvelles opportunités pour l'organisation. Matériellement, deux volets du risque positif peuvent être distingués comprenant d'une part, « *l'évolution de la norme qui offre de façon impromptue de nouveaux droits, de nouvelles opportunités dans tous les sens du terme à l'organisation* » ; et d'autre part, « *le conseil qui permet à l'organisation d'exploiter une norme nouvelle ou existante pour lui faciliter l'atteinte de ses buts* »¹⁴⁴. Dans le premier cas, il appartient à l'entreprise de se saisir des opportunités des normes juridiques nouvelles ; alors que dans le second cas, il s'agit de maîtriser le risque juridique et de l'utiliser de manière contrôlée et à bon escient afin d'en faire un atout pour l'entreprise. Il en résulte qu'il est souhaitable de mesurer convenablement l'impact des risques juridiques pour prévenir les risques négatifs et tirer avantage des risques positifs dans la gouvernance de l'entreprise.

¹⁴³ Faute. Petit Robert.

¹⁴⁴ F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Paris, Organisation, 2006.

3) LE RISQUE JURIDIQUE ACCEPTE OU REFUSE PAR L'ENTREPRISE

Le risque juridique est caractérisé par l'incertitude quant à sa survenance et donc à la réalisation des conséquences qu'il implique sur l'entreprise, qu'elles soient positives ou négatives. Néanmoins, dès lors que l'organisation a identifié le risque juridique auquel elle est soumise et mesuré ses conséquences éventuelles, elle reste tributaire du choix de l'utilisation de cette information dans le cadre de sa prévention. Bien qu'elle reste responsable des dommages et préjudices éventuels choisis ou non, il revient à l'entreprise de décider d'accepter le risque juridique ou de le refuser. Dans le premier cas, le risque identifié est considéré comme « inhérent à l'organisation qui peut prendre des mesures pour l'optimiser, c'est-à-dire pour réduire ses conséquences négatives et prendre en charge son coût résiduel. Ou bien, le risque est considéré comme mineur, avec une occurrence et des conséquences faibles pour l'organisation, et elle accepte d'y être exposé sans prendre de mesures particulières pour le traiter ou le réduire ». En revanche, pour le second cas, « *l'organisation décide de refuser d'être exposé à un risque qu'elle a identifié et préfère abandonner de développer une activité susceptible de générer ce risque, le coût de traitement paraissant excessif par rapport à l'avantage escompté envers les buts de l'organisation* »¹⁴⁵. La vie d'une entreprise est un flot incessant de décision d'acceptation ou de refus du risque, dans le sens où toutes les actions et/ou inactions de l'organisation constituent un risque juridique (une embauche, un contrat, le lancement d'un nouveau produit, un conflit, etc), pour lesquelles il faut décider de prendre le risque de les mettre en œuvre ou d'y renoncer. L'enjeu pour l'entreprise est donc d'aller de l'avant en acceptant de prendre le risque d'entreprendre, mais de manière réfléchie en anticipant et en prévenant les conséquences des risques en question, afférents à son développement.

II. LA CONCEPTION DU « RISQUE JURIDIQUE » PAR LES DIFFÉRENTES PARTIES PRENANTES DE L'ENTREPRISE

Prendre conscience de son environnement et mettre en place une prévention des risques juridiques est nécessaire pour une gouvernance pérenne de l'entreprise, mais encore faut-il être en mesure d'avoir une vision globale de cet environnement juridique à prévenir. Effectivement, chacun détient un point de vue bien déterminé des risques juridiques en fonction de sa position

¹⁴⁵ F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Op. Cit.

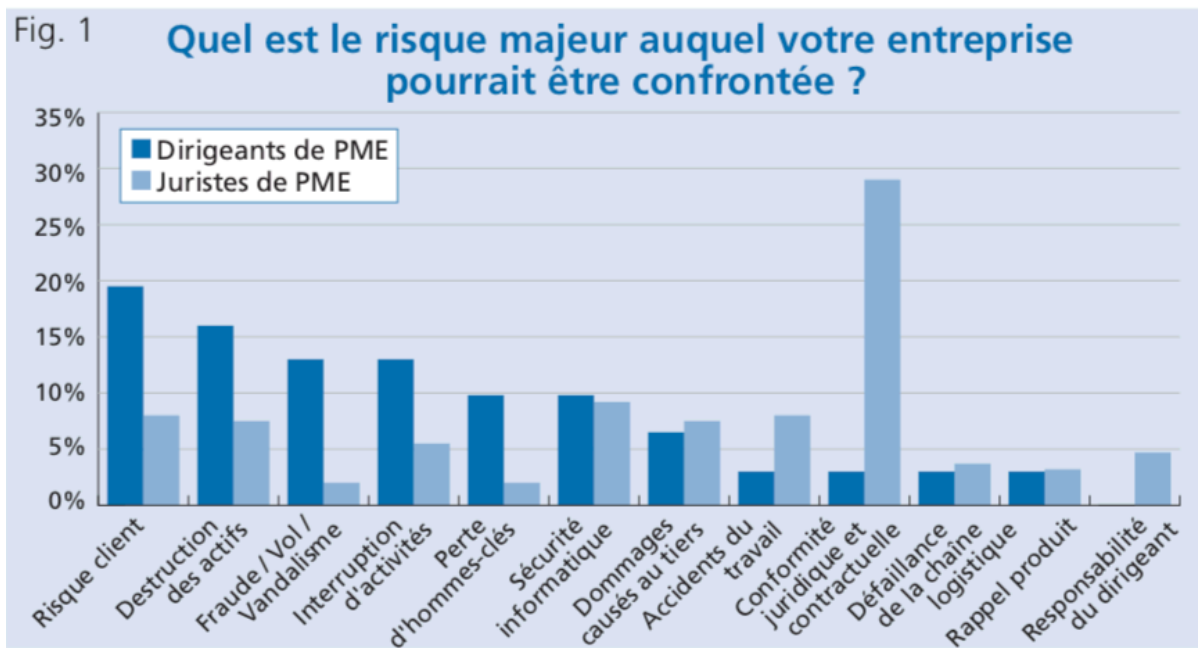
dans l'entreprise, de sa fonction et des objectifs qu'il doit mettre en œuvre. Une perception des risques juridiques et de leurs conséquences qui va donc varier en fonction des parties prenantes intégrées au plan de prévention de l'entreprise. Afin de savoir « *qui, dans l'organisation, peut être concerné par le risque que l'on souhaite traiter, en l'occurrence, les acteurs concernés par la matière juridique et le risque qu'elle génère le cas échéant* »¹⁴⁶, il faut définir les parties prenantes des petites et moyennes entreprises à intégrer au plan de vigilance. En somme, il s'agira de toutes les personnes qui peuvent être potentiellement affectées par les risques juridiques, autrement dit à la fois les personnes ou groupes de personnes ayant un intérêt dans le fonctionnement ou le succès de l'entreprise. Ces personnes peuvent être internes à l'entreprise comprenant à la fois le dirigeant, les opérationnels, les managers et les représentants du personnel pour les petites et moyennes entreprises dont la taille les requiert ; mais il faut également intégrer des personnes externes pouvant être affectées par les décisions et les activités de l'entreprise, parmi lesquelles il faut compter les clients, les fournisseurs, les organismes publics et financiers, etc. Il est donc nécessaire de prendre en compte la « *manière dont une partie prenante considère un risque à partir d'un ensemble de valeurs ou de préoccupations* »¹⁴⁷ qui sont les siennes puisque cette perception va engendrer des conséquences sur la prévention finale des risques juridiques. En effet, si les risques relevés par les différentes parties vont dépendre de leurs besoins et connaissances, il est nécessaire d'intégrer différentes conceptions afin que le plan de prévention soit le plus complet possible, les intérêts des parties en question étant divergents. Prenons par exemple, les opérationnels qui peuvent être à la source de nombreux risques juridiques dans l'exercice des activités de l'entreprise, par méconnaissance des normes juridiques applicables à leur fonction, et conduire à des comportements transgressifs ; ou encore les managers qui, quant à eux, sont plus sensibles à la notion puisqu'ils ont conscience que les risques peuvent être en mesure de perturber le fonctionnement de l'entreprise mais dont la perception peut être biaisée par leur fonction principalement managériale. En ce qui concerne les dirigeants, ils « *s'attachent davantage aux conséquences*

¹⁴⁶ F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Op. Cit.

¹⁴⁷ AFNOR, *Les PME sont-elles bien armées pour résister aux chocs ? Perception réalité des risques et capacité d'adaptation des PME*, 2015.

financières et économiques des risques mettant en péril l'activité et le patrimoine de l'entreprise »¹⁴⁸. Il reste que les juristes voient le risque juridique en toute circonstance tentant d'anticiper l'aléa dans tous les faits et actes que l'entreprise leur soumet. Cela avec une perception des risques relevant d'avantage d'une réflexion faits-dommages potentiels, et des moyens de les neutraliser, plutôt qu'en termes d'impacts économiques et financiers. Des divergences de perception qui vont se retrouver dans l'importance consacrée à chaque risque juridique en fonction des parties prenantes qui s'y intéressent. En effet, à titre d'illustration, le graphique ci-dessous permet de visualiser cette distinction de considération du risque juridique en fonction des intérêts recherchés par chacun au sein de l'organisation :

Figure 2 : Distinction d'importance du risque juridique en fonction des parties prenantes¹⁴⁹



Il advient, selon une enquête menée par les organismes MARSH et AFJE en 2005, que les intérêts divergents entre les dirigeants d'entreprise et les juristes au sein de la société conduisent à considérer différemment l'importance des risques juridiques de l'organisation. Il

¹⁴⁸ MARSH & MCLENNAN COMPANIES et AFJE, *Les dirigeants et les juristes de PME face à la gestion des risques*, 2005.

¹⁴⁹ MARSH & MCLENNAN COMPANIES et AFJE, *Les dirigeants et les juristes de PME face à la gestion des risques*, Op. Cit.

est possible d'observer que les dirigeants se préoccupent d'avantage des risques matériels, c'est-à-dire directement reliés aux aspects économiques de l'entreprise, à son activité et à ses investissements. Par exemple, pour le dirigeant, le risque juridique primordial pour l'entreprise est le risque client, les insatisfactions et les impayés entre autres, ou encore la destruction d'actifs ; alors que la conformité juridique et contractuelle ne représente pas beaucoup d'intérêt aux yeux du dirigeant, sans parler de sa propre responsabilité à laquelle il ne porte aucune attention. A l'inverse, la conformité juridique de l'entreprise est la priorité des juristes en comparaison à tous les autres risques, notamment d'activité ou économique qui ne requièrent qu'une attention minimale de leur part. Une perception radicalement différente qui semble logique en raison des objectifs défendus par l'un et l'autre, le juriste ayant pour mission de mettre en conformité les activités de l'entreprise avec les réglementations alors que le dirigeant vise à atteindre des objectifs de développement économique. « *Autrement dit, il semble que l'on puisse opposer une culture de résultats à une culture de prévention* »¹⁵⁰ entre le dirigeant d'entreprise et le juriste, les deux se complétant dans un plan de vigilance des risques juridiques. C'est la raison pour laquelle, bien que disposant de moyens réduits par rapport aux grandes entreprises, le dirigeant d'une petite et moyenne entreprise ne peut raisonnablement pas se saisir de la problématique de prévention des risques juridiques de manière autonome. En effet, l'intervention de différentes parties prenantes, notamment d'un juriste, que ce soit dans le cadre d'une prestation externalisée ou en interne pour les PME dont la taille de la structure le permet, s'avère nécessaire afin de bénéficier d'une vision plus globale de la perception des risques juridiques, et ainsi mettre en place une politique de prévention qui correspond d'avantage à la diversité des risques que comporte l'environnement juridique de l'entreprise. Une représentation générale des risques juridiques de l'organisation, mais également de leur importance en termes de probabilisation et d'impact, qui doit permettre d'élaborer un plan de vigilance construit avec méthode, conformément aux principes de la théorie du « management des risques ».

¹⁵⁰ MARSH & MCLENNAN COMPANIES et AFJE, *Les dirigeants et les juristes de PME face à la gestion des risques*, Op. Cit.

PARAGRAPHE 2ND : L'ORGANISATION DU MANAGEMENT DES RISQUES JURIDIQUES DANS LA GOUVERNANCE DE L'ENTREPRISE

La théorie du management des risques préconise la mise en place d'une politique de gestion des risques juridiques par l'entreprise afin d'évoluer dans un environnement juridique sécurisé mais également, d'intégrer ce plan de prévention en amont, au cœur de la gouvernance de l'entreprise afin d'adopter une démarche globale et stratégique de vigilance permettant à l'organisation d'anticiper les risques juridiques efficacement pour perdurer.

I. LA THÉORIE DU « MANAGEMENT DES RISQUES » OU L'ART DE LA GOUVERNANCE DE L'ENTREPRISE

Le management des risques juridiques de l'entreprise consiste en un processus de prise en compte de son environnement, dans sa définition la plus large, par l'organisation et de gestion des risques juridiques y afférents dans le cadre de principes directeurs, de leur identification à leur implication stratégique pour l'entreprise.

A. LA NOTION DE « MANAGEMENT DES RISQUES »

« J'emprunterai une formule de Napoléon : se faire battre est excusable, se faire surprendre est impardonnable »¹⁵¹, ce qui signifie que l'entreprise ne peut raisonnablement plus se laisser surprendre et impacter, du moins négativement, par son environnement juridique. Pour cela, il est nécessaire d'intégrer une culture juridique dans la composante organisationnelle de l'entreprise, source de richesse et de complexité pour celle-ci, qui lui permettra de prendre conscience de l'environnement qui est le sien et de mettre en œuvre, par la suite, une gouvernance en matière de management des risques qui soit efficace. Une culture organisationnelle qui consiste en « un ensemble complexe de valeurs, de croyances, de philosophies et de symboles qui déterminent la manière dont une entreprise conduit ses affaires » et dont « découlent des pratiques communes »¹⁵². En somme, la culture juridique

¹⁵¹ MARSH & MCLENNAN COMPANIES et AFJE, *Les dirigeants et les juristes de PME face à la gestion des risques*, Op. Cit.

¹⁵² C. ROQUILLY, *Chronique sur la performance juridique : la culture juridique d'entreprise, facteur-clé et tacite de la performance juridique*, in *Petites Affiches*, 10 décembre 2012, Lextenso, n° 246.

organisationnelle de l'entreprise est le fruit d'un processus d'accumulation d'influences, d'événements et de phénomènes qui vont dépendre de ses interactions propres en internes, et vis-à-vis de ses relations externes, et vont forger son environnement juridique. Il advient donc que « *les valeurs que les individus partagent au sein de l'entreprise et transmettent aux nouveaux arrivants, les process qui permettent l'ancrage de ces valeurs, l'histoire de l'entreprise, ses activités et les caractéristiques du marché sur lequel elle évolue* » permettent de construire « *une culture forte, c'est à dire basée sur des valeurs fortement cristallisées et partagées entre les acteurs de cette culture (qui permettent à l'organisation de) se doter d'un avantage concurrentiel déterminant* »¹⁵³. Une fois que l'entreprise a cerné la culture juridique organisationnelle qui est la sienne, autrement dit qu'elle a pris conscience de son environnement, celle-ci est en mesure d'utiliser des outils juridiques dans le cadre de sa gouvernance en vue de tendre vers une performance juridique prémunissant sa sécurité économique. L'un de ses outils consiste en l'application des composantes du système de management des risques, ou « *risk management* », dans le cadre de la gouvernance juridique de l'entreprise.

Le système de management des risques est défini, selon le Committee of Sponsoring organizations of the Treadway Commission (COSO II report, 2004), comme étant « *un processus mis en œuvre par le conseil d'administration, la direction générale, le management et l'ensemble des collaborateurs de l'organisation. Il est pris en compte dans l'élaboration de la stratégie ainsi que dans toutes les activités de l'organisation. Il est conçu pour identifier les évènements potentiels susceptibles d'affecter l'organisation et pour gérer les risques dans les limites de son appétence pour le risque. Il vise à fournir une assurance raisonnable quant à l'atteinte des objectifs de l'organisation* ». En d'autres termes, il s'agit d'un procédé visant à identifier les risques juridiques afférents à l'activité de l'entreprise, les évaluer et les prioriser dans le cadre d'une cartographie des risques, et ce peu importe la nature et l'origine du risque ; cela dans l'objectif de mettre en œuvre une politique de traitement de ces derniers au sein de la gouvernance de l'entreprise permettant de les enrayer, les réduire ou les contrôler, autrement dit de les gérer, afin de réduire les impacts potentiels de leur survenance sur l'organisation. Une

¹⁵³ C. ROQUILLY, *Chronique sur la performance juridique : la culture juridique d'entreprise, facteur-clé et tacite de la performance juridique*, Op. Cit.

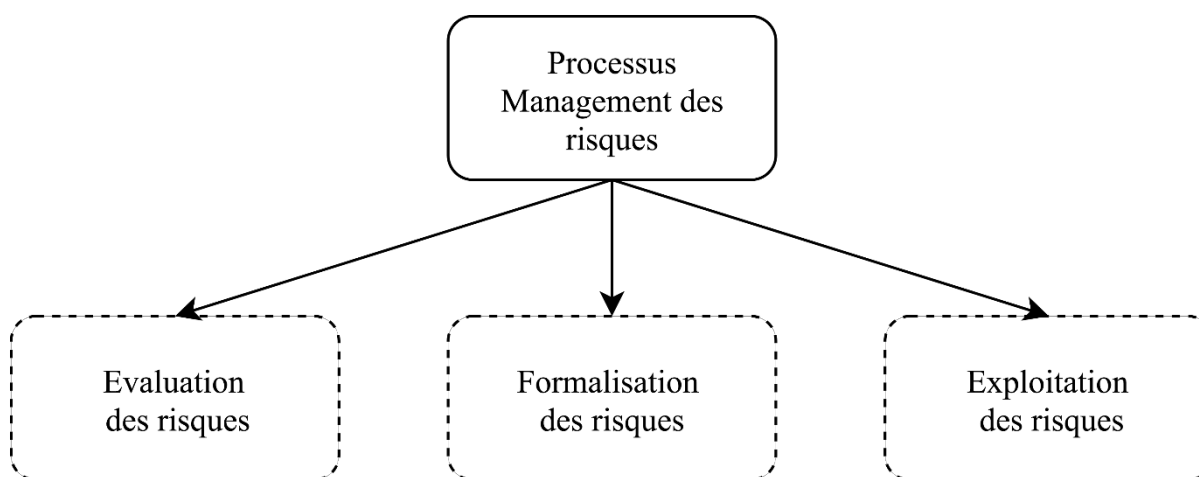
gestion d'autant plus importante pour le dirigeant d'une petite et moyenne entreprise, un entrepreneur considéré comme celui qui prend le plus gros risque, celui d'entreprendre, et qui risque tout dans sa réalisation. Bien que le fait d'entreprendre, que le développement d'une entreprise et que son environnement soient substantiellement porteurs de risques pour celle-ci et son dirigeant, il s'agit de prendre conscience des risques juridiques qui pèsent sur l'entreprise et de les accepter. Une acceptation des risques par l'entrepreneur qui permet de mieux les identifier et donc, par la suite, de mieux les traiter afin d'assurer le développement durable et la survie de l'entreprise. Un management des risques primordial pour les PME en raison des conséquences à la fois juridiques et extra-juridiques qui procéderaient de la réalisation de l'un d'eux. En effet, un risque étant la combinaison d'un événement et de ses conséquences, dans le cadre du risque juridique, les conséquences sont doubles. Il faut envisager que le risque juridique se concrétise en risque contentieux ou en risque judiciaire d'une part, puis qu'ils génèrent des risques extra-juridiques dans la réalisation de leurs conséquences. En effet, le risque juridique est un fait susceptible d'ouvrir droit à un recours contre l'entreprise ou de priver celle-ci d'un droit, une situation pouvant conduire à un risque de contentieux en cas d'introduction effective d'un recours. Un risque de contentieux pouvant lui-même évoluer en risque judiciaire, c'est-à-dire un risque de condamnation de l'entreprise conduisant à des conséquences juridiques telles que la réparation par le paiement de dommage-intérêts de la part de l'entreprise, des sanctions pécuniaires, etc. Mais ce n'est pas tout, les risques juridiques précédents peuvent s'accompagner, pour chacun, de conséquences non-juridiques telles que l'atteinte à l'image de l'entreprise, la déstabilisation de son management, la dégradation de sa position concurrentielle, la mise en péril de ses activités et de sa stabilité économique et financière, etc¹⁵⁴. Une réaction en chaîne qu'il est possible de neutraliser, dans la mesure de ce qui est prévisible, à la source via la mise en œuvre d'un processus de gestion des risques au sein de la gouvernance de l'entreprise. Il s'agit maintenant de déterminer comment mettre en œuvre la méthode de management des risques dans les rouages organisationnels de l'entreprise et les principes directeurs qui régissent ce processus.

¹⁵⁴ A. MASSON et H. BOUTHINON-DUMAS, *L'approche « Law & Management »*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, Dalloz, 2011.

B. LES PRINCIPES DU « MANAGEMENT DES RISQUES »

Bien qu'il en soit question de manière plus détaillée pour chaque catégorie dans la suite de cette contribution, de manière générale, le management des risques comporte trois processus qui sont l'évaluation des risques, leur formalisation et leur exploitation :

Figure 3 : Processus de management des risques de l'entreprise



Pour la *première étape*, l'évaluation des risques juridiques consiste en l'identification des risques afférents à l'environnement dans lequel évoluent les activités de l'organisation ; leur priorisation en fonction de leur occurrence, probabilité et fréquence de survenance, mais également d'après l'intensité des conséquences qu'ils représentent pour l'entreprise ; et enfin, les classer selon les critères précédents afin d'obtenir une cartographie des risques qui menacent ou peuvent constituer des opportunités pour l'entreprise. La *seconde étape* vise à formaliser les risques juridiques précédemment cartographiés, autrement dit, il s'agit ici de modéliser les différentes sources de risques et de les lier à des mesures financières, de s'appliquer au développement de stratégies pour remédier à ces risques et optimiser la gouvernance de l'entreprise¹⁵⁵. En ce qui concerne la *troisième étape*, phase ultime de la gestion des risques juridiques, l'exploitation de ces-derniers réside dans le fait d'intégrer le risque dans les stratégies de l'organisation et d'y répondre soit en mettant en œuvre des politiques de traitement pour l'éviter, le réduire, le partager et/ou l'accepter. En effet, l'entreprise peut décider

¹⁵⁵ E. EBONDO WA MANDZILA et D. ZEGHAL, *Management des risques de l'entreprise : Ne prenez pas le risque de ne pas le faire !*, in *La Revue des Sciences de Gestion*, 2009, n°3, p. 237 et s.

d'empêcher que l'évènement survienne en traitant le risque ou bien, s'il ne peut pas être endigué, au moins de diminuer les conséquences de celui-ci sur l'organisation, cela en mettant en place des actions correctives ou en transférant le coût qu'elles représentent. Il est également envisageable d'accepter le risque juridique, dans la mesure d'un risque à faible impact pour l'organisation, si faible qu'établir des mesures constitueraient un coût supérieur pour l'entreprise que de prendre le risque de ne pas le traiter. Il reste qu'il est nécessaire, dans le cadre d'une gouvernance efficace des risques juridiques, de réaliser un contrôle régulier du plan de vigilance que ce soit pour s'assurer du respect des mesures mises en œuvre par l'entreprise ou de l'effectivité des dispositions de surveillance, mais encore de réexaminer et mettre à jour la cartographie des risques juridiques de l'organisation. En effet, ces derniers sont tributaires de l'environnement juridique de l'entreprise qui lui-même évolue perpétuellement en fonction des variations ayant attrait aux relations, aux activités de la société mais également du marché toujours plus concurrentiel.

Des changements d'environnement qui vont pouvoir être pris en compte dans la cartographie des risques juridiques de l'entreprise à condition que celle-ci établisse un plan de prévention qui reste conforme aux principes directeurs de la gestion des risques. Il advient effectivement que dans le cadre la normalisation ISO 31000, le centre normalisateur a identifié onze principes directeurs à ne pas perdre de vue dans la mise en œuvre d'une gestion des risques juridiques de l'entreprise, ces principes sont les suivants :

(1) Le management des risques doit permettre de créer de la valeur et la préserver dans l'objectif d'atteindre les buts de l'entreprise ; (2) Le management des risques doit être intégré aux processus de prise de décision dans le sens où il est un outil d'aide à la décision pour le dirigeant de l'entreprise qui doit définir le traitement et l'utilisation des risques juridiques dans les stratégies de l'organisation ; (3) Le management des risques traite explicitement de l'incertitude puisque dès lors qu'il n'y a plus d'incertitude il n'y a plus de risque juridique ; (4) Le management des risques est systématique, structuré et utilisé en temps utile afin de correspondre à l'environnement juridique actuel et de répondre aux objectifs actuels de l'entreprise ; (5) Le management des risques s'appuie sur la meilleure information disponible, dans le sens où elle doit être de qualité et actualisée ; (6) Le management des risques est adapté à l'environnement et aux objectifs propres à l'entreprise ; (7) Le management des risques intègre les facteurs

humains et culturels par la prise en compte de l'ensemble des parties prenantes de l'organisation ; (8) Le management des risques est transparent et participatif afin de disposer d'une perception globale des risques juridiques de l'organisation et pouvoir valoriser une gouvernance responsable dans la communication interne et externe de l'entreprise ; (9) Le management des risques est dynamique, itératif et réactif au changement afin de s'adapter à la flexibilité et à la compétitivité du marché ; (10) Le management des risques doit permettre de faciliter l'amélioration continue de l'organisation, notamment pour assurer un développement durable de l'entreprise ; (11) Le management des risques doit être intégré au processus organisationnel de l'entreprise. Ce dernier principe est primordial dans l'efficacité et l'effectivité d'un plan de prévention des risques juridiques puisqu'il correspond à l'utilisation concrète que va pouvoir en faire l'entreprise. En effet, le plan de vigilance à lui seul ne présente aucune valeur, c'est sa traduction en stratégie économique pour l'organisation qui va concrétiser toute son utilité.

II. « MANAGEMENT DES RISQUES ET GOUVERNANCE D'ENTREPRISE : DES APPROCHES INTÉGRÉES DES RISQUES »¹⁵⁶

*« Dire que les enjeux juridiques sont primordiaux ou que l'on constate une judiciarisation de la société ne suffit plus. Il faut désormais penser le droit comme un outil stratégique – au même titre que le marketing ou la finance – et organiser l'entreprise en conséquence »*¹⁵⁷. Il s'agit donc de ne pas se focaliser sur certains risques en particulier, notamment opérationnels, mais bel et bien de repenser la gouvernance de l'entreprise en intégrant la gestion des risques au processus organisationnel. Il advient qu'une gestion des risques au cas par cas constitue une absence de stratégie globale de prévention de toutes les activités de l'entreprise qui n'établit pas une protection suffisante de l'organisation et qu'il faut faire évoluer vers une approche plus intégrée. Cette démarche d'intégration de la gestion des risques dans les décisions et les stratégies générales de l'entreprise peut se traduire d'une

¹⁵⁶ E. EBONDO WA MANDZILA et D. ZEGHAL, *Management des risques de l'entreprise : Ne prenez pas le risque de ne pas le faire !*, in *La Revue des Sciences de Gestion*, 2009, n°3, p. 237 et s.

¹⁵⁷ T. DU MANOIR DE JUAYE, *Le droit pour dynamiser votre business : stratégie judiciaire, stratégie de protection du patrimoine, stratégie d'alliances et de pouvoir*, Paris, Éditions d'Organisation, 2004.

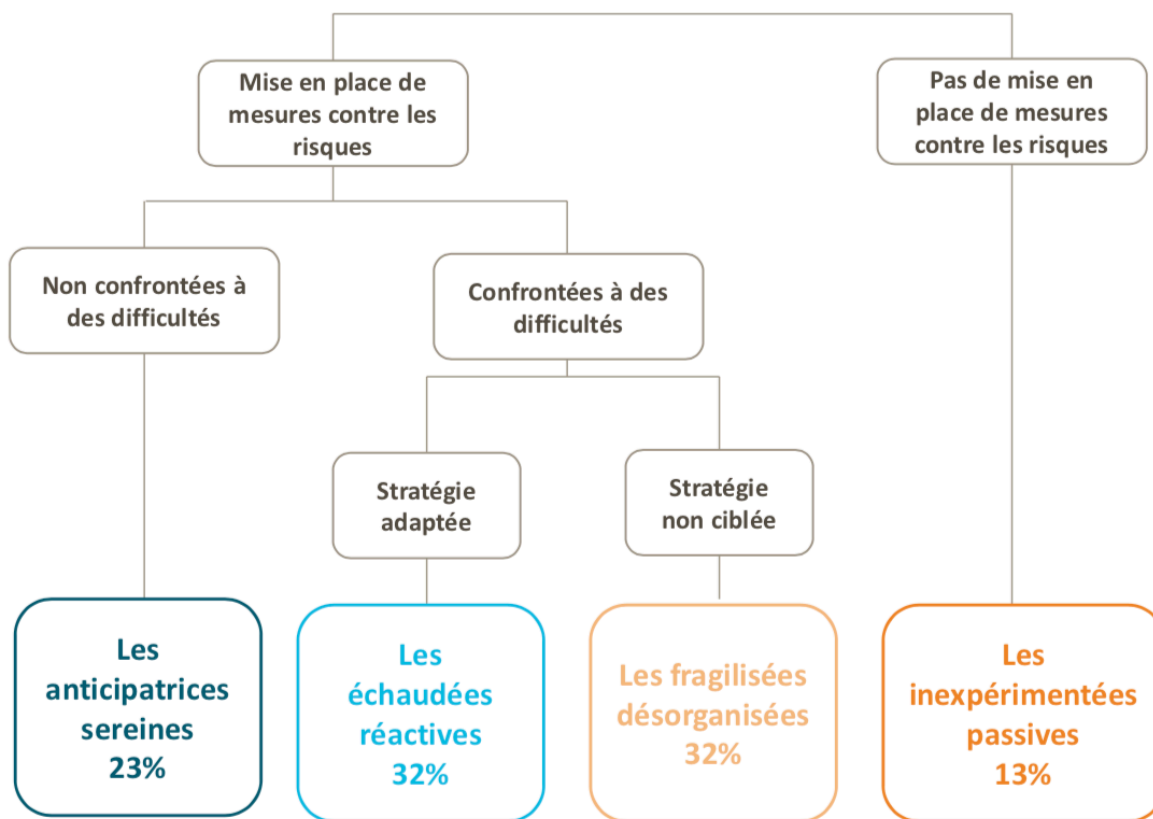
seconde manière. « *En effet, pendant longtemps les études sur la gouvernance de l'entreprise ont toujours privilégié l'approche financière ou actionnariale de l'entreprise* » par laquelle celle-ci est « *réduite aux deux seuls acteurs que sont les actionnaires et les dirigeants* »¹⁵⁸. Une approche qui s'avère particulièrement limitée quant à la protection et à la performance de l'entreprise, les intérêts défendus par les actionnaires étant spécifiquement tributaires de leur position et de leurs investissements dans l'organisation alors que les dirigeants, quant à eux, bien qu'ayant une vision globale des activités de l'entreprise ne peuvent raisonnablement être omniprésents. Une approche intégrée de la gestion des risques préconise donc l'établissement d'une cartographie des risques participative, considérant la perception des différentes parties prenantes de l'organisation afin de bénéficier d'une vue d'ensemble de l'exposition de l'entreprise. Cette démarche participative a également le mérite de constituer un avantage pour les petites et moyennes entreprises en raison de la flexibilité de leur structure organisationnelle qui facilite le dialogue entre les différentes parties prenantes.

Il en résulte qu'une approche intégrée de la gestion des risques dans la gouvernance de l'entreprise lui permet d'user d'un patrimoine informationnel complet sur son environnement juridique et d'en tirer profit stratégiquement dans la réalisation de ses objectifs. Néanmoins, « *bien qu'étant confrontées à des risques souvent comparables en gravité potentielle (que les grandes entreprises), les PME sont pourtant moins conscientes de ceux-ci, et faiblement organisées pour les traiter* »¹⁵⁹. En effet, même si la gestion des risques est un outil souvent mobilisé par les entreprises lorsque les événements indésirables surviennent, une gouvernance responsable et durable de l'organisation préconise d'intégrer la gestion de ses risques juridiques en amont de leur réalisation. Dans ce sens, l'AFNOR a effectué une enquête afin de comprendre comment les PME conçoivent et intègrent les mesures de gestion des risques à leur organisation. Cette étude lui a permis de distinguer quatre typologies de petites et moyennes entreprises en matière d'intégration des risques juridiques à la gouvernance de leur organisation :

¹⁵⁸ E. EBONDO WA MANDZILA et D. ZEGHAL, *Management des risques de l'entreprise : Ne prenez pas le risque de ne pas le faire !*, in *La Revue des Sciences de Gestion*, 2009, n°3, p. 237 et s.

¹⁵⁹ MARSH & MCLENNAN COMPANIES et AFJE, *Les dirigeants et les juristes de PME face à la gestion des risques*, 2005.

Figure 4 : Typologie des PME au regard des mesures et actions de vigilance¹⁶⁰



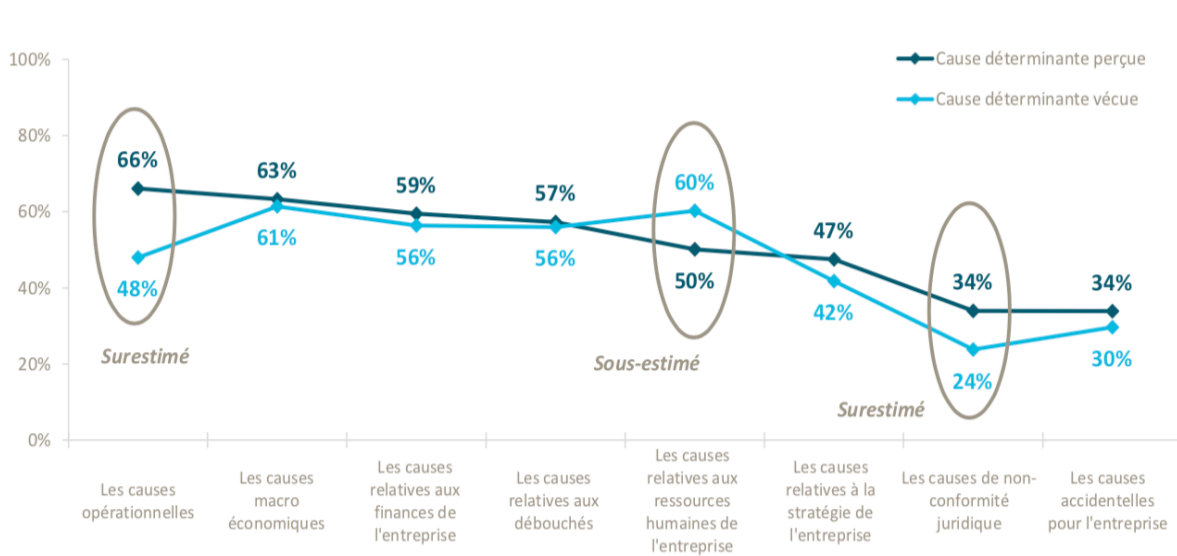
Les *inexpérimentées passives* sont de celles qui ne sont que très peu conscientes de leur environnement et des risques qu'il représente, concentrant entièrement leur stratégie sur leurs activités et gérant les difficultés lorsque celles-ci surviennent avec toutes les conséquences négatives que l'absence de gestion des risques juridiques peut revêtir pour l'entreprise. Concernant les trois autres catégories, chacune met en œuvre des mesures de prévention des risques juridiques, néanmoins elles ne sont pas toutes égales dans la gestion des difficultés qui se présentent à elles. En effet, les *anticipatrices sereines*, contrairement aux deux autres catégories, n'ont pas connu de difficultés particulières par le passé et ne sont pas actuellement confrontées à des risques juridiques. Néanmoins, elles ne restent pas passives et insensibles au danger de leur environnement et mettent en œuvre, pour se prémunir à l'avenir, un plan de vigilance et des mesures d'anticipation intégrées à leur gouvernance. Concernant les échaudées

¹⁶⁰ AFNOR, *Les PME sont-elles bien armées pour résister aux chocs ? Perception réalité des risques et capacité d'adaptation des PME*, 2015.

réactives et les fragilisées désorganisées, ces deux catégories de petites et moyennes entreprises ont déjà été confrontées à des difficultés malgré la mise en œuvre d'un plan de prévention des risques. Néanmoins, la distinction qui se fait entre ces deux types d'entreprise est que les *échaudées réactives* ont appris des difficultés qu'elles ont affronté par le passé et ont adapté leur gouvernance par la mise en œuvre de mesures d'anticipation intégrées et diversifiées. Une réaction de ces entreprises leur ayant permis de se relever des difficultés rencontrées lors de la réalisation des risques et qui, afin de se protéger pour l'avenir, reste prudente quant à la gestion de leurs risques juridiques. A l'inverse, les entreprises *fragilisées désorganisées* ont subi des difficultés par le passé, mais n'étant pas totalement conscientes de leur environnement, elles ignorent ou sous-estiment la menace que peuvent représenter certains risques pour leur organisation. Elles ont bel et bien mis en œuvre une gestion des risques juridiques au sein de leur organisation afin d'anticiper les difficultés, mais leur plan de vigilance n'étant pas global ni intégré au processus décisionnel de l'entreprise, il ne répond pas de manière optimale aux risques juridiques auxquels elles sont confrontées et laisse subsister des faiblesses. Il résulte de cette étude, et de la classification qui en ressort, qu'une intégration de la gestion des risques juridiques au sein de la gouvernance de l'entreprise est nécessaire afin d'assurer des stratégies adaptées à l'organisation en fonction de son environnement. Un plan de prévention non intégré au processus organisationnel constitue, pour illustrer le propos, une « parka trouée pour une entreprise qui évolue sous une pluie battante », dans la mesure où il ne permet pas à l'entreprise de se protéger efficacement contre les risques juridiques qui l'entourent. Par ailleurs, une gestion des risques qui n'est pas intégrée au processus décisionnel de l'entreprise, et donc à ses stratégies dans l'intérêt de la réalisation de ses objectifs, est un plan de prévention qui mobilise des ressources à la fois humaines, économiques et financières de l'organisation dans le vide.

En effet, il laisse subsister la possibilité de la survenance de certains risques qui n'auraient pas été anticipés, et met en place des préventions qui peuvent ne plus correspondre aux objectifs de l'organisation, ce qui constitue des difficultés et une perte sèche pour l'entreprise dans un cas comme dans l'autre. Une situation parfaitement exprimée dans le graphique ci-dessous provenant de la même étude menée par l'AFNOR :

Figure 5 : Les causes de difficultés perçues VS les causes vécues¹⁶¹



Cette courbe illustre les variations entre les risques perçus comme déterminants dans un plan de prévention de l'organisation et ceux qui ont réellement été déterminants lors de leur survenance. Une distinction constitutive d'une gestion des risques non intégrée aux stratégies de l'entreprise et à sa gouvernance générale et qui provoque des risques tantôt sous-estimés, tantôt surestimés. Il est intéressant de mettre cette courbe en perspective avec la *Figure 2*¹⁶² puisque toutes deux illustrent l'importance consacrée aux risques opérationnels par les dirigeants de petites et moyennes entreprises. En effet, dans le cadre de la figure 2, ces derniers apparaissaient comme les plus importants au prisme de la perception des dirigeants, et la courbe ci-dessus permet d'observer qu'ils sont largement surestimés dans le cadre de la gestion des risques de l'entreprise. Dans le même esprit, les causes de non-conformité juridique étaient la priorité, et de loin, des juristes conseillant les PME et représentent ici encore des risques surestimés. Il résulte de ce graphique qu'un plan de vigilance global des risques juridiques est nécessaire pour garantir une prévention efficace de l'entreprise, un plan qui doit intégrer toutes

¹⁶¹ AFNOR, *Les PME sont-elles bien armées pour résister aux chocs ? Perception réalité des risques et capacité d'adaptation des PME*, 2015.

¹⁶² Voir Figure dans : La conception du risque juridique par les différentes parties prenantes de l'entreprise – Paragraphe 1 – Section 1 – Chapitre 2 – Titre 1 – Partie 1.

les perceptions afin d'éviter de surestimer ou de sous-estimer certains risques au profit d'autres en raison d'une vision étroite et personnelle de l'organisation.

En conclusion, la responsabilisation par le management des risques ne doit pas être perçue simplement comme une contrainte juridique supplémentaire pour l'entreprise, mais réellement comme une nouvelle stratégie à mettre en œuvre dans le cadre de sa gouvernance pouvant lui procurer une sécurité économique et un avantage concurrentiel vis-à-vis de ses concurrentes. Par ailleurs, il advient que la réglementation dorénavant en vigueur l'exige pour certains risques donc, quitte à devoir gérer les risques juridiques, il est avantageux pour l'entreprise de transformer cette contrainte de prévention obligatoire de certains risques majeurs en véritable plan de vigilance global intégré à sa stratégie pour en tirer des avantages autres que sa conformité juridique primaire.

SECTION 2^{NDE} : LE CHAMP D'APPLICATION DE LA RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DU RISQUE JURIDIQUE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

Le « devoir de vigilance » codifié à l'article L.225-102-4 du Code de commerce dépeint un champ d'application particulièrement ample que ce soit vis-à-vis des personnes soumises aux obligations de prévention qui vont bien au-delà des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre en retenant également toutes les entreprises avec lesquelles elles entretiennent des relations commerciales établies ou sur lesquelles elles exercent un contrôle. Quant à l'objet de l'obligation de prévention, son importance ne tient pas tant des domaines visés littéralement par la loi que de l'ambiguïté de leur véritable contenu qui amène l'entreprise à mettre, en fin de compte, un plan de gestion global des risques juridiques afin de protéger tant l'organisation que son dirigeant.

PARAGRAPHE 1^{ER} : LE CHAMP D'APPLICATION QUANT AUX PERSONNES DE LA PRÉVENTION DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE

La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 retranscrite dans l'article L.225-102-4 du Code de commerce vise en son nom les « sociétés mères » et les « entreprises donneuses d'ordre », mais en réalité, et en s'intéressant d'avantage à ses dispositions, celle-ci vise d'avantage d'entreprises en retenant également les qualifications de « filiales », « sous-traitants » et « fournisseurs », en

sommes tout aussi bien les grandes entreprises que celles qui sont sous leur contrôle ou leur influence commerciale ; comprenant donc les petites et moyennes entreprises. Un champ d'application quant aux personnes morales visées particulièrement large qui n'est pas sans poser de problématiques juridiques, économiques et sociales quant à sa portée.

I. LES CRITÈRES DE QUALIFICATION DU NOUVEL ARTICLE L.225-102-4 DU CODE DE COMMERCE

À priori, un texte de loi définissant un devoir de vigilance envers les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre ne concerne pas les petites et moyennes entreprises et n'emporte aucune conséquence sur celles-ci, mais à priori seulement. En effet, à travers les entreprises directement mentionnées, le législateur retient en réalité des qualifications bien plus large pouvant englober les PME via les catégories d'entreprises contrôlées ou établissant des relations commerciales établies avec les grandes entreprises visées sur le territoire français ou, au-delà des frontières.

A. LA QUALIFICATION DES SOCIÉTÉS MÈRES VERSUS FILIALES LIÉES PAR UNE RELATION DE CONTRÔLE

L'article L.225-102-4 du Code de commerce, tel qu'il est issu de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017¹⁶³, met à la charge des entreprises qualifiées de « *société mère* » l'obligation de mettre en œuvre un plan de vigilance en disposant que : « Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance ». Néanmoins, sur le fondement de la société mère, le texte mentionne également : « Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à

¹⁶³ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JOFR, 28 mars 2017, n° 0074.

l'activité de la société et de *l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle* ». Des dispositions qui traduisent de nouvelles obligations de prévention des risques pour les sociétés mères, mais pas seulement, puisqu'à travers celles-ci, elles touchent la plupart des entreprises auxquelles elles sont liées. En effet, par le terme de société mère, il faut comprendre les entreprises qui détiennent des participations dans une société filiale, lui octroyant un contrôle sur celle-ci. Et inversement, une filiale est « *une société dont le capital est détenu pour plus de moitié par une autre, dite société mère, dont elle est juridiquement distincte, mais économiquement et financièrement dépendante* »¹⁶⁴. Il en résulte que cette loi, en utilisant la qualification de société mère vise en réalité à atteindre, et à soumettre à une obligation de mise en œuvre d'un plan de vigilance, la société mère en elle-même mais également toutes les entreprises qui y sont rattachées, et d'après les termes du texte, que ce soit de manière directe ou indirecte ; autrement dit, et de façon détournée, cette nouvelle réglementation s'adresse à la notion de « groupe de sociétés ».

La chambre criminelle de la cour de cassation définit le groupe de sociétés à objet commercial et financier comme étant « formé par une société dominante et par des sociétés qui dépendent étroitement d'elle, dans un intérêt commun, peu importe les formes juridiques extérieures de la société dominante »¹⁶⁵. En effet, le groupe de sociétés est caractérisé par un ensemble d'entreprises juridiquement autonome, chacune disposant de sa propre personnalité morale, mais dépendante de la politique et de la stratégie commune imposée par la société mère via une dépendance économique. Celle-ci détenant sur les entreprises filiales une influence qui les subordonne « *à un même pouvoir de direction, lequel est fondé, soit sur des moyens de droit, telle la détention d'une participation financière de contrôle, soit sur l'existence d'un contrat impliquant l'assujettissement, soit encore sur des moyens de fait* »¹⁶⁶. Matériellement, l'identification d'un groupe de sociétés est constitutive de l'observation de liens particuliers entre la société mère et ses filiales, notamment financiers par la prise de participation, par

¹⁶⁴ Voir sur ce point : Terme « Filiale », S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

¹⁶⁵ Cour de Cassation, Chambre criminelle, 27 juin 1972, n° 72-92.608.

¹⁶⁶ M. OUASSINI SAHLI, *La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales*, Paris Dauphine - Paris IX, 2014.

exemple, mais encore personnels (un même dirigeant ou groupe de dirigeants), ou bien contractuels (le contrat d'intégration, d'exclusivité, de franchise, de sous-traitance, d'assistance technique). Des liens particuliers qui peuvent être regroupés derrière la même notion caractéristique du groupe de sociétés : la notion de contrôle.

La notion est définie dans l'article L 233-3 du Code de commerce par la traduction de différents éléments qui sont : « 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ; 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société »¹⁶⁷. L'article L 233-16 du Code de commerce prévoit également que le contrôle puisse résulter du « droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet »¹⁶⁸. Le contrôle de la société mère sur ses filiales peut donc se définir de manière générale comme résultant, malgré leurs autonomies juridiques propres, d'une dépendance des unes envers l'autre tant au niveau décisionnel qu'économique.

Une influence exploitée par le législateur dans le cadre de la loi relative au devoir de vigilance, celui-ci exposant à travers la qualification de société mère, des catégories d'entreprises bien plus diverses qu'il n'y paraît. L'idée générale étant, via la société mère, de responsabiliser et d'étendre l'obligation de prévention des risques, à l'ensemble du groupe de sociétés et ainsi, de prévenir la survenance de risques tout au long de la chaîne d'approvisionnement. Une responsabilisation globale qui a vocation à garantir l'efficacité du plan de vigilance en empêchant que les entreprises, quel que soit leur niveau sur la chaîne d'approvisionnement, ne se déchargent de leur responsabilité lors de la survenance d'un risque et des conséquences que cela implique en termes de dommages et de réparation. Il advient que

¹⁶⁷ Voir article L.233-3 du Code de commerce.

¹⁶⁸ Voir article L.233-16 du Code de commerce.

le législateur ne s'arrête pas à ces seules qualifications, mais a vu encore plus large au niveau des entreprises visées par cette réglementation en retenant également les « entreprises donneuses d'ordre » et les « sous-traitants et fournisseurs ».

B. LA QUALIFICATION DES ENTREPRISES DONNEUSES D'ORDRE VERSUS SOUS-TRAITANTS ET FOURNISSEURS LIÉS PAR UNE RELATION COMMERCIALE ÉTABLIE

Dans l'esprit de contraindre les grandes entreprises à se responsabiliser en matière de prévention des risques, cela à tous les niveaux de la chaîne d'approvisionnement et/ou de production, et afin de ne laisser aucune faille leur permettant de se soustraire à leur responsabilité, la loi intègre également à l'article L. 225-102-4 les dispositions suivantes : « Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves (...) résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des *sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie*, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation »¹⁶⁹. De cette manière, les entreprises qui ne relevaient pas littéralement de la catégorie juridique des sociétés mères ou de leurs filiales mais qui dépendent d'une *entreprise dite « donneuse d'ordre »* par le biais d'une relation commerciale établie sont également intégrées au devoir de vigilance via celle-ci.

Faisant référence à une personne morale qui donne un ordre et soumet son récepteur via son autorité, la qualification « donneuse d'ordre » vise les sociétés qui commandent un produit ou un service à une autre entreprise dénommée par les termes de « fournisseur » et/ou « sous-traitant ». En droit des affaires, la sous-traitance peut se définir comme une « *opération par laquelle un entrepreneur (donneur d'ordre) recourt à un tiers (sous-traitant) pour réaliser, sur ses ordres et spécifications, tout ou partie des biens, objets ou marchandises qu'il doit fournir ou vendre à ses propres clients* » ; une relation qui peut consister également « *en une technique de production ou de fourniture de services par laquelle une entreprise principale conclut un*

¹⁶⁹ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JOFR, 28 mars 2017, n° 0074.

contrat avec un sous-entrepreneur ou sous-traitant, qui s'engage à effectuer toute ou partie de la prestation avec une main d'œuvre qu'il recrute »¹⁷⁰. Une extension du devoir de vigilance aux relations de sous-traitance et de fournisseur qui impactera nécessairement les petites et moyennes en entreprise par ricochet aux obligations de leurs donneuses d'ordre. Le prolongement est intéressant au regard de certaines relations naissant des contrats de sous-traitance utilisés par les grandes entreprises donneuses d'ordre pour cacher leur mauvaise conscience en la transmettant à d'autres personnes morales afin que celle-ci ne puisse leur être directement reprochée. En effet, « *en français, on parle de « donneur d'ordre » et de « sous-traitance » pour désigner la relation entre deux entreprises, comme si la relation de subordination était inscrite – par avance – dans les termes eux-mêmes* »¹⁷¹ et prônait une relation asymétrique. En intégrant ainsi tous les partenaires commerciaux de l'entreprise donneuse d'ordre à l'obligation de prévention des risques, le législateur prévient le détournement potentiel de la réglementation par les grandes entreprises en utilisant les relations qu'elles entretiennent avec leurs partenaires commerciaux. Un lien entre le fournisseur et/ou le sous-traitant d'une part, et l'entreprise donneuse d'ordre de l'autre, qui permet d'en venir au critère retenu par le législateur français pour caractériser ces qualifications.

En effet, à l'image de la notion de contrôle rattachée au lien entre la société mère et ses filiales, la qualification sera retenue à la condition de remplir le critère de « **relation commerciale établie** ». Une notion codifiée par l'article L.442-6 du Code de commerce¹⁷² mais qui a été substantiellement définie par la jurisprudence comme s'agissant d'une relation commerciale qui revêt un « caractère suivi, stable et habituel » pour laquelle les parties peuvent raisonnablement anticiper pour l'avenir une continuité¹⁷³, et cela même dans le cadre de contrats

¹⁷⁰ Voir sur ce point : Terme « Sous-traitance », S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

¹⁷¹ CO-CONSTRUIRE L'AVENIR, *Le donneur d'ordre et le sous-traitant : un couple stérile ?*, in *Co-construire l'Avenir*, 26 novembre 2014, <http://www.co-construire-avenir.org/publications/echo/donneur-dordre-et-sous-traitance-maltraitance>.

¹⁷² Article L.442-6 I 5° du Code de commerce.

¹⁷³ Par exemple : Cour de cassation, Chambre commerciale, 15 septembre 2009, n° 08-19.200.

ponctuels successifs¹⁷⁴. Il en résulte que les petites et moyennes entreprises entretenant des relations commerciales habituelles et stables avec des entreprises visées par la réglementation en question devront s'y soumettre également. Bien qu'il soit raisonnable d'observer que les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre se faciliteront probablement les choses en établissant un régime de relation contractuelle avec leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs, sans faire de distinction entre les petites et moyennes entreprises qui relèveront effectivement des obligations visées par la loi du 27 mars 2017 et celles qui y échappent ; exigeant de leur part à toutes les mêmes contraintes.

En conclusion, « *inscrite dans les ambitions internationales de la responsabilité sociale des entreprises (RSE), avec la volonté d'amorcer un début de moralisation de la mondialisation, la loi du 27 mars 2017 instaure, en substance, pour les sociétés employant plus de 5 000 salariés en France ou 10 000 salariés dans le monde, en incluant leurs filiales, l'obligation d'élaborer, de rendre public et de mettre en œuvre un plan de vigilance comportant des mesures propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves (...) résultant des activités du groupe et de celles des fournisseurs et sous-traitants, en France comme à l'étranger* »¹⁷⁵. Une réglementation ambitieuse porteuse de singularités juridiques, de reconsidération des rapports entre les différents acteurs économiques et donc, de nombreuses problématiques.

II. LA PORTÉE DES CRITÈRES DE QUALIFICATION RETENUS DANS LE NOUVEL ARTICLE L.225-102-4 DU CODE DE COMMERCE

Le nouvel article L.225-102-4 est constitutif de bien plus qu'un devoir de vigilance obligeant les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre, ainsi que leurs prestataires commerciaux, à mettre en œuvre un management des risques dans la gouvernance de leur entreprise. En effet, cet article est porteur de mutations juridiques et sociales tant au niveau de la définition juridique des frontières de l'entreprise et de sa personnalité morale, que sur la

¹⁷⁴ L. LEVASSEUR, *Le devoir de vigilance, quand la protection sociétale devient un avantage économique*, in *JurilexBlog*, 18 avril 2017, <http://www.jurilexblog.com/le-devoir-de-vigilance-quand-la-protection-societale-devient-un-avantage-economique-265970>.

¹⁷⁵ C. HANNOUN, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017*, Dalloz, Social, 2017, p. 806.

problématique d'un développement commun des acteurs économiques et des États via un phénomène de corégulation, les uns tirant les autres vers le haut et/ou inversement.

A. LA REDÉFINITION DES FRONTIÈRES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE

« *En voulant simultanément solidariser les filiales et le siège, et l'entreprise et ses sous-traitants, le texte risque, paradoxalement, de brouiller les frontières déjà ténues entre le « dedans » et le « dehors » de l'entreprise* »¹⁷⁶. Matériellement, le texte soulève une difficulté juridique jusqu'ici contournée par le législateur, celui-ci liant les entreprises par leur chaîne d'approvisionnement seulement dans des situations particulières prévues par la loi (notamment en droit de la consommation afin d'assurer une protection au consommateur final), sans consacrer véritablement une nouvelle frontière juridique de l'entreprise d'avantage conforme aux réalités économiques. En effet, il est nécessaire de relever la distinction juridique entre la société qui répond à une entité juridique précise, et l'entreprise qui s'entend comme une organisation économique sans faire l'objet d'une caractérisation juridique précise. Lorsqu'il est fait référence à l'entreprise, « *les gestionnaires ont l'habitude d'énumérer les parties prenantes de l'entreprise (comprenant) les clients, actionnaires, salariés, sous-traitants, filiales, créanciers, fournisseurs, riverains, collectivité publique, avec un prudent etc* », alors que « *le seul être de droit est la société, dont les seuls membres sont les actionnaires (avec ses prolongements institutionnels : le conseil d'administration, l'assemblée générale) et c'est ce petit sous-ensemble qui pilote (« gouverne ») le grand ensemble qu'est l'entreprise avec cette liste complémentaire (et indéfinie) de parties prenantes* »¹⁷⁷. Un petit sous-ensemble qui peut être encore plus réduit pour les plus petites des PME, celui-ci pouvant être réuni dans la seule personne du dirigeant de l'entreprise. Une perspective largement interrogée par le texte de loi du 27 mars 2017 relatif au devoir de vigilance qui étend la responsabilité des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre aux activités de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs ;

¹⁷⁶ A. ACQUIER, *Élargir la responsabilité des sociétés mères à leurs filiales et leurs fournisseurs ? Analyse de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères*, in *Revue de l'organisation responsable*, 2014, Vol. 9, n° 2, p. 76 et s.

¹⁷⁷ O. FAVEREAU, *Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés*, *Sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale le 30 mars 2015*, in *Revue de droit du travail*, Études, août 2015, n° 12.

en d'autres termes, à une majorité de ses différentes parties prenantes et partenaires. La rédaction du récent article L.225-102-4 du Code de commerce permet de s'interroger sur l'institution ou non d'une extension de la personnalité morale par le déplacement des frontières de l'entité juridique qu'est la société à celle de l'entreprise. Une mutation du principe d'autonomie de la personne morale qui traduit certaines problématiques, notamment pour les petites et moyennes entreprises. En effet, le 20^{ème} siècle a déjà connu une mutation importante de la société par l'intégration du personnel au sein de l'entreprise par le contrat de travail, alors qu'auparavant les salariés relevaient d'un contremaître extérieur à l'organisation. « *On devine où nous mène cette symétrie forcée : l'enjeu de cette loi ne serait-il pas un nouveau déplacement des frontières de l'entreprise valant intégration des sous-traitants ?* »¹⁷⁸ et ici, par sous-traitant, il faut comprendre les petites et moyennes entreprises. L'idée de cette perspective est, à l'image du personnel intégré à l'organisation par le contrat de travail évinçant le contremaître, de responsabiliser l'entreprise sur l'impact de ses activités tout au long de sa chaîne d'approvisionnement via l'intégration de ses parties prenantes à son entité juridique. De la sorte, les activités issues du contrôle et des ordres de l'entreprise sur ses filiales ou ses sous-traitants ne relèvent pas uniquement de la responsabilité de ces dernières mais également de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre. Une intégration qui soulève des difficultés vis-à-vis du principe d'autonomie des personnes morales, notamment d'autonomie des petites et moyennes entreprises et donc de leur indépendance. Bien que l'objectif d'éviter les techniques légales de contournement des responsabilités, et de certaines contraintes réglementaires sur le fondement de la personnalité morale, qui permettent aux grandes entreprises de s'exonérer de leurs obligations et/ou de se décharger sur leurs partenaires commerciaux, soit louable. Il advient que ce texte de loi, en redéfinissant les frontières de l'entreprise, valorise économiquement, dans un sens, la formation de groupe de société et réseaux d'entreprises pouvant nuire à l'indépendance et à l'autonomie, si chères aux dirigeants de PME. En effet, celles-ci pourraient voir, en raison d'une dépendance économique, leurs pouvoirs de décision peu à peu transférés ou soumis à la volonté du pouvoir décisionnel et organisationnel des entreprises donneuses d'ordre. Il est vrai que, matériellement, l'obligation de mise en œuvre d'un plan de prévention

¹⁷⁸ O. FAVEREAU, *Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés, Sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale le 30 mars 2015*, Op. Cit.

des risques, qui dépendait jusque-là de la seule volonté du pouvoir décisionnel propre à la PME, est désormais instaurée de manière obligatoire par une dépendance ou une relation contractuelle avec une société mère et/ou une entreprise donneuse d'ordre. Ces dernières disposant actuellement d'un pouvoir en matière de prévention des risques de l'entreprise, qui s'insinue au cœur de la gouvernance des petites et moyennes entreprises en leur imposant une gestion des risques. Un droit de regard sur la gouvernance de la PME, d'imposer la mise en œuvre d'un plan de vigilance et sur les modalités de son intégration à l'entreprise, mais également, de contrôle sur l'efficience et l'efficacité de la gestion des risques instaurées dans l'organisation. Il résulte donc de ce texte qu'avec « *l'instauration d'un devoir de vigilance, évidemment, la société donneuse d'ordres ne serait plus tout à fait libre de son comportement – ni la société sous-traitante totalement maîtresse chez elle* »¹⁷⁹. Un dilemme pour les petites et moyennes entreprises qui va consister dans la balance entre l'autonomie décisionnelle, en principe fortement centralisée autour du propriétaire-dirigeant¹⁸⁰, qu'il va falloir déléguer pour partie, et l'apport de stabilité économique du fait de l'obligation de mise en œuvre d'un plan de gestion des risques relatif à l'environnement de l'entreprise et à l'impact de ses activités, bénéficiant de l'expérience des grandes entreprises en management des risques. Par ailleurs, il est possible d'observer en matière de gestion des risques de contentieux économique, que la gestion des risques exigée par le devoir de vigilance va permettre d'enrayer certaines sources de contentieux économique par l'anticipation et le traitement des risques de naissance de conflit. Mais également, qu'elle constitue en elle-même une source de risque de contentieux économique, notamment sur la définition floue du texte sur les rapports concrets et la répartition des pouvoirs qui devront s'opérer dans le cadre de cette nouvelle frontière juridique de l'entreprise, un apport de caractéristiques qui se fera probablement sous l'office du juge.

¹⁷⁹ O. FAVEREAU, *Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés, Sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale le 30 mars 2015*, Op. Cit.

¹⁸⁰ C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, Collection CÉDÉ, 2011.

B. L'HARMONISATION ET LA CO-RÉGULATION PAR LES ACTEURS ÉCONOMIQUES : UN NOUVEL AGENCEMENT NORMATIF

Il a été souligné que « *plusieurs obstacles peuvent limiter l'accès à la justice des victimes dans le pays d'origine de la société mère d'un groupe et ainsi expliquer cet état de fait, entre autres la présomption à l'encontre du caractère extraterritorial des lois ; l'application de la doctrine du forum non conveniens ; la responsabilité limitée des sociétés en droit commercial ; ou encore les questions de preuve et de coûts. Même l'identification des fondements juridiques d'un recours à l'encontre d'une entreprise transnationale pour des violations des droits de l'homme commises dans un État d'accueil, par le biais de ses filiales ou encore de ses sous-traitants, ne va pas toujours de soi et dépend de l'ingéniosité des plaideurs* »¹⁸¹. Un contexte juridique de fait laissant souvent les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre dans une situation d'impunité, protégées par l'écran des limites de la personnalité juridique. Dans l'idée de responsabiliser les grandes entreprises de l'impact de leurs activités, qu'elles soient directes ou détournées (notamment délocalisées), le législateur français vient consacrer les démarches entreprises dans le cadre de la normalisation en matière de responsabilité sociale des entreprises en codifiant deux phénomènes. En effet, ce texte de loi traduit une tentative d'harmonisation des réglementations et pratiques en matière de prévention des risques au niveau international via, à la fois, une normativité de soft-law valorisant une société de l'audit, ainsi qu'une approche de codéveloppement prônant une autorégulation mondialisée par les acteurs économiques.

Il advient effectivement des dernières réglementations, et consacré par la loi du 27 mars 2017 en matière de prévention des risques, un renforcement normatif en matière d'audit légal intégré à la gouvernance des acteurs économiques¹⁸² dans l'objectif de mieux répondre aux problèmes sociétaux. Il advient que « *dans son ouvrage la société de l'audit (Power 2005),*

¹⁸¹ R.C. DROUIN, *Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance*, Dalloz, Droit social, 2016, p. 246.

¹⁸² N. GONTHIER-BESACIER et G. HOTTEGINDRE et S. FINE-FALCY. *Les facteurs d'influence de la qualité de l'audit : Perception des préparateurs de l'information financière*, in *Comptabilité – Contrôle – Audit*, 2012, Vol. 18, n° 2, p. 33.

Michael Power explique ainsi comment ces technologies se déploient dans des sociétés averses au risque » qui « *selon lui, plus que de la sécurité, produisent de la confiance ou de la réassurance à court terme* », une procédure qui « *a en effet un rôle de réassurance symbolique mais sert plus souvent à affecter les responsabilités qu'à transformer effectivement les pratiques* »¹⁸³. Il s'avère que le texte de loi, tel qu'il est retranscrit dans l'article L.225-102-4, prévoit l'obligation de mise en œuvre d'un plan de vigilance comportant des mesures raisonnables propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves résultant des activités de toutes les entreprises intervenant durant le processus d'approvisionnement de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre. Mais il fait bien plus, il consacre en réalité une responsabilité générale des grandes entreprises pour manquement à un devoir de prévention des risques liés à ses activités directes et indirectes, de leurs faits personnels mais également du fait de leurs filiales, fournisseurs et sous-traitants. Le message de cette loi n'est pas tant l'obligation en soi de mettre en œuvre un plan de vigilance, une majorité des grandes entreprises s'y étant intéressées auparavant dans le cadre du management des risques et d'autres réglementations notamment financières, mais principalement de dire au justiciable, et de manière internationale, qu'en cas de survenance d'un risque, la responsabilité revient à la société mère ou à l'entreprise donneuses d'ordre. Une responsabilité qui intervient quel que soit le prestataire étant réellement à l'origine du risque, tant les grandes entreprises elles-mêmes que leurs partenaires à l'autre bout du monde. Il s'agit donc à travers l'obligation légale d'audit des risques issus des activités de l'entreprise, de « désigner des foyers de responsabilité »¹⁸⁴ pour créer de nouvelles sphères d'influence liant les acteurs économiques entre eux malgré le principe d'autonomie de leur entité juridique, et cela tout au long de la chaîne d'approvisionnement.

Par ailleurs, ce texte entreprend également de traduire la volonté normative d'une approche de codéveloppement qui s'appuie sur une autorégulation mondialisée par les acteurs économiques. Un codéveloppement qui ambitionne de constituer un effet levier en matière de

¹⁸³ A. ACQUIER, *Élargir la responsabilité des sociétés mères à leurs filiales et leurs fournisseurs ? Analyse de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères*, in *Revue de l'organisation responsable*, 2014, Vol. 9, n° 2, p. 76 et s.

¹⁸⁴ A. ACQUIER, *Élargir la responsabilité des sociétés mères à leurs filiales et leurs fournisseurs ? Analyse de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères*, Op. Cit.

responsabilisation sociale des entreprises et de prévention des risques sur plusieurs niveaux, tantôt entre les acteurs économiques eux-mêmes, tantôt par l'utilisation de la chaîne d'approvisionnement liant des acteurs économiques de différentes nationalités entre eux comme un facteur de développement international. En effet, concernant l'influence des acteurs économiques entre eux, les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre, par leurs nouvelles obligations, feront bénéficier idéalement, les PME de leur expérience en matière de management des risques et permettront une intégration facilitée d'une politique de gestion des risques dans la gouvernance de leurs entreprises partenaires. Un management des risques qui constituera une source de sécurité économique dans les relations entre les partenaires et permettra ainsi, la prévention de conflits sources de contentieux économique puisque, « à chaque niveau, le donneur d'ordre imposera à son prestataire, sous l'impulsion d'une chaîne de responsabilisation, des clauses destinées à leur faire respecter des standards »¹⁸⁵ en matière de gestion des risques.

Ensuite, « pour l'économiste adepte de la théorie des jeux, cette loi implique un jeu coopératif à quatre joueurs: bien sûr, les deux sociétés, dont il a été question jusqu'à présent, mais aussi deux États nationaux : un État supposé faible, celui du pays émergent (qui ne peut rendre exécutoires des normes sociales exigeantes pour la société sous-traitante – sans oublier les autres normes de sécurité, liées au code de la construction) et un État supposé fort (ici l'État français, qui prendrait l'initiative d'imposer à ses sociétés donneuses d'ordre un devoir de vigilance, qu'elles n'adopteraient pas spontanément, dans une logique de concurrence mondiale par les prix) »¹⁸⁶. Un jeu coopératif proposé par la loi du 27 mars 2017 « gagnant-gagnant » pour les deux États, tant le pays émergent que la France (considérée comme développée), puisqu'une telle loi constitue un effet levier en tirant vers le haut le modèle social du pays émergent, tout en préservant et améliorant l'effectivité des normes de responsabilité sociale en France. Les frontières juridiques et géographiques de l'entreprise ne seront donc, dorénavant, plus un obstacle au développement des normes RSE, de la prévention des risques

¹⁸⁵ T. MOURRE et J. SCAPOLI, *Devoir de vigilance, l'effet ricochet*, in *Le Figaro Décideurs*, 7 juin 2017.

¹⁸⁶ O. FAVEREAU, *Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés, Sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale le 30 mars 2015*, in *Revue de droit du travail*, Études, août 2015, n° 12.

et de la responsabilisation des entreprises vis-à-vis de leurs activités, qu'elles soient directes ou indirectes, sur leur territoire national ou délocalisées à l'étranger ; un lien à l'échelle planétaire entre les acteurs économiques relevant de leurs relations d'influences et non de leurs entités juridiques, une piste à exploiter pour une harmonisation internationale du droit.

PARAGRAPHE 2ND: LE CHAMP D'APPLICATION QUANT À L'OBJET DE LA PRÉVENTION DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE

Conformément aux qualifications retenues par l'article L.225-102-4 du Code de commerce, la loi exige dorénavant que les sociétés mères, les entreprises donneuses d'ordre ainsi que tous leurs prestataires commerciaux mettent en œuvre une gouvernance des risques juridiques en vue de prévenir les atteintes graves dans trois domaines en particulier qui sont : les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes, et l'environnement. Néanmoins, quitte à intégrer un plan de vigilance, les procédures de management des risques prônant une approche globale, le dirigeant a tout intérêt à réaliser un audit complet des risques juridiques afférant de manière plus large à l'environnement de l'entreprise, mais également ceux pouvant l'affecter personnellement dans le cadre de ses fonctions.

I. LA CODIFICATION DE LA PRÉVENTION DES RISQUES MAJEURS SOURCES DE CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE POUR L'ENTREPRISE

Bien que les petites et moyennes entreprises soient « *de plus en plus nombreuses à affirmer, dans leur communication, un certain nombre de principes qu'elles déclarent appliquer, par exemple en matière de RSE, peu ont développé un ensemble cohérent de règles de conduite ou d'organisation sur lesquelles elles peuvent s'appuyer pour développer une véritable politique de compliance et d'éthique en interne, mais aussi avec leurs partenaires* »¹⁸⁷. Une politique de gestion des risques qu'elles vont dorénavant devoir mettre en œuvre afin de satisfaire au devoir de vigilance qui exige l'établissement d'un plan de prévention comportant

¹⁸⁷ T. LEMAITRE, *Devoir de vigilance des grandes entreprises : quelles conséquences pour les ETI et les PME ?*, in *Les petites affiches*, Droit édition, 4 juin 2015.

« les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société »¹⁸⁸. Il advient néanmoins que les notions des risques visés, dont la prévention est dorénavant codifiée, sont particulièrement larges et floues ; il est donc nécessaire d'aller plus en avant de ces notions afin de déterminer par un tour d'horizon, le champ d'application du plan de vigilance à mettre en place par les petites et moyennes entreprises.

A. LES ATTEINTES GRAVES ENVERS LES DROITS HUMAINS ET LES LIBERTÉS FONDAMENTALES

« *Les chaînes de production mondialisées sont le théâtre de violations graves et systématisées des droits et libertés. A titre d'exemple, l'Organisation Internationale du Travail estime que plus de 21 millions de personnes sont assujetties au travail forcé dans le monde aujourd'hui* »¹⁸⁹. Dans l'idée d'éviter la survenance d'atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales par les acteurs économiques, la loi du 17 mars 2017 exige dorénavant que ces derniers mettent en œuvre un plan de vigilance afin d'anticiper et de traiter les risques d'atteintes, et donc d'anticiper les violations potentielles, cela que ce soit sur le territoire français ou étranger par les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre disposant d'une activité en France. Il advient donc de concrétiser, bien que leur protection soit en principe déjà garantie sur le territoire français et de manière plus large sur le territoire européen, une extension des minimas de garantie français à l'étranger afin d'éviter le détournement des droits humains par les acteurs économiques français à l'étranger. Derrière les termes flous de « droits humains et libertés fondamentales », le texte vise « *selon la conception de la démocratie libérale, (les) droits inhérents à la nature humaine, donc antérieurs et supérieurs à l'État, déclarés au plan national puis international, et protégés notamment par la*

¹⁸⁸ Article L.225-102-4 du Code de commerce.

¹⁸⁹ P. MOUGEOLLE, *Sur la conformité constitutionnelle de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre: Responsabilité juridique des entreprises*, in *Revue des droits de l'homme*, 15 février 2017.

voie juridictionnelle »¹⁹⁰. Les libertés fondamentales et les droits humains, dits aussi droits fondamentaux, regroupent donc juridiquement l'ensemble des droits considérés et consacrés comme primordiaux pour l'individu. Diverses classifications ont déjà été présentées, par exemple : par génération de droits, une classification qui visent les droits civils et politiques exercés (1^{re}), les droits économiques et sociaux (2^e), les droits des peuples (droit au développement, à l'environnement, à un patrimoine commun de l'humanité, etc) (3^e) ; ou bien une classification d'avantage axée sur le rapport entre l'individu et l'État par catégories de droits-libertés (liberté individuelle, droit de grève), de droits-participation (droit de vote), de droits-créances (droit à la santé, au logement), ou encore de droits-garanties (droit au juge)¹⁹¹. En termes de textes de référence, la liste n'étant pas exhaustive mais seulement à titre informative, il va s'agir du respect des dispositions nationales, notamment celles contenues dans le bloc de constitutionnalité et précisées ensuite par des lois particulières. Par exemple, il faut citer les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (communément référencés sous l'abréviation PFRLR), mais encore ceux qui sont contenus dans la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, dans le Préambule de la Constitution de 1946, dans la Constitution de 1958. Ensuite, et bien évidemment, les droits et libertés qui sont proclamés dans des conventions internationales contraignantes telles que la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, reprenant ceux de la Déclaration universelle de 1948 et des pactes de 1966 (relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques sociaux et culturels) ; sans oublier la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, plus récente. Il advient que les protections garanties en matière de droits humains et libertés fondamentales sont ancrées depuis bien longtemps dans la tradition juridique française et, bien que les violations soient encore malheureusement monnaie courante, la prévention de ces risques ne devraient pas poser de difficultés particulières pour les entreprises françaises sur le territoire européen, la véritable consécration de l'article L.225-102-4 réside réellement dans leur

¹⁹⁰ Voir sur ce point : Terme « Droits de l'Homme », S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

¹⁹¹ Voir sur ce point : Terme « Droits de l'Homme », S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Op.. cit.

respect tout au long de la chaîne d’approvisionnement et donc à l’étranger, dans le cadre des délocalisations d’activité.

B. LES ATTEINTES GRAVES ENVERS LA SANTÉ ET LA SÉCURITÉ DES PERSONNES

« Les incendies mortels à la Baldia Factory et à la Tampaco Packaging Factory montrent par ailleurs à quel point les catastrophes du type de Rana Plaza sont un phénomène récurrent dans les pays en développement ayant une forte industrie du textile comme le Pakistan et le Bangladesh »¹⁹². Et de manière générale « selon les dernières estimations de l’Organisation internationale du travail (OIT), plus de 6 300 personnes perdent la vie chaque jour du fait d’activités liées au travail (soit plus de 2,3 millions de décès par an) et l’on dénombre plus de 300 millions d’accidents du travail chaque année »¹⁹³. Il est nécessaire d’analyser la loi qui a été prise en réaction aux événements dramatiques du Rana Plaza survenus en 2013 ayant occasionnés la mort de très nombreux travailleurs sur leur lieu de travail en raison de l’insalubrité du bâtiment et faute de prévention de sécurité de la part de leurs employeurs. Il advient que l’article L.225-102-4 du Code de commerce s’inscrit dans une démarche de rappel et de consécration des réglementations déjà en vigueur en matière de santé et sécurité des personnes à l’encontre des employeurs français déjà soumis à l’évaluation des risques au sein de leur établissement, en les enjoignant à faire respecter cette obligation quel que soit l’entreprise en question et le pays dans lequel elle exerce ses activités, directement ou indirectement. En effet, le droit du travail français prévoit déjà des dispositions contraignant le dirigeant d’entreprise à prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs de l’établissement. Des mesures qui comprennent des actions de prévention des risques professionnels, d’information et de formation ainsi que la mise en place d’une organisation et de moyens adaptés, tout en veillant à l’adaptation continue de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances et tendre à l’amélioration des

¹⁹² P. MOUGEOLLE, *Sur la conformité constitutionnelle de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre: Responsabilité juridique des entreprises*, in *Revue des droits de l’homme*, 15 février 2017.

¹⁹³ E. GASIOROWSKI-DENIS, *Améliorer la sécurité et la santé au travail avec ISO 45001*, in *ISO - Sécurité, sûreté et risques*, 28 avril 2017, <https://www.iso.org/fr/news/Ref2180.html>.

situations existantes. Il s'agira donc pour les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre de veiller au respect des règles de gestion des risques et d'application d'un plan de vigilance au sein de la gouvernance de toutes ses entreprises partenaires participant à ses activités, et donc pour les petites et moyennes entreprises, si ce n'est de se conformer, de perfectionner les mesures de sécurité et de santé des personnes de leur organisation afin de prévenir la survenance de risques. Il est nécessaire d'établir un plan de vigilance personnalisé puisque les risques sont propres à l'entreprise et dépendent intégralement de l'environnement de l'organisation, notamment son secteur d'activité. Une entreprise dont les salariés fabriquent des textiles ne sera pas soumise aux mêmes risques que celle qui fabrique des moteurs, eux-mêmes bien différents des risques d'une société de services bureautiques. Des risques qui peuvent être répertoriés dans différentes catégories et pouvant relever tantôt de facteurs mécaniques (tels que des projections, heurts, écrasement, coupures et perforations par les outils de travail par exemple), mais encore physiques, chimiques et biologiques (incendie, explosion, exposition à des substances chimiques par inhalation ou à des agents infectieux), ou encore psychologiques (notamment les agressions, le harcèlement et les situations de « burn-out »). Il reste à prendre en compte que le texte vise, et certainement afin de garantir l'expansion de garanties minimales, les « atteintes graves » envers la santé et la sécurité des personnes. Il en résulte que le devoir de vigilance français s'inscrit dans une démarche globale de prévention des risques issus des activités économiques, donc du travail, et traduit le point de départ d'un processus international qui « *constituent une des préoccupations de l'Union européenne, l'objectif étant de veiller à l'harmonisation des législations nationales sur les conditions de travail et les mesures de sécurité (en instaurant des minimas sociaux par l'élaboration progressive) d'un droit de la santé et de la sécurité sur les lieux de travail* »¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Au nom de la section du travail présidée par E. BRESSOL, *Organisation du travail et nouveaux risques pour la santé des salariés*, IENA, 2004.

C. LES ATTEINTES GRAVES ENVERS L'ENVIRONNEMENT

« *Nul ne songera à nier aujourd'hui que l'environnement est devenu un risque tangible pour les hommes ... et pour les entreprises* », les activités de celles-ci étant génératrices de « *pollutions et nuisances, potentielles ou réelles (qui) varieront assurément en fonction de leur objet social : certaines activités sont elles-mêmes pathogènes (exploitation d'un site classé), d'autres ne le seront que d'une façon accessoire mais non moins sérieusement* » et « *les entreprises de service ne seront pas nécessairement épargnées* »¹⁹⁵. Les atteintes graves envers l'environnement représentent un domaine du développement de la responsabilisation des entreprises vis-à-vis de leur environnement qui vise effectivement à prévenir l'apparition des dommages liés aux activités de l'organisation. Une approche qui relève de la santé et la sécurité des personnes en dehors des seules parties prenantes, et cela dans une démarche d'inscription et d'utilisation durable de son environnement par l'entreprise. Une idée consacrée par les diverses réglementations nationales et internationales qui se sont développées autour de cette notion et sont venues consacrer la nécessité de prévention des risques d'atteintes graves à l'environnement. A titre d'illustration, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a façonné un droit à un environnement sain¹⁹⁶ sur le fondement du droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance¹⁹⁷. Une jurisprudence européenne que l'on retrouve en droit interne, notamment dans la Charte de l'environnement¹⁹⁸ qui dispose que « *chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* » (art. 1er). Par ailleurs, cette même Charte de l'environnement est porteuse de grands principes qui fondent la prévention des risques environnementaux, notamment les plus connus

¹⁹⁵ L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* Paris, L.G.D.J., *Collection Droit des affaires*, 2012.

¹⁹⁶ CEDH, 9 décembre 1994, Affaire Lopez Ostra c. Espagne, requête n° 16798/90.

¹⁹⁷ Article 8, Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, 4 novembre 1950, Conseil de l'Europe.

¹⁹⁸ Annexée à la Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1 mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF, n°0051 du 2 mars 2005 page 3697.

qui sont le principe de prévention, le principe de précaution ainsi que le principe « pollueur-payeur »¹⁹⁹.

Une telle consécration constitutionnelle d'un droit général à l'environnement, parmi d'autres réglementations législatives particulières, vise, à l'image de la loi du 27 mars 2017, non seulement à prévenir les atteintes graves à l'environnement mais également à traduire une mise en responsabilité des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, ainsi que tous leurs prestataires, afin de permettre la réparation et l'indemnisation du préjudice environnemental. Le risque d'atteinte grave à l'environnement doit donc être sérieusement pris en considération dans le cadre du plan de vigilance puisqu'il constitue un risque de responsabilité pour l'entreprise et donc, un risque de contentieux économique. Il va donc s'agir pour l'organisation de cartographier et de disposer d'une maîtrise des pollutions et nuisances qu'elle génère, ou pourrait générer, sur son environnement par une bonne information environnementale et cela, pour garantir une bonne prévention des risques environnementaux majeurs. L'intégration d'un système de management de l'environnement est pour les PME le moyen d'intégrer les critères environnementaux à leur gouvernance, et la certification de ce système (selon la norme ISO 14001 ou le règlement européen Éco-audit) le moyen de prouver aux différentes parties intéressées la validité de leur démarche environnementale²⁰⁰, notamment lorsqu'elles devront en rendre compte aux entreprises donneuses d'ordre.

II. LES AUTRES PRINCIPAUX RISQUES JURIDIQUES SOURCES DE CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE POUR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

L'idée est ici de partir du principe que, quitte à mettre en œuvre un plan de vigilance au sein de la gouvernance de l'entreprise, autant opter pour une gestion complète des risques juridiques pouvant affecter l'entreprise. En effet, outre les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, envers la santé et la sécurité des personnes, et envers l'environnement ; de nombreux risques pèsent encore à la fois sur l'entreprise en tant que

¹⁹⁹ Article L.160-10 du Code de l'environnement.

²⁰⁰ M. PERSONNE, *Contribution à la méthodologie d'intégration de l'environnement dans les PME-PMI : Évaluation des performances environnementales*, École Nationale Supérieure des Mines de Saint-Étienne, 1998.

personne morale, mais également sur le dirigeant de l'entreprise en tant que personne physique indépendante mais liée à l'organisation.

A. LES PRINCIPAUX RISQUES POUVANT AFFECTER L'ENTREPRISE

Les risques juridiques pouvant affecter l'organisation sont aussi nombreux et variables qu'ils sont propres à chaque petite et moyenne entreprise et à leur environnement, néanmoins afin de dresser une succincte nomenclature, il est possible de les regrouper sous trois principales catégories qui sont : l'instabilité juridique, les risques d'activité et les risques de défaillance.

1) L'INSTABILITÉ DU DROIT

D'après le témoignage de la CPME, submergées par les « *projets de loi pour supprimer des aides, (les) décrets fixant un moratoire, ... Les PME doivent faire face à des textes législatifs toujours plus nombreux. (...) Pire encore, l'instabilité parlementaire étouffe des secteurs émergents comme celui du photovoltaïque. En décembre 2010 par exemple, le gouvernement a stoppé net tous les contrats en cours pour de grandes toitures photovoltaïques, le moratoire de trois mois laisse encore des traces dans les PME* »²⁰¹. En effet, probablement le plus redoutable de tous en raison de l'impuissance des petites et moyennes entreprises, le risque d'instabilité juridique consiste en l'aléa de l'état du droit pour l'avenir. Le législateur donne perpétuellement naissance à de nombreux nouveaux textes de lois, auxquels il faut ajouter les textes réglementaires et les jurisprudences. Mais ce n'est pas tout, outre les promulgations, il faut également surveiller les modifications et abrogations des textes actuels, soumis au remplacement des familles politiques et changeant en fonction des besoins sociaux. Face à ce flux variable de législation, une maîtrise absolue et permanente de l'environnement juridique semble impossible, et la survenance d'un risque par méconnaissance de la norme juridique, inévitable ; d'autant plus qu'il ne revient pas seulement à l'entrepreneur de disposer d'une connaissance exhaustive de la règle de droit mais également d'anticiper les normes à venir en suivant les évolutions politiques, afin d'inscrire le développement des activités de l'entreprise dans l'avenir. Il advient effectivement qu'une entreprise se construit dans le temps et que, selon

²⁰¹ Voir la vidéo CPME, *Instabilité juridique dans les PME-TPE*, 2011.

<https://www.youtube.com/watch?v=AHwVZhr2wUA>.

Didier Ferrier, malgré son adaptation, la qualité première du droit devrait résider dans sa stabilité, afin de garantir une sécurité juridique à l'entreprise permettant son développement sur du moyen ou long terme. L'inévitable « *évolution annuelle de la loi fiscale seule devrait être une source d'inquiétude pour un dirigeant, dans la mesure où les décisions majeures d'une entreprise ont systématiquement et forcément des implications fiscales* »²⁰². Afin de parer à l'instabilité du droit, une gouvernance de l'entreprise par un management des risques juridiques permet, et surtout prescrit, la mise en œuvre d'un service permanent de veille juridique, que ce soit en interne ou en externe en fonction de ce que la taille et les moyens de l'entreprise permettent. Une veille informationnelle en matière de normes juridiques qui va rendre possible le respect de la « compliance », autrement dit de la conformité de l'entreprise à la législation actuelle ; mais également, l'anticipation des normes à venir par le suivi des débats juridico-politiques et doctrinaux.

2) LES RISQUES D'ACTIVITÉ

Les risques juridiques d'activité, comme le nom l'indique, sont ceux ayant attrait à la réalisation des activités de l'entreprise, et notamment les choix de déploiement de cette activité et des stratégies adoptées par l'organisation dans l'atteinte de ses buts, en d'autres termes, ce sont des risques de fonctionnement de l'entreprise. Ils peuvent notamment avoir trait aux produits et services développés par l'entreprise, la protection et l'utilisation de biens immatériels tels que des technologies, des œuvres ou encore des noms, des choix de recherche et de développement, des choix et manœuvres opérés sur le marché, etc. Ils regroupent, par exemple, le **risque de contrefaire** en portant atteinte « *à des droits de propriété intellectuelle tels que le droit d'auteur, le droit des brevets, le droit des marques ou encore celui des dessins ou modèles pour ne citer que les principales têtes de chapitres* »²⁰³. La contrefaçon constitue à ce titre l'utilisation ou l'exploitation d'une œuvre ou d'un produit par l'entreprise, qu'elle en ait conscience ou non, sans en avoir le droit ; un délit civil et pénal lourdement sanctionné et qui

²⁰² PETITE-ENTREPRISE.NET, *TPE, PME : les risques juridiques*, in *Tout pour l'entrepreneur*, 14 juin 2013. <https://www.petite-entreprise.net/P-3746-87-G1-tpe-pme-les-risques-juridiques.html>.

²⁰³ L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* Paris, L.G.D.J., *Collection Droit des affaires*, 2012.

peut mettre en péril la pérennité de l'entreprise. Toujours à titre d'illustration, l'entreprise a également tout intérêt à appréhender la gestion du risque concurrentiel dans son plan de vigilance. En effet, le risque concurrentiel consiste en « *la probabilité que des entreprises mettent en œuvre une pratique anti-concurrentielle, afin de s'extraire au moins partiellement du fonctionnement concurrentiel du marché* »²⁰⁴, en abusant d'une position dominante, par des ententes ou encore par du parasitisme économique altérant la libre concurrence sur le marché. « *Le Conseil de la Concurrence, ou son équivalent européen, interviennent de plus en plus au sujet d'ententes, accords, ou pratiques anticoncurrentiels (qui) sont sévèrement réprimandées et les sanctions coûtent très cher* »²⁰⁵. Mais encore une fois, un management des risques juridiques de l'entreprise permet à celle-ci d'opérer un audit, une auto-évaluation de son propre comportement sur le marché via les outils de conformité mis à disposition en la matière, et ainsi d'éviter les fortes sanctions pécuniaires, voire de déceler parmi ses concurrents des comportements anti-concurrentiels qui pourraient potentiellement lui porter préjudice.

3) LES RISQUES DE DÉFAILLANCE

Les risques juridiques de défaillance vont d'avantage porter sur l'aspect opérationnel et administratif des activités de l'entreprise, notamment au niveau de ses rapports contractuels et financiers (notamment le risque de non-paiement). Mais si l'on pousse la réflexion plus loin, il est possible de considérer la survenance d'un risque comme un risque défaillance de prévention en soi de la part de l'entreprise (le risque avéré). Prenons, par exemple, le risque juridique généré par la **détérioration des rapports contractuels**, que ce soit en interne vis-à-vis des salariés ou en externe envers les différents prestataires commerciaux, les situations d'évolution contractuelle font de plus en plus l'objet de contentieux. En effet, « *en réalité, il devrait être normal qu'une relation contractuelle évolue et puisse se terminer, à un moment ou un autre. Or, la rupture à l'amiable n'existe pratiquement plus : on veut tirer une indemnisation de l'ancien partenaire,*

²⁰⁴ R. RUBLE et B. VERSAEVEL, *Mise en œuvre de la collusion et détection : approches passives*, in *Revue de littérature comparée*, Dossier, mars 2010, p. 119.

²⁰⁵ PETITE-ENTREPRISE.NET, *TPE, PME : les risques juridiques*, in *Tout pour l'entrepreneur*, 14 juin 2013. <https://www.petite-entreprise.net/P-3746-87-G1-tpe-pme-les-risques-juridiques.html>.

comme s'il était interdit de se séparer »²⁰⁶, une détérioration de la relation contractuelle qui se couple avec le phénomène de judiciarisation (traité précédemment). Un risque contractuel particulièrement important pour l'entreprise en ce qu'il constitue la pierre angulaire de ses relations, et vaste tant il recouvre autant de situations que d'aléa pouvant affecter ces relations. Les risques contractuels sont souvent à la source d'une imprévision, d'une imprécision, ou encore d'une difficulté d'interprétation des termes contractuels conduisant à des situations auxquelles le contrat ne donne pas de ligne de conduite à adopter entre les parties ; un vide juridique qui génère des conflits, et donc un risque juridique de contentieux. C'est la raison pour laquelle, une gestion efficace des risques juridiques prône de ne pas négliger l'encadrement des relations contractuelles et leur écriture, afin que l'entreprise puisse anticiper les évolutions contractuelles et donc, résoudre les litiges en amont, avant même qu'ils surviennent.

B. LES PRINCIPAUX RISQUES JURIDIQUES POUVANT AFFECTER LE DIRIGEANT DE L'ENTREPRISE

Alors que *« l'entrepreneur voit tout naturellement des occasions d'affaires, des opportunités et des créneaux à développer. (... Il) n'a généralement pas de facilité à intégrer les conseils et suggestions des intervenants légaux, qui s'avèrent fort éloignés de ses manières de se comporter sur le terrain : recours à l'intuition, analyses informelles, décisions rapides et passage à l'action, plutôt qu'études et planification minutieuses en vue d'une intervention légale aux issues toujours incertaines »*²⁰⁷. Il advient néanmoins que l'entreprise en tant que personne morale, n'est pas la seule à pouvoir engager sa responsabilité dans le cadre de ses activités et de la réalisation de ses buts. En effet, les dirigeants d'entreprise sont légalement et, vis-à-vis de la responsabilité sociale, éthiquement tenus d'assumer les conséquences de leurs décisions et actions ayant attrait à la gestion de leur entreprise, tant sur un plan civil que pénal. *« Aujourd'hui il apparaît impossible de dénombrer les infractions qui couvrent l'ensemble de la vie des affaires : les relations du travail, les pratiques du commerce, le droit des sociétés,*

²⁰⁶ Témoignage de G. LANCNER, PETITE-ENTREPRISE.NET, *TPE, PME : les risques juridiques*, in *Tout pour l'entrepreneur*, 14 juin 2013. <https://www.petite-entreprise.net/P-3746-87-G1-tpe-pme-les-risque-juridiques.html>.

²⁰⁷ C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, *Collection CÉDÉ*, 2011, p. 668.

*l'urbanisme, l'environnement, le droit fiscal..., si bien que chaque action du chef d'entreprise est potentiellement source de la commission d'une infraction. Il est dès lors indispensable pour le chef d'entreprise d'être particulièrement informé et entouré »*²⁰⁸.

En termes de risques juridiques, si l'on met de côté que l'entrepreneur est de manière générale celui qui prend tous les risques afin d'innover²⁰⁹, les situations pouvant engager la responsabilité du dirigeant prennent généralement la forme d'abus quant à la gestion de l'entreprise. Légalement, « *chaque gérant est responsable individuellement envers la société et envers les tiers, soit des infractions aux lois et règlements, soit de la violation des statuts, soit des fautes commises dans sa gestion* »²¹⁰. D'une part, l'entrepreneur est d'avantage axé sur les modalités opérationnelles et économiques des activités de l'entreprise, en comparaison aux différents intervenants légaux, une perspective qui peut conduire le dirigeant au ***non-respect des dispositions légales et réglementaires*** en matière de gestion de l'entreprise. En effet, la contrevenance à certaines règles de droit des affaires engage la responsabilité de leurs auteurs en tant que personnes physiques, et pas seulement la responsabilité générale de la personne morale. À titre d'illustration, il est possible de mentionner les dispositions relatives à la corruption, à l'obligation de veiller à la sécurité et la santé physique et mentale des salariés, en cas de travail dissimulé ; mais également en matière civile, notamment contractuelle, vis-à-vis des tiers, de ses préposés ou encore de ses clients. Par ailleurs, il advient que l'entreprise qu'il a créé et qui est si chère à l'entrepreneur peut également se retourner contre lui et engager sa responsabilité personnelle. Les chefs d'entreprise peuvent effectivement engager leur responsabilité civile en cas de ***non-respect des dispositions des statuts*** de la société, notamment par la violation d'une clause limitant les pouvoirs du dirigeant ou bien lui interdisant d'engager la société au-delà d'une certaine somme, lorsque ceux-ci sont partagés. Il peut également s'agir de clauses précisant les modalités de prise de décision au sein de l'organisation, en matière

²⁰⁸ W. FEUGERE, *Responsabilité pénale des dirigeants et des personnes morales et organisation de l'entreprise*, in *Grande Bibliothèque du Droit, Le droit partagé*. Lexbase, 2013.

²⁰⁹ J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper colophon éd., New York, NY, HarperPerennial, 2006.

²¹⁰ Article 1850, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

d'actes ou de délibérations, ou encore concernant les conditions de cession, etc. La **faute de gestion**, quant à elle, relève de comportements jugés inadmissibles de la part d'un dirigeant dans l'utilisation de ses pouvoirs et d'une gestion qui ne puisse pas être qualifiée de prudente, diligente et active, en écartant tout intérêt personnel. Cela peut consister en « *tout acte ou omission commis par un dirigeant de société qui peut s'analyser comme une erreur dans la direction de l'entreprise* » telle que, par exemple, « *le financement de travaux excessifs par rapport au besoin et à la situation de l'entreprise, la poursuite d'une exploitation déficitaire, des sureffectifs, le paiement de dépenses personnelles du dirigeant par la société, la tenue d'une comptabilité incomplète ou irrégulière, des emprunts manifestement supérieurs aux capacités financières de l'entreprise, le défaut de déclaration de la cessation des paiements lorsque l'entreprise ne peut faire face au passif exigible avec son actif disponible* »²¹¹, etc.

Néanmoins, le dirigeant de petite et moyenne entreprise peut se prémunir de l'exposition de ses responsabilités civiles et pénales par une gestion des risques juridiques en amont de leur survenance, en amont même de la création de l'entreprise, dès le choix de sa forme juridique. Par exemple, la forme de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (dite EURL) permet à l'entrepreneur de protéger, au moins en théorie, son patrimoine personnel en créant seul une société dont la personnalité juridique fait écran à la sienne ; via l'affectation différenciée de son patrimoine. En effet, l'article L.526-6 du Code de commerce dispose que « tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale ». Ensuite, tout au long de la vie de l'entreprise, la gestion des risques juridiques par un plan de vigilance intégré à la gouvernance de l'organisation permet, déjà une sensibilisation du dirigeant à l'environnement juridique, et donc une prise de conscience de son influence sur les responsabilités potentielles de l'entreprise ainsi que sur son exposition personnelle. Mais encore, de prévenir les défauts de conformité juridique de l'organisation et donc, par la même occasion, ceux de la gestion juridique de l'organisation dont le dirigeant est responsable et qui pourraient lui être reprochés

²¹¹ L'EQUIPE DYNAMIQUE ENTREPRENEURIALE, *Entreprises : les fautes de gestion qui peuvent coûter cher*, in *L'équipe dynamique entrepreneuriale*, 13 octobre 2017, <http://www.dynamique-mag.com/article/entreprises-fautes-gestion-peuvent-couter-cher.2008>.

personnellement par la suite. Il reste que, même si la mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant est de plus en plus monnaie courante, les juges restent prudents sur les sanctions à adopter en fonction du contexte.

CONCLUSION DE TITRE

Il résulte de ce premier titre qu'il est essentiel, pour permettre à l'entreprise d'éviter le risque juridique de contentieux économique, que celle-ci prenne conscience de l'ampleur de son environnement et des interactions qu'elle entretient avec lui. En effet, il est nécessaire pour le dirigeant-entrepreneur d'appréhender sa petite et moyenne entreprise, non comme une entité isolée mais d'avantage, suivant le syllogisme biologique permettant d'illustrer parfaitement le concept soutenu, en tant qu'organisme vivant qui évolue et se transforme suivant l'environnement dans lequel il évolue. Et il s'avère que les petites et moyennes entreprises évoluent dans un environnement en constante évolution et qui tend à se complexifier en raison de l'intensification juridique et de l'internationalisation des échanges commerciaux. Ainsi, si l'environnement d'une entreprise lui permet de se déployer et de progresser sur le marché économique, celui-ci représente également un danger dans le sens où il expose l'entreprise à des risques sociaux, économiques et, notamment, juridiques qui peuvent menacer ses activités et la pérennité de son développement. Dans ce sens, le phénomène de responsabilisation par la gouvernance des risques juridiques, initié par le développement de la responsabilité sociale des entreprises, la multiplication des mécanismes de normalisation, et consacré par la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance prône la reconnexion entre l'entreprise et son environnement social, économique et juridique en redéfinissant les frontières de l'organisation. À travers l'obligation de mise en œuvre d'un plan de prévention des risques juridiques, la théorie du management des risques permet de mettre en avant la valorisation économique de l'information juridique dans le contexte organisationnel, l'importance que revêt la maîtrise dudit patrimoine informationnel propre à l'entreprise, ainsi que des risques juridiques qui en découlent. Ainsi, pour éviter le contentieux économique, l'entreprise et son dirigeant doivent s'intéresser à la notion d'information juridique pour mieux appréhender leur environnement juridique et ainsi les risques y afférents. Pour se protéger du risque juridique de contentieux économique, les petites et moyennes entreprises doivent ainsi mettre en œuvre un plan de prévention global en intégrant les processus propres au concept de « management des risques ». Autrement dit, le plan de vigilance doit permettre un audit complet de l'organisation pour comprendre les risques juridiques que l'activité de l'entreprise fait peser sur son environnement,

conformément à la loi relative au devoir de vigilance, en matière de droits humains et libertés fondamentales, de santé et de sécurité des personnes, d'environnement ; mais également, pour s'assurer un développement économique durable, les risques juridiques non directement visés par la loi du 27 mars 2017 pour une maîtrise totale de l'information juridique dans l'organisation. Il va s'agir sur ce point, tant des risques juridiques concernant l'entreprise elle-même que des risques ayant directement attrait à la fonction de dirigeant, mais également tant les risques juridiques véhiculés par la réglementation en vigueur que la norme juridique à venir, etc. Si l'objet de ce premier titre était de mettre en avant que l'entreprise, pour éviter le risque juridique de contentieux économique, doit prendre conscience qu'elle évolue dans un environnement juridique complexe source de risques juridiques dont la clef est la maîtrise de l'information juridique ; le second titre, quant à lui, va s'appliquer à proposer un processus de mise en œuvre du plan de vigilance, de la réalisation de l'audit des risques juridiques propres à l'organisation, aux politiques défensives et offensives de traitement des risques juridiques identifiés, sans omettre le régime de responsabilité qui peut être engagé à l'encontre de l'entreprise en cas de défaillance ou de manquement à son obligation de vigilance.

TITRE 2ND : L'APPLICATION DE LA RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE

Établir qu'un phénomène de responsabilisation des acteurs économiques quant à l'impact de leurs activités sur leur environnement est à l'œuvre c'est bien, mais proposer des processus et définir les conséquences potentielles d'une négligence quant à la gestion des risques au sein des petites et moyennes entreprises, c'est mieux. De ce fait, tel est le sujet des propos à suivre qui s'attacheront à analyser précisément le protocole de la mise en œuvre d'une gestion des risques. Un protocole qui sera défini conformément aux exigences de la loi relative au devoir de vigilance et aux principes normalisés du management des risques ; à commencer par le mécanisme de la cartographie des risques juridiques jusqu'à la proposition de politiques d'actions d'atténuation desdits risques. Des mesures de réduction et de résorption des risques juridiques qui peuvent prendre différents aspects, tantôt défensives par la prévention des événements à risque ou par le transfert des conséquences de leur réalisation, tantôt offensives par l'utilisation d'outils juridiques permettant d'anticiper la survenance des risques et l'impact de leurs conséquences, que ce soit par des mesures d'exécution ou la voie contractuelle. Il reste que la réglementation relative au devoir de vigilance constitue un risque juridique de contentieux économique comme un autre, pouvant ainsi exposer la responsabilité des petites et moyennes entreprises dans un contexte bien défini tant il sera particulier, mais encore ambigu au regard de la prospectivité du régime juridique qui le caractérise. Il adviendra donc de définir l'ampleur des sanctions, et donc des impacts du risque juridique de contentieux pour manquement à la gestion des risques, qui menacent les petites et moyennes entreprises. Une analyse globale de l'application concrète d'une telle responsabilisation des entreprises par la gestion des risques juridiques qui permet d'apprécier les répercussions éventuelles d'une négligence du risque juridique de prévention des risques en lui-même.

CHAPITRE 1: LES CARACTÉRISTIQUES DE L'OBLIGATION DE GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE

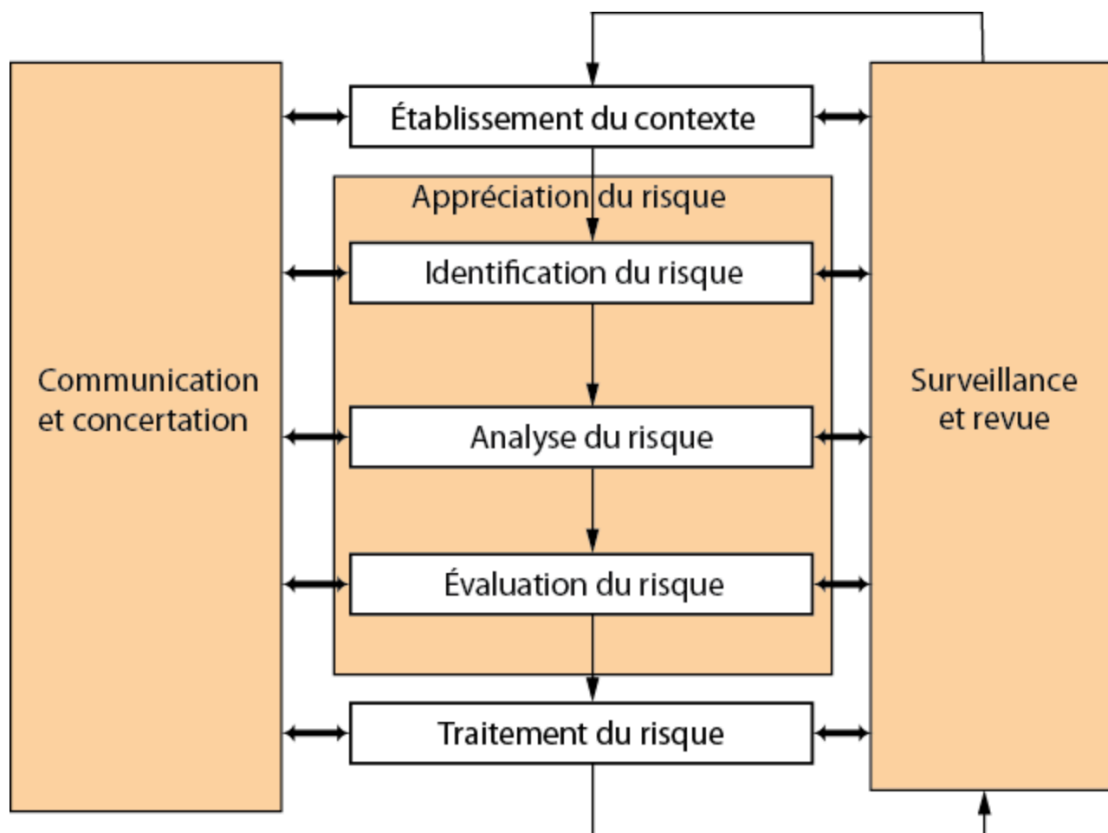
CHAPITRE 2: LA THEORIE D'UNE RESPONSABILITE COMMUNE MAIS DIFFERENCIEE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE

CHAPITRE 1^{ER} : LES CARACTÉRISTIQUES DE L'OBLIGATION DE GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE

Les dispositions de la loi relative au devoir de vigilance précisent que « le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société » et qu'il doit comprendre « les mesures suivantes : 1° *Une cartographie des risques* destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ; 2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ; 3° *Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves* ; 4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ; 5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité. Le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans le rapport mentionné à l'article L. 225-102 »²¹². Des obligations prescrites par la loi du 27 mars 2017 qui ne sont en réalité que la traduction des différentes étapes du processus prôné par les méthodes de management des risques des organisations. En effet, le centre de normalisation ISO, dans le cadre de sa norme 31000:2009 sur le management des risques décrit un processus global d'appréciation et de traitement des risques juridiques qui correspond aux nouvelles obligations du plan de vigilance comme suit :

²¹² Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JOFR, 28 mars 2017, n° 0074.

Figure 6 : Processus global d'appréciation et de traitement des risques juridiques²¹³



Il est effectivement possible d'observer que l'étape d'appréciation du risque comportant l'identification, l'analyse et l'évaluation du risque correspond à l'obligation de cartographier les risques d'atteintes graves ; et, l'étape suivante de traitement dudit risque s'apparente à l'obligation de mettre en œuvre une politique d'actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves. Dans ce sens, cette contribution propose de guider les petites et moyennes entreprises dans la réalisation de ces nouvelles obligations sur la route d'une gouvernance par la gestion des risques juridiques ; cela de l'identification et la mesure des risques quant à l'élaboration de la cartographie jusqu'à la suggestion de mesures de traitement permettant la réduction et/ou la résorption des risques juridiques identifiés par l'organisation.

²¹³ ISO, *Norme 31000:2009 (fr)*, Management du risque — Lignes directrices.

SECTION 1: L'OBLIGATION DE CARTOGRAPHIER LES RISQUES JURIDIQUES DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

SECTION 2: L'OBLIGATION D'ADOPTION D'UNE POLITIQUE D'ATTÉNUATION DES RISQUES JURIDIQUES DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

SECTION 1^{ÈRE} : L'OBLIGATION DE CARTOGRAPHIER LES RISQUES JURIDIQUES DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

La loi relative au devoir de vigilance exige l'établissement d'une « cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation »²¹⁴, néanmoins à ce stade, les dirigeants de petites et moyennes entreprises peuvent raisonnablement s'interroger sur ce qu'implique concrètement une telle cartographie en termes de processus. Comme son nom l'indique, la cartographie des risques juridiques nécessite d'une part, l'identification de ses derniers par l'organisation ; une identification qui passe par l'analyse des ressources attirant à l'environnement de l'entreprise et des règles de droit qui s'y rapportent. Des risques identifiés qui vont faire l'objet d'une analyse approfondie par l'organisation que ce soit en termes de détection de leurs origines, de leurs mesures et de l'évaluation de leurs effets sur celle-ci. Toutes ses caractéristiques analysées et établies propres à chaque risque juridique de l'entreprise vont lui permettre de les hiérarchiser, de les classer dans une matrice formalisée communément appelée la cartographie des risques.

PARAGRAPHE 1^{ER} : L'IDENTIFICATION DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE

L'identification des risques juridiques de l'entreprise répond à une méthodologie singulière prescrite par le processus de management des risques et qui prône la réalisation de différentes étapes. L'organisation va devoir, afin d'identifier les différents risques juridiques qui pèsent sur la réalisation de ses objectifs, recenser les ressources caractéristiques de son environnement et le droit applicable à chacune. Dès lors que l'entreprise maîtrise les risques juridiques propres à ses activités, elle va pouvoir en identifier les facteurs d'apparition, c'est-à-dire l'origine des comportements générateurs de risques juridiques pour l'organisation.

I. L'IDENTIFICATION DES RISQUES PAR LA DÉTERMINATION DE L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

L'identification des risques juridiques pesant sur les activités de l'entreprise nécessite de sa part de maîtriser parfaitement, en amont, son environnement juridique. Le processus de

²¹⁴ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JOFR, 28 mars 2017, n° 0074.

management des risques et l'établissement d'un plan de vigilance va donc être amorcé par une phase de recensement des ressources de l'organisation. Ce n'est qu'en ayant connaissance de l'intégralité de ses ressources que l'entreprise va pouvoir, ensuite, entamer une phase d'identification du droit applicable à celles-ci, et donc les risques juridiques qui pèsent sur elles.

A. L'IDENTIFICATION DE L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE : LE RECENSEMENT DES RESSOURCES DE L'ENTREPRISE

Afin d'identifier les risques juridiques pesant sur l'entreprise, il est nécessaire de définir en priorité ce dont est constitué l'organisation par la détermination des caractéristiques de son environnement. C'est la raison pour laquelle la première étape du processus de management des risques juridiques va consister en une *phase de recensement des ressources de l'organisation* durant laquelle il va s'agir de dresser l'inventaire des éléments de l'entreprise afin, par la suite, de débusquer les menaces qui y sont rattachées. En effet, « *La prise en compte de l'environnement de contrôle interne – les éléments exogènes à l'entreprise qui impactent son organisation, par exemple l'évolution dans un marché très réglementé – permet de restituer l'environnement juridique et économique général afin d'être en mesure d'identifier l'organisation mise en place par l'entreprise en réponse et les flux opérationnels contribuant à l'activité* »²¹⁵. Les risques étant partout, une démarche précise et méticuleuse, prévoyant une analyse intégrale de l'entreprise à 360°C²¹⁶ est nécessaire pour distinguer clairement tous les événements pouvant être la source de risques pour les composantes de l'organisation. Matériellement, une entreprise est une « unité économique qui implique la mise en œuvre de moyens humains et matériels de production ou de distribution des richesses reposant sur une organisation préétablie », c'est-à-dire un « ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels et/ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre »²¹⁷. Il va donc s'agir de recenser tous les éléments dont dispose l'entreprise en

²¹⁵ A. MASSON et H. BOUTHINON-DUMAS, *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, Droit, Management et Stratégies, Larcier, 2013, p. 544.

²¹⁶ H. GARRAULT, *L'identification et le contrôle des risques*, Dalloz, *Juris Associations*, 2011, n° 434, p. 18.

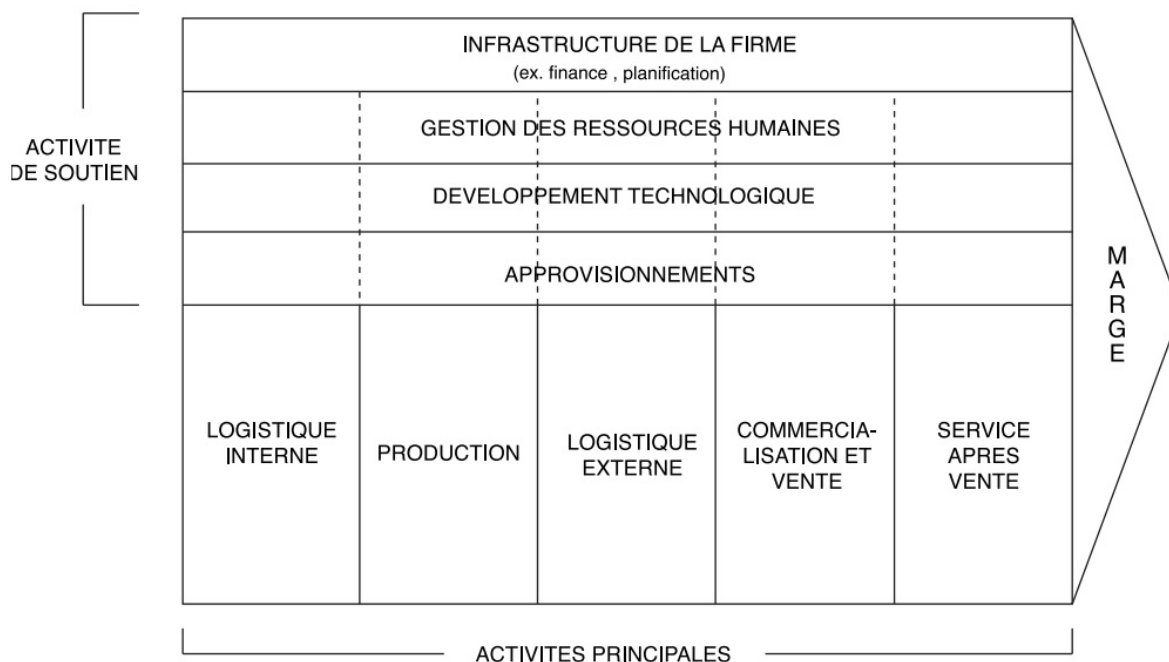
²¹⁷ Voir sur ce point : Terme « Entreprise », S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018

interne, et les éléments avec lequel elle interagit en externe, pour atteindre ses objectifs, de manière large, afin d'analyser toutes les menaces potentielles. C'est donc le moment de rassembler toutes les parties prenantes de l'organisation dans la réalisation de cet audit puisqu'une bonne « *identification des risques est un travail collectif, multidisciplinaire et multiculturel* » dans le sens où « *ce ne sont pas les risques de son propre métier qui font chuter, mais ceux des domaines avec lesquels on n'est pas familier* »²¹⁸.

Les ressources internes et externes, matérielles et immatérielles, constituant les processus de l'entreprise sont aussi diverses et variées que l'environnement est spécifique à chaque organisation. Il existe néanmoins des approches pragmatiques de l'entreprise qui permettent de dégrossir l'environnement dans lequel elle évolue et qui peuvent faire référence à des éléments communs à de nombreuses organisations. Il est possible, par exemple, de se référer à la chaîne de valeur proposée par Michael Porter qui correspond à l'étude précise de l'entreprise afin de mettre en évidence les services principaux de l'organisation ainsi que ses activités clés, l'objectif de la théorie de cet auteur étant de procurer un avantage concurrentiel à l'entreprise. Une analyse qui s'opère comme suit :

²¹⁸ J. DE LA FONTAINE et G. PEUREUX, *Fables : L'Astrologue qui se laisse tomber dans un puits*, Paris, Larousse, 2010.

Figure 7 : La chaîne de valeur (M. Porter)²¹⁹



En effet, en analysant sa chaîne de valeur, c'est-à-dire la filière intégrée de tous les métiers qui composent l'entreprise²²⁰, celle-ci peut mettre en exergue les éléments et les activités principales qui la constitue, et ainsi réaliser un audit complet de son environnement. Dans le cadre de chaque activité, l'entreprise peut donc réaliser une nomenclature de ses **ressources matérielles et immatérielles**. À titre d'illustration et de manière non exhaustive, pour l'activité principale de production, il s'agira de relever les ressources matérielles physiques telles que les locaux (immeubles), les outils et équipements mais pas seulement, en comprenant les technologies, les processus utilisés, ou encore les ressources dites naturelles (matières premières nécessaires à la production). Immatériellement, cette catégorie de ressources constitue également des savoir-faire et compétences, un patrimoine informationnel, voir des technologies constituant des biens de l'entreprise pouvant nécessiter une protection juridique. Concernant les activités de soutien, il s'agira de relever le personnel ou la « main d'œuvre », les techniques de

²¹⁹ X. ROBBEN et 50 MINUTES BUSINESS, *La chaîne de valeur de Michael Porter : Comment identifier sa valeur ajoutée ?*, 2014.

²²⁰ M.E. PORTER, *L'avantage concurrentiel*, Paris, Dunod, 2008.

management et les formes de contractualisation salariales de l'entreprise par exemple ; alors qu'au niveau de l'infrastructure de la firme, il sera nécessaire de s'interroger sur les activités financières, le comportement de l'entreprise sur le marché et ses stratégies économiques. Certains auteurs recommandent également de ne pas oublier de prendre en compte les ressources gratuites de l'organisation²²¹ ; celles issues de l'environnement de l'entreprise telles que l'air, l'eau, la terre, la pollution, ... notamment dans le cadre de la prévention des atteintes graves à l'environnement. Une fois que l'entreprise maîtrise son environnement, elle va pouvoir, en ce qui concerne le sujet de cette contribution, appréhender la spécificité juridique des éléments caractéristiques de celui-ci et mettre en œuvre un plan de vigilance des risques juridiques.

B. L'IDENTIFICATION DU DROIT APPLICABLE AUX RESSOURCES DE L'ENTREPRISE : LES SOURCES DE RISQUE JURIDIQUE

Une fois que l'entreprise maîtrise ses différentes composantes, le processus de management des risques prône d'identifier les facteurs de risque, les événements qui peuvent survenir sur cet environnement. Il advient effectivement qu'un événement, c'est-à-dire une occurrence ou un changement d'un ensemble particulier de circonstances, peut-être quelque chose qui est attendu, mais qui ne se produit pas, ou quelque chose auquel on ne s'attend pas, mais qui se produit²²². En ce sens, c'est un facteur de risque qui pèse sur les composantes de l'organisation, des risques qui peuvent être « *dus à des facteurs externes (facteurs d'ordre économique : changement du niveau de compétition, des forces du marché, de l'économie; d'ordre naturel et environnemental : catastrophes naturelles ; d'ordre politique : changement de gouvernement, de législation ; d'ordre social : changements démographiques, de priorités sociales ; d'ordre technologique : virage technologique) ou internes (l'infrastructure : réparations inattendues, problèmes ; le personnel : accidents de travail, grèves ; les processus : problèmes de qualité, technologie) »*²²³. Il va donc s'agir de déterminer tous les événements juridiques se rattachant aux différentes composantes internes et externes de l'organisation et

²²¹ F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Paris, Organisation, 2006, p. 188.

²²² ISO, *Norme 31000:2018 (fr)*, Management du risque — Lignes directrices.

²²³ E. EBONDO WA MANDZILA et D. ZEGHAL, *Management des risques de l'entreprise : Ne prenez pas le risque de ne pas le faire !*, in *La Revue des Sciences de Gestion*, 2009, n°3, p. 237 et s.

pouvant constituer un risque juridique pour celle-ci. En effet, « l'entreprise est le plus souvent considérée, en droit du travail, comme une catégorie juridique qui fournit un cadre à la mise en œuvre d'un certain nombre de règles (représentation du personnel, transfert des contrats de travail...) »²²⁴. Il en résulte que les différents éléments de l'entreprise vont devoir être observés au prisme d'un cadre législatif et/ou réglementaire, donc sous l'angle de l'application d'un certain nombre de règles juridiques. Cette deuxième étape du processus de management des risques va consister en une **phase de recensement des règles juridiques applicables aux ressources de l'organisation**. Matériellement, « l'impact de la réglementation juridique et sociale, voir fiscale, sur ces grands processus de l'entreprise – dans certains cas sur ses processus détaillés – est analysé afin d'aboutir à un référentiel des points de contrôle et des risques associés qui est utilisé pour des entretiens et des autodiagnostic »²²⁵. Il est nécessaire d'observer à ce stade qu'aucune méthode ne peut garantir dans l'absolu à l'entreprise de recenser tous les événements et facteurs de risques auxquels elle peut potentiellement être confrontée, cela tient de la définition même de l'aléa tenant aux risques et des limites des modélisations de prévention tenant à l'imagination humaine. Bien que le risque zéro n'existe pas, l'application d'un processus d'audit et d'analyse des risques juridiques de l'entreprise lui garantit une sécurité juridique et économique non négligeable.

Cette phase de recensement des règles juridiques applicables aux ressources de l'organisation en matière de risque juridique de contentieux économique se traduit par deux sous-étapes qui vont respectivement consister en **l'identification du cadre juridique de l'environnement de l'organisation** pouvant occasionner un contentieux, **et des juridictions compétentes** dans le cadre de la naissance dudit contentieux²²⁶. Tout d'abord, il va s'agir d'identifier toutes les règles juridiques applicables aux activités de l'entreprise que ce soit ses choix stratégiques, l'identification de ses cibles (les clients et les autres parties prenantes),

²²⁴ Voir sur ce point : Terme « Entreprise », S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

²²⁵ H. BOUTHINON-DUMAS, *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, Paris, Larcier, *Droit Management et stratégies*, 2012, p. 544.

²²⁶ F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Paris, Organisation, 2006, p. 188.

leurs attentes, la mise en œuvre de ses activités, son management, ses ressources, sa communication, sa gestion des ressources humaines, ou encore ses partenariats²²⁷. Un processus qui va permettre par la suite à l'entreprise de se mettre en conformité, dite de *compliance*, avec le cadre juridique qui la régit. Cela va concerner, par exemple, la réglementation en matière de droit du travail et l'encadrement juridique des relations entre l'entreprise et ses salariés (contrat de travail, licenciement, représentation du personnel, etc) ; mais également la réglementation en matière de droit des contrats qui va venir encadrer la formalisation des relations commerciales entre l'entreprise et ses partenaires commerciaux (négociations, consentement, respect des engagements contractuels et le cas échéant, les sanctions, etc) ; ou bien encore, la réglementation qui régit le marché que ce soit en termes de droit de la concurrence ou de l'encadrement de la commercialisation de certains biens et services ; etc. Néanmoins, la conformité de l'organisation aux règles juridiques applicables ne constitue que la moitié, légale et obligatoire certes, mais uniquement une partie de l'identification des risques pouvant potentiellement affecter l'entreprise et son dirigeant. Il est effectivement nécessaire que l'entreprise pousse l'identification, et donc ensuite la gestion, des risques juridiques autres que ceux de la conformité juridique, en s'engageant sur le terrain des risques qui peuvent résulter d'une modification des textes pour l'avenir mais également d'évènements incertains pouvant affecter son environnement juridique actuel. Par exemple, lors de l'audit du droit applicable à ses ressources, l'entreprise va pouvoir identifier une défaillance concernant la protection d'une technologie ou d'une création ; mais encore modifier certaines clauses de ses contrats qu'elle peut estimer trop ambiguës et donc sources de conflit quant à leur interprétation ou en rajouter d'autres afin d'anticiper des situations imprévues jusqu'alors ; ou bien encore, s'apercevoir d'une négligence en matière de protection environnementale lors de son processus de production. « *L'enjeu (pour l'entreprise) est alors d'utiliser une architecture de partage et d'enrichissement de l'information, véritable structure de « knowledge management », très utile pour le travail en réseau qui devrait être mis en place* » par le dirigeant dans le cadre de la gouvernance stratégique de l'entreprise. Par ailleurs, outre le cadre réglementaire de son environnement juridique, il appartient à l'entreprise de déterminer précisément les juridictions

²²⁷ H. GARRAULT, *L'identification et le contrôle des risques*, Dalloz, *Juris Associations*, 2011, n° 434, p. 18.

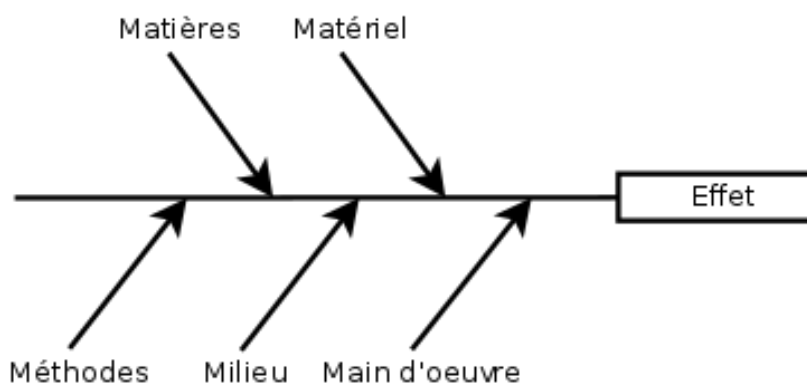
compétentes pour trancher les litiges, dans l'éventualité où des risques se réaliseraient. En effet, c'est une information qui peut paraître anodine, et les chefs d'entreprise peuvent raisonnablement s'interroger sur la pertinence de cette information en amont de la survenance du contentieux, lors de l'établissement d'un plan de vigilance. Néanmoins, négliger cet aspect juridique de l'environnement de l'entreprise constituerait une erreur en ce que la détermination des juridictions compétentes, et il en sera question dans la seconde partie de cette contribution, peut constituer pour l'entreprise à la fois un aspect stratégique non dédaignable, mais également influencer le droit applicable à ses ressources. En effet, en fonction de la partie contractante les juridictions et les droits afférents peuvent être différenciés (salarié, consommateur, commerçant, établissement public) ; mais les législations en elles-mêmes peuvent varier, notamment dans le cadre d'un contrat avec un prestataire étranger qui prévoirait la résolution d'un différend par une juridiction de sa nationalité. Outre les différences de réglementations internes et étrangères, il existe de multiples procédures de résolution des différends qui peuvent être soumises à des régimes et des réglementations particulières, et qui impliquent également des facteurs économiques, notamment en termes de coûts et de participation au processus, autres que les juridictions institutionnelles traditionnelles. Il en résulte que l'entreprise doit appréhender son environnement juridique, au regard de l'audit de ses ressources actuelles ou à venir en fonction des stratégies économiques qu'elle met en œuvre, de manière globale. Une fois que l'entreprise a identifié concrètement les risques juridiques qui pèsent sur son environnement et la réalisation de ses objectifs, celle-ci va pouvoir identifier l'origine de ce risque afin de mieux le traiter ensuite.

II. L'IDENTIFICATION DES FACTEURS DE RISQUES : L'ORIGINE DU RISQUE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

L'identification des risques juridiques constitutifs de l'environnement de l'entreprise est une étape importante, néanmoins la connaissance seule des risques juridiques ne suffira pas à établir un plan de prévention. Afin de traiter au mieux les risques identifiés, il va également être nécessaire d'identifier leurs origines au sein de l'organisation pour déterminer, ensuite, la meilleure politique de traitement de ces derniers. Il va donc s'agir, après l'étape d'identification des risques juridiques de l'entreprise, d'engager une étape d'identification de leurs origines, c'est-à-dire des facteurs de risques au sein de l'organisation. Cette étape consiste en une analyse

approfondie des risques juridiques déjà identifiés en les décortiquant et pour lesquels il va falloir déterminer tout élément qui, seul ou combiné à d'autres, est susceptible, pour chacun, de les engendrer²²⁸. À ce titre, le diagramme de causes et effets, dit aussi diagramme d'Ishikawa du nom de son concepteur, constitue un outil intéressant dans la recherche de causes d'une difficulté rencontrée par l'entreprise ou lors de l'identification des risques auxquels ses activités sont exposées. En effet, dans le cadre d'une démarche qualité, il permet de visualiser les événements pouvant affecter l'organisation à travers cinq concepts clés qui sont la matière, le matériel, la méthode, la main-d'œuvre, et le milieu ; dits aussi les 5M sous la forme d'une arête de poisson, comme suit :

Figure 8 : Le diagramme de causes et effets²²⁹



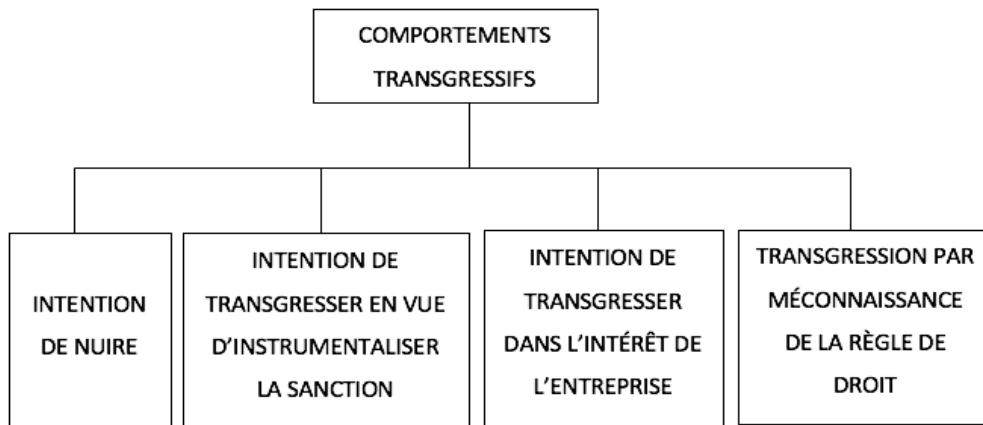
La matière correspond à une défaillance propre aux caractéristiques physiques du projet ou, en l'occurrence, du risque juridique étudié (matières, matériaux et/ou processus) ; le matériel est d'avantage constitutif d'une défaillance technique quant aux équipements et technologies utilisées ; la méthode attrait au mode opératoire ; le milieu fait référence à l'environnement, ce peut être par exemple, l'étude du marché sur lequel l'entreprise projette de déployer un nouveau produit ; et enfin, la main d'œuvre permet d'analyser les difficultés pouvant naître des interventions humaines. À titre d'illustration, pour une petite et moyenne entreprise souhaitant

²²⁸ Terme « source de risque », Termes et définitions, Introduction, ISO, Norme 31000:2018 (fr), Management du risque — Lignes directrices.

²²⁹ A.F. FERNANDEZ, *Les nouveaux tableaux de bord des managers : le projet décisionnel dans sa totalité*, Paris, Eyrolles, 2013.

développer la production d'un nouveau produit, un jouet par exemple, celle-ci va devoir analyser les nombreux facteurs de risques juridiques pesant sur son nouveau produit et sa production. En effet, les matières nécessaires à sa fabrication sont-elles légales et répondent-elles aux réglementations, notamment en terme de toxicité envers les enfants ; concernant le milieu, le jouet produit sera-t-il commercialisable sur le marché et répond-ils aux conditions législatives de sa commercialisation, ou bien encore sa production est-elle susceptible de générer des atteintes graves à l'environnement ; le matériel et les méthodes utilisées pour sa production, c'est-à-dire les équipements et les processus permettent-ils de garantir la santé et la sécurité des salariés attirés à sa fabrication ; etc. À propos de la main d'œuvre, autrement dit les risques juridiques liés à l'intervention humaine dans la gouvernance et la réalisation des activités et des objectifs de l'entreprise, Franck Verdun distingue différentes typologies de comportements dits transgressifs²³⁰ et facteurs de risques juridiques pour l'organisation.

Figure 9 : Typologies de comportements transgressifs sources de risques juridiques



L'intention de nuire est constitutive d'une transgression délibérée, et en connaissance de cause, de la norme de droit ; elle correspond par exemple à une faute lourde ou bien encore un acte de concurrence déloyale envers un ou des concurrents de l'entreprise. Ensuite, les comportements transgressifs peuvent résulter d'une *intention délibérée de transgresser les normes juridiques en vue d'instrumentaliser les sanctions* pouvant découler de ladite

²³⁰ F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Paris, Organisation, 2006, p. 188.

transgression. Cette transgression résulte particulièrement d'une stratégie de l'entreprise relevant d'une forme de désobéissance civile ayant pour objectif, par exemple, d'ouvrir des marchés, de les rendre plus flexibles ou encore de bousculer la réglementation qui les encadre. Une catégorie de transgression parfaitement illustrée par les stratégies des entreprises *Airbnb* ou encore *Uber*. En effet, « avec l'arrivée des médias sociaux et des téléphones intelligents, nous assistons depuis quelques années à l'émergence d'une nouvelle stratégie commerciale qui ressemble, en langage familier, à du rentre-dedans. Parce qu'un secteur est réglementé, encadré, parfois figé et contrôlé par trop peu d'acteurs, des entrepreneurs adoptent des stratégies agressives et parfois illégales pour casser un moule, pour faire tomber un système, pour pousser les gouvernements à changer les lois »²³¹. Une stratégie concurrentielle, marketing et juridique particulièrement dangereuse pour l'entreprise et l'entrepreneur qui, pour le coup prend tous les risques en instrumentalisant le risque juridique. Concernant ***l'intention de transgresser les normes juridiques dans l'intérêt de l'entreprise***, cette catégorie fait référence à une transgression de la part d'un agent de l'organisation, quel que soit son niveau hiérarchique et ses fonctions, qui estime que le comportement que la norme prescrit n'est pas conforme à l'intérêt de l'entreprise. Dans cette situation, l'agent est parfaitement informé de l'existence et du contenu de la réglementation, mais décide en pleine conscience de ne pas s'y conformer dans l'intérêt final de l'entreprise. Selon Christian Morel, il arrive effectivement que « *les individus prennent collectivement des décisions singulières : ils agissent avec constance dans le sens totalement contraire au but recherché. Ces décisions absurdes se traduisent par des erreurs radicales et persistantes. Elles sont observées dans des mondes aussi divers que ceux de la technologie, de la vie quotidienne et du management : (...) pour éviter un accident, des pilotes s'engagent dans une solution qui les y mène progressivement ; les ingénieurs de Challenger maintiennent obstinément des joints défectueux sur les fusées d'appoint ; une entreprise persévère dans l'usage d'un outil de gestion au résultat inverse de l'objectif visé ...* »²³². Une catégorie de transgression particulièrement dangereuse pour l'entreprise dans le sens où, par

²³¹ G. FILLION, *La désobéissance civile d'UberX*, in *Radio-Canada*, 29 avril 2015, <http://blogues.radio-canada.ca/geraldfillion/2015/04/29/la-desobeissance-civile-duberx/>.

²³² C. MOREL, *Les décisions absurdes*, Paris, Gallimard, *Bibliothèque des sciences humaines*, 2002, p. 320

exemple, son dirigeant peut raisonnablement estimer que ses préposés, ayant connaissance de la norme, appliquent la réglementation en vigueur, alors que ces derniers font le choix de la transgresser et mettent en réalité en danger la pérennité de l'organisation. Et enfin, certainement le cas le plus courant, le comportement de *transgression de la norme juridique par méconnaissance de celle-ci*, sans le savoir²³³. Une transgression que la mise en œuvre d'un plan de vigilance et de gestion des risques juridiques permet, en soi, de résorber en sensibilisant l'entreprise et son dirigeant à leur environnement juridique. Bien que ce comportement soit particulièrement dangereux pour l'organisation, celle-ci n'ayant même pas conscience de transgresser les normes qu'elle ne connaît pas, c'est un risque juridique qui peut facilement se désagréger par une politique de compliance et la mise en place d'une veille juridique permettant de veiller et d'identifier la norme juridique nouvelle ou en gestation, pour l'avenir de l'entreprise. Il résulte de l'identification des comportements transgressifs au sein de l'organisation, sources de risques juridiques, qu'il est nécessaire pour l'entreprise de réaliser des audits afin d'analyser les comportements à l'origine des risques juridiques identifiés lors de l'étape précédente. En effet, faute de savoir d'où provient l'apparition des risques juridiques qu'elle a recensés, il sera problématique de mettre en œuvre une politique de traitement et de résorption de ces derniers.

Par ailleurs, dans la recherche de l'origine des risques juridiques l'affectant, l'organisation ne doit pas omettre d'identifier les matières régies par la responsabilité sans faute, qui comme son nom l'indique, n'implique pas que l'entreprise réalise une faute pour faire peser sur celle-ci un risque juridique d'exposition de sa responsabilité. Dans son sens le plus large, la responsabilité civile est l'obligation, mise par la loi à la charge d'une personne physique ou morale, de réparer le dommage subi par une autre. Dans le cadre de la responsabilité sans faute, l'entreprise se verra sous l'obligation de réparer certains préjudices naissant du déploiement de ses activités sur son environnement, alors même que celle-ci n'aura commis aucune faute. Une responsabilité de plein droit de l'organisation que l'on va retrouver, par exemple, dans le dommage environnemental, ou encore dans la mise en œuvre du régime de la responsabilité du

²³³ Franck Verdun, La gestion des risques juridiques, Éditions d'Organisation, 2006, 188 p.

fait des choses, celle résultant de l'indemnisation des victimes de produits défectueux. Le principe veut que le producteur soit responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime, conformément à la loi de mai 1998²³⁴ et au nouvel article 1245 du code civil. Autrement dit, l'entreprise est responsable des produits qu'elle met en circulation sur le marché et qui n'offre pas la sécurité à laquelle les utilisateurs peuvent raisonnablement s'attendre et/ou ne fournit pas suffisamment d'informations et de mises en garde relative à leur utilisation. Une source de risque juridique de contentieux que l'entreprise ne doit pas négliger lors de l'établissement de son plan de vigilance lui permettant de gérer ses risques afin de ne laisser subsister aucune faille juridique. En effet, par l'identification des matières de l'entreprise régies par le domaine de la responsabilité sans faute, celle-ci va pouvoir cerner les dommages objectifs qui vont systématiquement entraîner une obligation de réparer de sa part. Un dommage objectif constitutif d'une forme de risque juridique résiduel, dont il sera question dans la suite de cette contribution, et qui est souvent traité pour partie par des assurances²³⁵. Il en résulte, maintenant que l'entreprise a recensé les risques juridiques relatifs à son environnement et qu'elle a identifié les différentes origines envisageables de ceux-ci, qu'elle va pouvoir mesurer leur importance dans la réalisation de ses objectifs et en réaliser une cartographie.

PARAGRAPHE 2ND : L'ÉVALUATION DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE

Le risque juridique est un élément aléatoire pesant sur l'entreprise mais dont les caractéristiques sont mesurables par celle-ci, un calcul tenant à la criticité de chaque risque lui permettant de les évaluer au regard de leurs impacts sur les buts et les objectifs qu'elle poursuit. Une évaluation qui prendra la forme finale d'une cartographie des risques juridiques de l'entreprise, représentant graphiquement les risques en fonction de leur importance hiérarchique pour l'organisation, et constituant la référence documentaire informationnelle et juridique de la

²³⁴ Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, JOFR, 21 mai 1998, n° 117, page 7744.

²³⁵ F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Paris, Organisation, 2006, p. 188.

mise en œuvre d'une politique de traitement des risques juridiques au sein de la gouvernance de l'organisation.

I. LA MESURE DU RISQUE JURIDIQUE QUANT À L'ACTIVITÉ DE L'ENTREPRISE

Préalablement à l'établissement d'une cartographie des risques juridiques, il est nécessaire de mieux appréhender ces derniers en les mesurant, parmi la liste des risques identifiés par l'entreprise, dans l'idée qu'un risque n'est pas forcément égal à un autre pour l'organisation. La mesure des risques juridiques de l'entreprise s'entend par leur analyse au regard de deux critères, qui sont respectivement la probabilité et la gravité propres à chacun d'entre eux, et permettent de déterminer un coefficient de criticité qui sera, par la suite, évalué au regard des buts et des objectifs de l'entreprise.

A. LES CRITÈRES DE MESURE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE

L'identification des risques juridiques et de leurs origines seule ne suffit pas à mettre en œuvre une politique de gestion des risques juridiques au sein de la gouvernance de l'entreprise, pour cela il est nécessaire de poursuivre le processus par l'étape consistant à les mesurer en fonction de critères bien établis. En effet, « *il existe tant de risques qu'il est hors de question de les traiter tous de la même manière, avec la même approche, les mêmes moyens, (et) la même urgence* »²³⁶. Chacun comportant des caractéristiques propres, les risques juridiques, pour être traités efficacement, doivent être mesurés par l'organisation en fonction de critères que celle-ci établie, les plus communément retenus sont : la probabilité et la gravité du risque. La mesure des risques juridiques à l'aune de ces critères va permettre par la suite de les hiérarchiser et de déterminer les politiques de traitement à mettre en œuvre pour les résorber. Une hiérarchisation soignée qui va s'opérer suivant la mesure de criticité obtenue de chaque risque juridique d'après le calcul de deux indicateurs clés, la probabilité et la gravité ; comme suit :

$$\text{Criticité (C)} = \text{Probabilité (P)} * \text{Gravité (G)}$$

²³⁶ H. GARRAULT, *L'identification et le contrôle des risques*, Dalloz, *Juris Associations*, 2011, n° 434, p. 18.

Évidemment, il ne faut pas interpréter la formule ci-dessus littéralement, dans son sens mathématique, mais plutôt s'en inspirer pour obtenir un résultat, non en termes de nombre, mais en terme d'échelle pour mesurer les risques juridiques de l'organisation. Concernant le premier indicateur, les probabilités correspondent au domaine des mathématiques qui calcule **la probabilité d'un événement**, c'est-à-dire la fréquence d'un événement par rapport à l'ensemble des cas possibles ; un calcul qui se caractérise par l'obtention d'un nombre compris entre 0 et 1, définissant un événement qui n'a aucune chance de se produire lorsque celui-ci tend vers 0, contre un événement certain lorsqu'il tend vers 1. « *Dans la réalité de la gestion d'une organisation, les différents évènements relatifs aux risques n'appartiennent pas obligatoirement à un espace probabilisable puisqu'il serait d'ailleurs difficile d'évaluer avec précision la probabilité de tous les évènements* »²³⁷. À titre de proposition, il va donc d'avantage s'agir d'estimer la probabilité du risque juridique, l'événement qui le génère ayant effectivement une probabilité de réalisation, en l'estimant d'après une échelle de mesure, d'une occurrence très faible à très forte de survenance :

RARE	POSSIBLE	PROBABLE	QUASI-CERTAINE
------	----------	----------	----------------

Un classement des risques juridiques qui peut s'établir en fonction de la fréquence à laquelle l'entreprise a déjà été soumise à la réalisation de certains d'entre eux, l'occurrence de contrôles et/ou de sanctions d'organismes publics, de recours, etc. Une mesure de l'occurrence qui doit être couplée avec la mesure de l'impact potentiel de la survenance de tels risques sur l'organisation.

Ce qui mène au second critère permettant de mesurer la criticité d'un risque juridique, **l'indicateur de gravité de la survenance d'un événement générateur de risque** pour la gestion de l'entreprise. La gravité est le « caractère de ce qui est important, de ce qui ne peut être considéré avec légèreté, de ce qui peut avoir des suites fâcheuses » ; mais encore le « caractère dangereux de quelque chose, en particulier d'une affection, d'une maladie qui menacent la vie

²³⁷ H. GARRAULT, *L'identification et le contrôle des risques*, Dalloz, *Juris Associations*, 2011, n° 434, p. 18.

ou laissent des séquelles permanentes »²³⁸. En effet, « *certaines risques sont majeurs dans la mesure où ils font peser une menace grave sur (l'organisation), pouvant mettre en péril son équilibre, son développement ou son existence même* » alors que « *d'autres risques sont mineurs : leur impact est gênant, sans être trop délétère* »²³⁹. Une étape primordiale dans le processus de gestion des risques juridiques puisqu'un risque dont l'impact sur l'organisation est mal évalué, est un risque encore plus dangereux pour celle-ci qui soit ne prendra pas les mesures adéquates à sa résorption et le laissera subsister, soit pourrait potentiellement aggraver ses conséquences en cas de réalisation. À l'image de la probabilité, la gravité de la survenance d'un risque juridique peut se mesurer sur une échelle graduée du plus bénin au risque jugé particulièrement grave et dangereux pour l'entreprise :

FAIBLE	MODÉRÉ	ÉLEVÉ	CRITIQUE
--------	--------	-------	----------

La mesure de la gravité d'un risque juridique est, encore une fois, propre à chaque entreprise, la perte d'une opportunité fiscale, par exemple, ne va pas revêtir la même importance pour une organisation par rapport à une autre en fonction de son environnement ; ou bien encore, le risque de sanction en matière de droit de la concurrence ne va pas revêtir la même signification en fonction de la position de l'entreprise sur le marché.

Il est nécessaire d'observer que « *la gravité et la fréquence sont fréquemment retenues, mais d'autres critères comme la typologie de risques impactant une ressource ou les niveaux de risques susceptibles d'impacter toute l'organisation de l'entreprise dans son cœur de métier, peuvent également être intégrés* »²⁴⁰. Dès lors que l'organisation a mesuré la probabilité de survenance et la gravité de l'impact du risque juridique, ces deux critères combinés lui permettent de déterminer le caractère critique du risque sur ses activités. Le coefficient de criticité s'établira sur la base du produit obtenu de la mesure de la probabilité et de la gravité

²³⁸ Gravité. *LAROUSSE*, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>.

²³⁹ H. GARRAULT, *L'identification et le contrôle des risques*, Dalloz, *Juris Associations*, 2011, n° 434, p. 18.

²⁴⁰ VILLAGE DE LA JUSTICE, *Directions juridiques : comment concevoir votre cartographie des risques juridiques ?*, in *Village de la Justice*, 2 octobre 2015, <https://www.village-justice.com/articles/Cartographie-Directions-juridiques,20515.html>.

dudit risque juridique. Évidemment, ce calcul n'est qu'une possibilité, à l'entreprise de l'adapter en fonction des caractéristiques qu'elle juge nécessaires pour sa propre gouvernance, l'essentiel étant d'être en mesure d'apprécier justement la probabilité et la gravité des risques juridiques afin de pouvoir comparer leur criticité. Une mesure qui va, ensuite, permettre à l'entreprise d'évaluer les conséquences potentielles de la criticité de chaque risque juridique au prisme de l'atteinte de ses objectifs économiques et stratégiques.

B. L'ÉVALUATION DE L'IMPACT DES RISQUES JURIDIQUES SUR L'ENTREPRISE

À ce stade du processus de management des risques juridiques, l'entreprise doit s'interroger quant à l'impact de la criticité des risques, calculée précédemment, sur les buts et la sécurité de l'organisation. L'opération va consister en l'énonciation d'une valeur propre à chaque risque juridique à partir des données de criticité et de la mesure de leurs effets sur les objectifs de l'entreprise. Autrement dit, d'après la norme ISO, c'est un « *processus de comparaison du risque estimé avec les critères du risque donnés pour déterminer l'importance* »²⁴¹ de celui-ci, et ainsi décider de le résorber ou non dans le cadre des politiques de traitement des risques juridiques. En effet, l'importance des risques va différer grandement d'une entité à l'autre, que ce soit en terme d'organisation notamment en fonction de l'activité, des compétences, des ressources, mais également au sein même des services de l'entreprise, d'où la nécessité de réunir les diverses perceptions des différentes parties prenantes. Dans ce sens, « *il convient d'être prudent sur le fait que l'impact ne se mesure pas uniquement au regard de critères financiers mais également au regard de critères humains et managériaux, juridiques, fiscaux, patrimoniaux, ou encore liés à l'image* »²⁴² de l'organisation.

Afin d'attribuer une telle valeur au risque juridique permettant d'exprimer la maîtrise que l'entreprise pense détenir sur celui-ci et l'effet, c'est-à-dire les conséquences de sa survenance, il est nécessaire de procéder, encore une fois suivant des critères déterminés en

²⁴¹ Terme « évaluation », Termes et définitions, Introduction, ISO, Norme 31000:2009 (fr), Management du risque — Lignes directrices.

²⁴² P. ZEIMETT et S. LEINHEISER, *Piloter la maîtrise des risques, cartographie en main*, Dalloz, *Juris Associations*, 2014, n° 491, p. 22.

amont définissant ainsi un cadre de référence à cette évaluation. Dans son ouvrage, Franck Verdun retient deux références principales, elles-mêmes constituées de sous-critères, permettant d'évaluer les effets des risques juridiques sur l'organisation²⁴³. En premier lieu, l'évaluation desdits risques doit se faire **par rapport aux buts de l'organisation**, c'est-à-dire fournir des biens et/ou services à destination d'une clientèle dans l'intérêt de profiter économiquement de ces transactions. Il va donc s'agir de déterminer *la définition matérielle de l'activité principale de l'entreprise*, ce qui peut être par exemple pour une petite et moyenne entreprise dans le secteur du bâtiment, la construction ou la rénovation d'immeubles. Mais également, *la dimension immatérielle de cette activité*, autrement dit un objectif moral singulier proposé par l'entreprise telle que l'utilisation de matériaux dits écologiques, locaux ou d'un savoir-faire particulier. Ces deux éléments constituent les buts généraux de l'entreprise par rapport auxquels il est nécessaire de mesurer les effets des risques juridiques afin de déterminer la criticité de chacun d'entre eux et permettre à l'organisation de les hiérarchiser.

Par ailleurs, outre les buts de l'organisation en tant que tels, l'auteur retient également **la référence aux stratégies propres à l'entreprise**, c'est-à-dire les objectifs opérationnels qu'elle va mettre en œuvre dans la réalisation de ses buts vis-à-vis des contraintes du marché économique dans lequel elle évolue. D'une part, la criticité des risques juridiques sur les objectifs stratégiques de l'organisation doit être analysée au regard *des contraintes inhérentes au marché* en lui-même. En effet, « *l'organisation se trouve sur un marché géographiquement déterminé qu'il faut prendre en compte* »²⁴⁴ dans la gestion des risques juridiques ; notamment, par exemple, en termes de réglementation de certains secteurs et matières premières, d'exigence qualitative de la clientèle locale et des droits afférents à celle-ci. D'autre part, il va s'agir d'appréhender *les contraintes internes de l'organisation*, c'est-à-dire les choix qu'elle est forcée d'opérer et qui peuvent avoir un impact sur la gestion de ses risques juridiques. Des choix qui peuvent avoir pour effet d'influencer les coûts et surcoût potentiels de la réalisation de ses objectifs, par exemple une stratégie de maîtrise de sa position concurrentielle par le choix de la protection contractuelle d'un savoir-faire vis-à-vis de salariés qualifiés qu'elle aura formé, ou la

²⁴³ F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Paris, Organisation, 2006.

²⁴⁴ F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Op. Cit.

préservation de ses innovations dans le cadre des outils juridiques de protection intellectuelle. Et enfin, pour se positionner sur un marché en particulier et répondre à ses buts, l'entreprise va accepter de se soumettre à des risques juridiques en particulier dont il faut mesurer les effets sur *les objectifs stratégiques de l'organisation*. En effet, le cours des matières premières évoluant constamment, une entreprise fabriquant des composants informatiques peut faire le choix stratégique de retarder l'achat de ses matériaux et donc retarder la livraison des marchandises vendues à ses clients. La gestion des risques juridiques et notamment l'évaluation des risques propres à cette stratégie permet de mesurer l'effet de potentielles pénalités de retard incluses dans les contrats avec ses partenaires commerciaux, des charges éventuelles et ainsi, de mesurer l'opportunité juridique d'une telle stratégie proportionnellement aux risques juridiques qu'elle comporte. Il en résulte que l'idée générale de cette étape, consistant à évaluer les risques juridiques par rapport à leurs effets sur les buts et les différentes stratégies de l'entreprise, permet de mesurer l'importance de leur urgence et donc de les hiérarchiser dans le cadre d'une cartographie pour pouvoir adopter une politique de traitement des risques juridiques efficace.

II. LA REPRÉSENTATION GLOBALE DES RISQUES DE L'ENTREPRISE : LA CARTOGRAPHIE DES RISQUES JURIDIQUES ET SES ENJEUX

À la lumière de la mesure et de l'évaluation des risques juridiques réalisées précédemment par l'entreprise, l'étape de cartographie des risques permet une modélisation visuelle de leur existence, leur probabilité et leur gravité au sein de l'organisation. Une modélisation qui va aider l'entreprise à prioriser les risques juridiques à résorber en urgence et ceux qui feront l'objet de mesures de traitement nécessaires mais de manière moins impérative. La cartographie des risques juridiques est un outil de synthèse, rassemblant toutes les analyses précédentes des risques juridiques, qui offre aux dirigeants une vision globale et hiérarchisée des risques à gérer par l'entreprise. Cela dans le sens où elle permet la diffusion et le partage à l'ensemble des collaborateurs d'une information claire et générale de nature à affecter l'atteinte des buts et objectifs poursuivis par l'organisation. Grâce à cet outil mis à la disposition du dirigeant dans le choix des stratégies poursuivies par l'organisation, mais également des parties intégrées à leur gestion et leur mise en œuvre, chacun peut prendre une part active quant à la gestion globale des risques juridiques au sein de l'entreprise. En effet, la cartographie permet de sensibiliser l'ensemble des agents de l'entreprise à la notion et la prévention des risques

puisqu'elle « offre de définir qui est propriétaire du risque juridique dans l'entreprise (dirigeant, managers ou opérationnels) selon la nature du risque (par exemple, la rédaction de contrats conformes est de la responsabilité des juristes, l'utilisation conforme des contrats est de la responsabilité des opérationnels) ». Une « distinction (qui) permet de déterminer les sujets qui peuvent être délégués aux opérationnels accompagnés de plans d'actions préventifs en fonction de l'importance des dossiers et la gravité potentielle des risques associés »²⁴⁵. Bien qu'elle puisse être perçue comme un excès de bureaucratie chronophage mobilisant des moyens et des ressources pour l'entreprise, la cartographie en tant que modélisation des risques juridiques de l'environnement propre à l'organisation, constitue un outil de management indispensable à une gouvernance pérenne et stratégique de celle-ci. Néanmoins, en tant que méthode et afin de constituer un langage commun pour tous ses intervenants et utilisateurs, la cartographie des risques juridiques doit répondre à des caractéristiques déterminées constitutives de sa compréhension, de sa transmission et donc de son efficacité. Matériellement, celle-ci se doit d'être « **exhaustive et précise**, c'est à dire qu'elle couvre, « de bout en bout », l'ensemble des processus managériaux, opérationnels et support mis en œuvre par les organisations dans le cadre de leurs activités ». Pour mettre en place une politique de traitement des risques juridiques qui soit efficace et garantisse, dans la mesure du raisonnable, une sécurité à l'entreprise, la cartographie ne peut se permettre d'omettre certains risques pouvant affecter l'organisation. Ensuite, elle doit être « **formalisée et accessible**, c'est à dire qu'elle prend la forme d'une documentation écrite, structurée et synthétique, établie sur la base d'indications quantifiées ». En effet, dans l'objectif de faciliter sa diffusion, sa lecture et une utilisation efficiente par les agents qui auront à traiter les risques juridiques en question, la cartographie se doit d'être formalisée clairement et sur un support durable et partageable. Pour finir, et pas des moindres, elle doit être « **évolutive** eu égard à la nécessité de réévaluer les risques de manière périodique, en particulier chaque fois qu'évolue un élément de l'organisation ou un processus »²⁴⁶, ou bien encore l'environnement juridique de ces éléments et/ou processus. Les

²⁴⁵ VILLAGE DE LA JUSTICE, *Directions juridiques : comment concevoir votre cartographie des risques juridiques ?*, in *Village de la Justice*, 2 octobre 2015, <https://www.village-justice.com/articles/Cartographie-Directions-juridiques,20515.html>.

²⁴⁶ ASSOCIATION FRANÇAISE ANTICORRUPTION, *La cartographie des risques*, 2017.

éléments et ressources caractéristiques de l'entreprise et son environnement juridique étant effectivement en perpétuelle évolution, l'organisation ne peut se fonder sur une cartographie ancienne, qui n'ait pas fait l'objet de mise à jour et de suivi périodique, pour établir une gouvernance des risques juridiques satisfaisante puisque celle-ci ne serait plus en adéquation avec les risques réellement susceptibles d'affecter l'organisation. Maintenant que l'entreprise sait que la cartographie des risques juridiques doit revêtir l'aspect d'une modélisation formalisée, il est légitime de s'interroger sur la forme effective de cette dernière. Il existe plusieurs manières de façonner sa cartographie en fonction des critères de mesure retenus par l'entreprise ; néanmoins, la forme la plus commune est représentée par une matrice comportant deux variables constituées de la probabilité et de la gravité des risques juridiques, comme suit :

Figure 10 : Exemple de cartographie des risques juridiques²⁴⁷

PROBABILITÉ	Événement attendu dans la plupart des cas	>90%	Quasiment certain	5	Impact					
					1	2	3	4	5	
PROBABILITÉ	Événement probable dans la plupart des cas	50-90%	Probable	4	Impact					
					1	2	3	4	5	
PROBABILITÉ	Événement devant se produire à un moment donné	30-50%	Possible	3	Impact					
					1	2	3	4	5	
PROBABILITÉ	Événement risquant de se produire à un moment donné	10-30%	Peu probable	2	Impact					
					1	2	3	4	5	
PROBABILITÉ	Événement risquant de se produire uniquement dans des cas exceptionnels	<10%	Rare	1	Impact					
					1	2	3	4	5	
					1	2	3	4	5	
					Non significatif	Mineur	Modéré	Majeur	Très significatif	
					Temps	Résolution qui devrait être finalisée	Résolution nécessitant l'intervention de l'équipe de direction régionale	Résolution nécessitant l'intervention de l'équipe de direction générale	Résolution nécessitant l'intervention de l'équipe de projet dédiée	Résolution nécessitant l'intervention du conseil
					Profit	Impact inférieur à 1% ou nul	Impact de 1 à 3%	Impact de 3 à 10%	Impact de 10 à 25%	Impact supérieur à 25%
					Chiffre d'affaires	Impact faible ou nul	Impact de 1 à 3%	Impact de 3 à 10%	Impact de 10 à 25%	Impact supérieur à 25%
					Environnement	Risques pour l'environnement sur site maîtrisés immédiatement	Risques pour l'environnement sur site maîtrisés moyennant des efforts soutenus	Risques pour l'environnement sur site maîtrisés en recourant à une assistance externe	Risques pour l'environnement hors site maîtrisés en recourant à une assistance externe	Risques pour l'environnement hors site se traduisant par des effets dommageables
					Réputation	Lettres à la presse locale/spécialisée du secteur	Série d'articles dans la presse locale/spécialisée du secteur	Couverture négative de grande ampleur par les médias locaux/spécialisés du secteur	Couverture négative limitée dans le temps par les médias nationaux	Couverture négative de grande ampleur par les médias nationaux
					Réglementation	Manquements mineurs de la part de personnel isolé	Absence d'amende et d'interruption des services programmés	Amende, mais absence d'interruption des services programmés	Amende et interruption des services programmés	Interruption importante et prolongée des services programmés
					Degré d'implication de la direction	Événement dont l'impact peut être absorbé par l'activité normale	Événement dont les conséquences peuvent être absorbées mais impliquant l'intervention de la direction pour en minimiser l'impact	Événement majeur pouvant être géré dans des circonstances normales	Événement critique supportable moyennant une gestion correcte	Désastre susceptible de provoquer l'effondrement de l'entreprise

²⁴⁷ KPMG, Outil 7 : exemple de cartographie des risques, 2015.

Conformément aux critères de mesure du risque juridique retenus précédemment, l'organisation va pouvoir hiérarchiser et classer les risques dans la matrice ci-dessus en fonction des résultats de l'évaluation de leurs effets qu'elle aura opérés. Dans cette représentation en deux dimensions, après que chaque risque ait été évalué individuellement, ceux-ci vont pouvoir être visuellement comparés et donc être traités par l'organisation en fonction de leur priorité. De toute évidence, les risques juridiques qui devront être gérés de manière privilégiée voir urgente, sont ceux caractéristique d'une probabilité élevée et des conséquences majeures. À l'inverse, les risques acceptables, mais qui ne devront tout de même pas être négligés par l'entreprise, sont ceux dont l'occurrence est peu fréquente avec une gravité mineure. Néanmoins, bien que certains risques nécessitent une gestion plus ou moins urgente en fonction de leur hiérarchisation, l'organisation ne peut prétendre à une gouvernance des risques juridiques efficiente en choisissant de traiter seulement quelques risques en particulier et d'en négliger d'autres. Il en résulte que la cartographie des risques juridiques est un outil, en tant que processus de traitement hiérarchique de l'information juridique, qui va permettre à l'entreprise de disposer d'un point de vue globale sur son exposition aux risques. Un outil qui va devoir guider, par la suite, l'entreprise dans l'élaboration d'un plan de vigilance exigeant la mise en œuvre de politique de traitement desdits risques juridiques, c'est-à-dire en dégageant des « *solutions pour les supprimer ou, a minima, les contrôler et les diminuer* »²⁴⁸ par des actions immédiates et prioritaires.

Par ailleurs, il est nécessaire d'observer que c'est à partir de ce moment précisément que le risque stratégique va pouvoir apparaître dans la gouvernance de l'entreprise. En effet, ce classement dans le cadre de la cartographie constitue une première décision de la part du dirigeant de la petite et moyenne entreprise qui, en établissant ce classement va définir ce qu'il juge, en termes de risque, comme prioritaire ou non pour son organisation et dans sa stratégie de gestion des risques juridiques. Une première décision qui va consister à définir les risques jugés inacceptables et qui devront être impérativement résorbés en raison de leur

²⁴⁸ VILLAGE DE LA JUSTICE, *Directions juridiques : comment concevoir votre cartographie des risques juridiques ?*, in *Village de la Justice*, 2 octobre 2015, <https://www.village-justice.com/articles/Cartographie-Directions-juridiques,2015.html>.

dangerosité ; les risques jugés intermédiaires pourront être traités de manière moins urgente et généralement déléguée, en fonction des moyens et des stratégies de l'entreprise d'après un arbitrage coût efficacité ; il reste que les risques jugés négligeables seront souvent acceptés en l'état (ceux relevant de la catégorie des carrés bleus foncés du graphique ci-dessus jugés comme rare ou peu probable et non significatif ou mineur). Des risques pour lesquels, les mesures de réductions prises par l'entreprise pourraient constituer d'avantage de coûts que les effets qu'elle subirait de la survenance de l'un d'eux. Cette décision de priorisation dans la gestion des risques juridiques de l'entreprise va lui permettre d'atteindre le point d'orgue de la gouvernance par la prévention des risques. En effet, dès lors que l'organisation atteint une maîtrise suffisante de son environnement et des risques juridiques qui s'en rapportent, l'entreprise va pouvoir transformer la contrainte d'une gestion par la prévention des risques en véritable stratégie organisationnelle. Matériellement, bien qu'au final, « *l'organisation dispose d'une marge étroite dans le choix entre acceptation et refus du risque juridique puisque pour une grande part il lui est imposé et devra faire l'objet de mesures de traitement du risque approprié* »²⁴⁹, celle-ci va pouvoir tourner la situation à son avantage. Du risque juridique pesant sur l'entreprise au risque au service des stratégies de l'organisation, il n'y a qu'un pas ; celui d'une gestion des risques juridiques intégrée à la gouvernance des petites et moyennes entreprises, de la cartographie à l'adoption de mesures de réduction et/ou de résorption de ces derniers.

²⁴⁹ F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Paris, Organisation, 2006, p. 188.

SECTION 2^{NDE} : L'OBLIGATION D'ADOPTION D'UNE POLITIQUE D'ATTÉNUATION DES RISQUES JURIDIQUES DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

Dès lors que l'entreprise maîtrise les risques juridiques qui pèsent sur elle par le biais de sa cartographie, elle n'a fait que la moitié du chemin, l'autre partie consistant à prendre des mesures de réduction et/ou de résorption de ces derniers. En effet, dans son troisième point, la loi relative au devoir de vigilance dispose que les entreprises soumises à ses dispositions doivent mettre en œuvre « des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ». Dans cet objectif, « *tout d'abord, il est nécessaire de partir de l'existant : un univers de risques de l'entreprise, une typologie d'évènements à risques identifiés comme tels ou encore des travaux réalisés sur les processus et le contrôle interne ou bien la liste des investissements réalisés en termes de compliance* »²⁵⁰. A partir de cela, l'entreprise va pouvoir mettre en œuvre ou performer ses politiques de traitement, afin de réduire et/ou de résorber les risques juridiques identifiés auxquels elle est exposée. Un programme d'action qui va consister en l'adoption de mesures offensives d'une part, notamment par l'optimisation de sa stratégie contractuelle intégrale ou par l'utilisation de mécanismes juridiques qui vont lui permettre d'agir directement sur les risques de défaillance et de les traiter. D'autre part, l'entreprise va pouvoir réduire son exposition aux risques juridiques en utilisant des mesures défensives, que ce soit une prévention via une politique globale de traitement et de diffusion de l'information juridique au sein de l'organisation, mais encore par la gestion du risque juridique résiduel à travers les outils assurantiels.

PARAGRAPHE 1^{ER} : UNE POLITIQUE OFFENSIVE DE TRAITEMENT DU RISQUE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

En termes de mesures de réduction et/ou de résorption des risques juridiques au sein de l'organisation, l'entreprise peut entreprendre une politique offensive qui va consister en l'optimisation de ses processus afin d'attaquer les sources de risques juridiques directement dans le cadre de ses relations d'affaires, notamment par l'adoption d'une stratégie contractuelle

²⁵⁰ H. BOUTHINON-DUMAS, *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, Paris, Larcier, *Droit Management et stratégies*, 2012, p. 544.

perfectionnée et l'usage maîtrisée de mécanismes juridiques d'évitement du contentieux économique.

I. L'OPTIMISATION DES ACTES DANS LA LUTTE CONTRE LES RISQUES DE CONTENTIEUX CONTRACTUELS DE L'ENTREPRISE

La mise en place d'une stratégie contractuelle globale par l'entreprise est nécessaire pour optimiser la prévention du risque contractuel pesant sur l'organisation, cela que ce soit dans le dessein de prévenir l'aléa de survenance d'un litige ou d'exposition de la responsabilité de l'entreprise et/ou de son dirigeant ; mais également dans l'objectif de réduire en amont, via les dispositions contractuelles, les conséquences potentielles de la survenance d'un contentieux.

A. LA PRÉVENTION DE LA SURVENANCE DE LITIGE DANS LE CADRE DES RELATIONS CONTRACTUELLES DE L'ENTREPRISE

Le contrat est « un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations » régit par un principe de liberté contractuelle qui permet à l'entreprise de « contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat »²⁵¹, cela nécessairement dans les limites fixées par la loi. Un accord formalisé qui tient une place prépondérante dans l'encadrement des activités de l'entreprise envers ses différentes parties prenantes, et pousse la fonction du contrat bien plus loin, de la simple description juridique retenue dans sa définition vers un véritable pacte économique qui garantit à ses différents contractants l'application d'une certaine égalité et justice. Dans la réalité, les choses ne sont pas si simples en termes d'égalité, néanmoins le contrat est un outil qui, maîtrisé et justement utilisé, peut permettre à l'entreprise de se prémunir contre les risques juridiques propres aux relations contractuelles qu'elle entretient ; mais également les risques propres à l'utilisation du contrat en lui-même. En effet, « *C'est la fonction même du contrat que de combattre le risque, comme c'est la fonction du médicament de combattre la maladie. Cependant, de même que le médicament n'est pas exempt de risques (l'actualité nous en fournit la dramatique illustration), de même le contrat s'illustre parfois par*

²⁵¹ Voir sur ce point : Terme « Contrat », J. JOLY-HURARD et S. GUINCHARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, 2015.

son aptitude à engendrer le risque »²⁵². Le risque contractuel faisant partie de chaque organisation, il doit donc nécessairement faire l'objet, tout à la fois de la cartographie des risques juridiques de l'entreprise mais également des mesures de réduction et résorption de ces derniers. Le contrat étant un outil juridique porteur de risques mais auquel l'organisation ne peut déroger, un maniement maîtrisé de cet outil permet à l'entreprise de réduire les risques qu'il comporte et au-delà, un maniement stratégique la protège de la réalisation de risques juridiques relatifs aux relations régies par ce même contrat. Une maîtrise stratégique et optimisée de l'outil contractuel qui tient à la complétude de l'encadrement qu'il va instaurer que ce soit au stade de la qualification des relations entre l'entreprise et ses partenaires, qu'au niveau d'une détermination non ambiguë et une place réduite à l'aléa des droits et obligations de chacun dans le cadre de ces relations. Il advient, selon les économistes Hart et Moore, qu'« *un rapide coup d'œil aux conflits juridiques passés suffit pour s'apercevoir que la plupart des disputes contractuelles qui arrivent devant les cours concernent des questions d'incomplétude* ». Effectivement, « *la théorie des coûts de transaction suggère que l'incomplétude des contrats est le résultat de deux hypothèses caractérisant les agents et l'environnement dans lequel ils évoluent (...) d'une part, les agents sont supposés avoir une rationalité limitée (et) d'autre part, la complexité qui caractérise l'environnement les empêche d'anticiper toutes les contingences futures* »²⁵³. En raison de la rationalité limitée des agents, ceux-ci ne peuvent pas prévoir toutes les éventualités que ce soit par erreur ou par ignorance authentique, n'ayant pas accès aux informations ou par simple ignorance des événements. Une ignorance qui peut être largement réduite par l'édification d'une cartographie des risques juridiques pouvant peser sur les relations contractuelles permettant ainsi de réduire l'incomplétude, source première de risque juridique du contrat ; une stratégie d'optimisation contractuelle qui peut s'appliquer aux différents niveaux relationnels de l'entreprise.

²⁵² L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* Paris, L.G.D.J., Collection Droit des affaires, 2012.

²⁵³ C. CHASERANT, *Les fondements incomplets de l'incomplétude : Une revue critique de la théorie des contrats incomplets*, in *L'Actualité économique*, 2007, Vol. 83, n° 2, p. 227.

1) L'ENCADREMENT DES RELATIONS D'AFFAIRES DE L'ENTREPRISE : L'IMPRÉCISION DU CONTENANT CONTRACTUEL

Le risque juridique contractuel tient autant à l'incomplétude de son contenu que celui de son contenant en raison du fait qu'une situation d'affaire mal qualifiée peut emporter un risque de qualification, notamment de la part du juge, dont les obligations ne correspondent pas à ce que l'entreprise souhaitée. En effet, « *l'hypothèse qui nous occupe est celle dans laquelle les parties n'ont pas encadré leurs relations par un contenant contractuel normé. Le risque tient alors dans une sous-estimation des obligations que peut engendrer une telle situation* »²⁵⁴. Un risque juridique qui survient dès le stade préparatoire du contrat, autrement dit dès la formation ou la réception d'une offre, ou bien encore dans le contexte d'une répétition de relations commerciales que l'entreprise pense ponctuelles mais qui peuvent en réalité relever d'une autre qualification. Tout d'abord, **la phase précontractuelle** trompe de nombreuses entreprises et caractérise une ambiguïté juridique, une période de négociation partagée entre la liberté contractuelle de contracter ou non et la naissance de liens comportant déjà des effets juridiques. Il advient, par exemple, alors même que l'entreprise n'est liée par aucun contrat avec son partenaire commercial, qu'une rupture des négociations entreprises entre ces dernières peut être abusive en fonction de l'avancée des pourparlers, et engager ainsi la responsabilité de l'entreprise à l'origine de cette rupture qualifiée d'abusives²⁵⁵. Il en va de même lorsque l'entreprise émet une offre de contracter ou accepte une offre qu'elle aurait reçue, celle-ci doit avoir conscience qu'elle ne peut la rétracter ou doit l'accepter suivant un cadre juridique prévu par la loi, à charge pour elle, le cas échéant, d'engager sa responsabilité concernant des obligations qu'elle pensait ne pas devoir honorer. Il en résulte que dans le cadre de mesures de gestion des risques juridiques, l'entreprise a tout intérêt à maîtriser le cadre juridique précontractuel, voir à l'encadrer par des qualifications juridiques précises afin d'établir les droits et obligations de chacun lors des phases de négociation. C'est l'objet, parmi d'autres solutions, du contrat de négociation, ou bien de l'accord de principe, qui permettent d'éviter les aléas et les incertitudes durant la période des pourparlers et prévoyant les conditions et obligations

²⁵⁴ L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* Paris, L.G.D.J., Collection Droit des affaires, 2012.

²⁵⁵ Cour de cassation, chambre commerciale, 20 mars 1972, JCP 1973, II, 17543, note J. Schmidt.

respectives de chaque partie, ainsi que les conséquences éventuelles en cas de transgression à ses règles ; un cadre qui permet de réduire considérablement les risques juridiques. D'autre part, concernant *la qualification des relations commerciales contractées par l'entreprise*, l'enjeu est d'autant plus important depuis la loi relative au devoir de vigilance. En effet, il est important pour l'organisation de déterminer de manière exacte si les relations commerciales qu'elle entretient avec un prestataire sont simplement ponctuelles ou relèvent en réalité d'une relation commerciale. Deux qualifications qui vont substantiellement modifier les obligations de l'entreprise puisque dans le cadre d'une relation commerciale établie l'organisation peut être soumise à un délai de préavis en cas de rupture, qu'elle soit cliente ou fournisseur ; mais bien au-delà de ces considérations, la PME sera dorénavant soumise par sa donneuse d'ordre à une obligation de mise en œuvre d'un plan de vigilance dont il est question ici. Néanmoins, l'insuffisance qui peut résulter de l'imprécision du contenant contractuel des relations de l'entreprise ne représente pas autant de risques que ceux constitutifs de l'imprécision de leurs contenus.

2) L'ENCADREMENT DES RELATIONS CONTRACTUELLES DE L'ENTREPRISE : L'IMPRÉCISION DU CONTENU CONTRACTUEL

« La plupart des contrats n'expriment que les intentions principales des parties et ne s'attachent qu'à leurs obligations essentielles » alors que « l'imprévision contractuelle n'est rien d'autre que la réalisation d'un risque non calculé »²⁵⁶. D'où la nécessité, dans le cadre de la mise en œuvre de mesures de gestion du risque juridique de s'intéresser plus en détail aux contrats de l'entreprise et à leur contenu. En effet, les PME « qui, statistiquement, sont moins intéressées à la gestion du risque juridique privilégieront bien souvent le contact direct, la relation au client » à travers une contractualisation personnalisée. Alors qu'au contraire, « dans une perspective de gestion des risques juridiques, le contrat permet non seulement d'établir une relation commerciale entre l'entreprise et son client, mais il permet également d'anticiper les risques prévisibles »²⁵⁷. Une anticipation qui, en termes de coût de transaction juridique et de

²⁵⁶ L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* Paris, L.G.D.J., Collection Droit des affaires, 2012, p. 384.

²⁵⁷ G. DEHARO, *Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective économique et dynamique*

prévention des risques pour l'entreprise, n'est envisageable qu'à partir de *l'instauration d'une cohérence contractuelle* reposant sur une forme type et une centralisation de la rédaction contractuelle. Il est évident que l'entreprise ne peut adopter un modèle unique de contrat, tant les contractant et les relations de l'organisation sont disparates, mais adopter une approche de préparation de conditions contractuelles générales, pouvant s'appliquer aux principaux contrats et aux principales relations répétées de l'organisation, permettrait aux PME de mieux gérer les risques juridiques contractuels de manière générale, tout en fournissant aux agents de l'entreprise un cadre juridique cohérent à appliquer.

Par ailleurs, au-delà d'une structure juridique globale à adopter au sein de l'entreprise, il faut s'intéresser également au contenu des contrats, aux clauses utilisées et à la maîtrise de leurs dispositions respectives par l'organisation. En effet, toujours dans une perspective de réduction des risques juridiques, il convient pour l'organisation de s'afférer à un calcul stratégique, qui se traduit souvent par une balance en termes de coûts de transaction et de prévention nécessaire, quant à la complétude de sa rédaction contractuelle. Une *complétude du contenu des contrats de l'entreprise* qui a pour objectif de déceler les sources de conflits potentiels pouvant résulter des relations contractuelles entretenues avec ses différents prestataires. Dans un premier temps, la vérification des conditions contractuelles établies va permettre à l'entreprise d'éviter la survenance de risques juridiques relevant de la qualification de l'acte ou des droits et obligations fixés légalement en fonction des parties. Tel est le cas, par exemple, des contrats de vente qui vont être conclus entre l'entreprise et des consommateurs, l'organisation devra nécessairement prévoir contractuellement un droit de rétractation et l'information des consommateurs concernant les modalités d'exercice de ce droit. À contrario, une PME qui va conclure un contrat avec une entité publique ou parapublique, bien que ce soit généralement la personne publique qui s'affaire à la rédaction des dispositions contractuelles, l'entreprise devra être particulièrement prudente aux risques juridiques pouvant résulter d'une incomplétude ; cela notamment en ce qui concerne le second point, *l'évolution du contrat*. En effet, de manière générale, l'entreprise ne rencontre pas tellement de difficulté avec l'encadrement contractuel des droits et obligations de chacun lors de la formalisation

de droit des contrats, 2011.

contractuelle de la relation. Les difficultés, et les enjeux de la gestion des risques juridiques, surviennent lorsqu'il faut anticiper l'évolution potentielle de la relation contractuelle, et les risques qu'une telle modification peut emporter. La clé de la gestion des risques juridiques contractuels de l'entreprise consiste à être capable de déceler non seulement les sources de conflits éventuels entre les parties, mais également les sources de conflits pouvant résulter d'une évolution de la situation actuelle. Un exercice particulièrement compliqué puisqu'il faut être capable, évidemment dans la mesure du raisonnable et de l'utile pour l'organisation, d'anticiper les évolutions potentielles du contrat et, au-delà, les conflits pouvant naître de ces évolutions. Une complexité qui traduit une nécessité, notamment pour les PME qui externalisent leurs services juridiques, de travailler en collaboration avec les différentes parties prenantes concernées par la rédaction de la relation contractuelle pour établir un cadre juridique au plus proche des besoins de l'organisation et de leurs évolutions potentielles. Il reste que, les agents n'étant pas omniscients, ces derniers sont nécessairement limités dans la prévention des risques pouvant subvenir de la relation contractuelle. Néanmoins, ce type de prévention permet de garantir à l'entreprise une certaine sécurité économique ; d'autant plus que l'incomplétude contractuelle, si elle est maîtrisée, peut constituer une stratégie économique pour l'entreprise. Si, malgré les mesures prises par l'organisation dans l'encadrement de ces relations d'affaires et de prévention via ses dispositions contractuelles, un risque se réalise et conduit à un contentieux, l'entreprise dispose de nombreux moyens de se prémunir et de limiter l'impact d'un tel litige sur ses activités.

B. LA PRÉVENTION CONTRACTUELLE ENCADRANT LA SURVENANCE D'UN LITIGE ÉCONOMIQUE CONTRE L'ENTREPRISE

La prévention des risques juridiques permet à l'entreprise de se préserver de la survenance d'un contentieux et des conséquences négatives qui s'y rattachent. Néanmoins, il peut arriver que, malgré une gouvernance de l'entreprise par la prévention, un risque se réalise et conduit à un litige contentieux. Pour limiter les conséquences d'un tel contentieux pour l'entreprise, des mesures peuvent encore être prises par celle-ci en amont, lors de la prévention des risques contractuels à travers l'insertion de certaines dispositions, dont la présentation qui suit n'est qu'à titre indicative et non exhaustive tant les solutions peuvent être diverses.

1) LES CLAUSES D'INTERPRÉTATION DES TERMES DU CONTRAT

« Un texte clair ne s'interprète pas, il s'applique ; le juge qui se livrerait à l'interprétation d'un texte clair le dénaturerait »²⁵⁸. Matériellement, malgré une rédaction méticuleuse, il arrive que certaines dispositions contractuelles, telles qu'elles sont rédigées ne permettent pas d'établir de manière incontestable la volonté exprimée par les parties au moment de leur rédaction. Dès lors qu'un différend survient quant à l'interprétation d'une clause, « le risque contractuel résulte de la possibilité pour chacune des parties de s'engouffrer dans ces brèches et de faire dire au contrat autre chose que ce que les parties avaient à l'esprit lors de sa conclusion »²⁵⁹. Un risque juridique qu'il est possible d'anticiper en amont par l'insertion de clauses contractuelles définissant en cas d'ambiguïté, les règles d'interprétation à appliquer afin de déterminer la volonté des parties. « En droit, interpréter un contrat consiste à dégager le sens et la portée de ses clauses et à fixer l'étendue des droits et obligations des parties en respectant le plus fidèlement possible la pensée mal exprimée de celles-ci »²⁶⁰. Au-delà d'une clause définissant les termes principaux utilisés dans le contrat, les clauses d'interprétation vont ainsi permettre de définir des critères objectifs permettant de parvenir à une recherche de la volonté commune des parties la plus fidèle possible à leurs intentions initiales. Elles vont permettre de déterminer en amont, le sens à retenir de manière générale d'un document annexe au contrat qui serait en contradiction avec ses clauses ; du caractère limitatif, exhaustif ou non de certaines expressions rédactionnelles pouvant être utilisées ; de ce que les parties entendent par le terme de « jours », notamment la seule prise en compte des jours ouvrés ou non, pour les contrats internationaux avec un décalage horaire important entre les parties, la date qui sera valable ; etc. Il advient qu'une clause d'interprétation des termes du contrat peut lever une ambiguïté litigieuse entre les parties et, sinon éviter d'en arriver à un contentieux en réglant en amont le conflit entre elles, permet de guider le juge dans l'interprétation qu'il retiendra des propos litigieux. Dans le premier cas, une telle clause rend possible la résorption du risque contractuel alors que, dans la seconde hypothèse, elle va tout de même permettre de réduire le

²⁵⁸ E. DEIRMENDJIAN, *La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile*, Université de Toulon, 2012.

²⁵⁹ L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* Paris, L.G.D.J., *Collection Droit des affaires*, 2012, p. 384.

²⁶⁰ M.H. MALEVILLE, *L'interprétation du contrat*, in *Lamy, Recueil, Droit du contrat*, 2008, n° 331-3.

risque en limitant l'influence que pourrait avoir la partie adverse sur l'interprétation que pourra retenir le juge.

2) LES CLAUSES LIMITANT LES RESPONSABILITÉS DE L'ENTREPRISE EN CAS DE SURVENANCE D'UN RISQUE

Pour se prémunir de la survenance des risques juridiques, l'entreprise peut **prévoir contractuellement la répartition de la responsabilité** tenant à la réalisation d'un risque. En effet, tel est l'objet des clauses de réduction, de transfert des risques ou prévoyant la répartition de la responsabilité des risques survenant de l'exécution du contrat entre les parties. Par exemple, « prévoir une clause de transfert des risques permet de mettre à la charge d'autre le risque de cette destruction », une disposition qui « peut être articulée à une clause de réserve de propriété permettant de réduire le risque de perte en cas d'impayé »²⁶¹. Ou bien encore, dans le cadre de contrats impliquant le transport de marchandises, l'entreprise peut insérer des clauses d'Incoterms permettant de définir les responsabilités de chacun des partenaires du chargement à la délivrance des marchandises, tout au long de la livraison.

Outre de pouvoir transférer et répartir les risques, l'entreprise peut également via l'insertion de clauses particulières, **limiter sa responsabilité** en cas de survenance d'un risque dans l'exécution de ses obligations contractuelles. En effet, « si, malgré les processus de dilution des risques, la responsabilité de l'entreprise ou de son dirigeant devait être engagée, il convient d'en limiter la portée par une clause limitative de responsabilité, répondant aux critères de validité posés par la jurisprudence²⁶² »²⁶³. Une telle clause est un instrument juridique qui permet de fixer en avance le montant des dommages qui seront réparés, un montant retenu communément par les parties évitant le risque de contentieux entre parties de bonne foi en cas d'inexécution contractuelle, mais permettant principalement de réduire le risque d'incertitude quant à la responsabilité que pourrait retenir le juge lors d'un contentieux en la limitant. Il est

²⁶¹ G. DEHARO, *Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective économique et dynamique de droit des contrats*, 2011.

²⁶² Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 29 juin 2010, Faurecia c/ Oracle, n° 09-11.841.

²⁶³ G. DEHARO, *Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective économique et dynamique de droit des contrats*, 2011.

nécessaire d'observer qu'une telle clause ne doit pas priver de sa substance l'obligation essentielle du débiteur²⁶⁴, ni créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat²⁶⁵ ; le cas échéant, elle sera réputée non écrite.

3) LES CLAUSES ATTRIBUTIVES DE COMPÉTENCE QUANT À LA RÉOLUTION DU LITIGE NÉ DU CONTRAT

Dans le cadre d'une gouvernance de l'entreprise par la gestion des risques juridiques de contentieux, l'entreprise ne peut pas laisser au hasard la question de la compétence de la résolution d'un litige éventuel relatif à l'exécution des dispositions contractuelles. En effet, une stratégie d'optimisation contractuelle de gestion du risque contentieux va permettre à l'entreprise de se prémunir par l'insertion de clauses d'évitement du contentieux. *« L'organisation de la résolution des différends entre de plus en plus souvent dans le contrat ; c'est en effet essentiel pour l'entreprise non seulement en termes juridiques, mais également en termes d'images, de gestion du temps et d'économie. Sans doute est-ce la raison pour laquelle les entreprises privilégient les modes alternatifs de résolution des litiges (MARL) »*²⁶⁶, un sujet sur lequel nous reviendrons longuement dans la seconde partie de cette contribution. Matériellement, de telles clauses permettent à l'entreprise d'opter pour une résolution amiable et/ou alternative du litige, outre leurs nombreux avantages, ces procédures constituent en tant que telles un évitement du juge et du procès traditionnel ; mais elles laissent surtout la possibilité à l'entreprise, d'une certaine manière, de personnaliser la résolution dudit conflit et d'opter pour des solutions qui prônent la continuité des relations commerciales. ***Une clause, dite attributive de juridiction ou attributive de compétence***, qui rend possible le choix par l'entreprise de la procédure de résolution de son différend, mais également le choix d'une juridiction institutionnelle traditionnelle en particulier, dans la limite des règles légales d'attribution de compétence, ou de nationalité différente. Une clause de juridiction qui va souvent de pair,

²⁶⁴ Article 1170, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

²⁶⁵ Article 1171, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

²⁶⁶ G. DEHARO, *Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective économique et dynamique de droit des contrats*, 2011.

principalement pour les contrats internationaux, avec *une clause de droit applicable* qui va se traduire par le choix du droit qui régit le contrat et/ou la résolution d'un litige éventuel. Cela peut consister pour un contrat conclu entre des entreprises de deux nationalités différentes, à opter pour le droit national de l'une d'entre elle, celui d'un pays neutre (c'est-à-dire autre que leurs nationalités) ou bien encore le choix de se référer à des normes ou conventions internationales.

Il résulte des propos précédents que de nombreux outils contractuels sont à disposition de l'entreprise, et permettent d'adopter une stratégie globale d'optimisation du risque contractuel, dans la mise en œuvre de ses mesures de traitement des risques juridiques relevant de son plan de vigilance ; mais d'autres instruments peuvent encore aider l'organisation dans ses objectifs de réduction et/ou résorption des risques juridiques.

II. LE RECOURS À DES MÉCANISMES JURIDIQUES PARTICIPANT À LA PRÉVENTION DES RISQUES DE L'ENTREPRISE

La prévention des risques juridiques de l'entreprise par l'utilisation offensive et optimisée d'instruments juridiques peut s'entendre également par l'emploi de certains mécanismes de protection permettant d'éviter la survenance d'une défaillance et/ou de préserver le patrimoine de l'entreprise ; mais encore de mécanismes dits d'exécution permettant, quant à eux, à l'entreprise d'éviter un risque de contentieux par l'utilisation de procédés d'évitement des procédures institutionnelles traditionnelles.

A. LES MÉCANISMES DE PROTECTION CONTRE LES RISQUES JURIDIQUES

Le risque juridique, en tant qu'incertitude pesant sur les activités de l'entreprise, peut être réduit par l'utilisation, en amont de sa survenance, de mécanismes juridiques de protection permettant à l'organisation d'anticiper la réalisation de certaines défaillances de la part de ses débiteurs, mais également en interne pour prévenir les atteintes à son patrimoine.

1) LA PRÉVENTION DU RISQUE JURIDIQUE PAR LE CHOIX D'UN INSTRUMENT DE GARANTIE-SÛRETÉ

Les garanties constituent des moyens juridiques permettant de garantir l'entreprise créancière contre le risque d'insolvabilité de son débiteur²⁶⁷ ; en ce sens, elles sont synonymes des sûretés qui consistent en des garanties accordées à l'entreprise créancière pour le recouvrement de ses créances. Il en existe plusieurs catégories qui les distinguent suivant qu'elles soient *personnelles*, c'est-à-dire que les garanties qu'elles vont mettre en œuvre vont reposer sur l'engagement d'une tierce personne (le cautionnement, la garantie autonome ou bien encore la lettre d'intention) ; ou qu'elles soient *réelles*, autrement dit lorsque certains biens du débiteur vont garantir son paiement de sorte qu'en cas de défaillance du paiement de son débiteur, l'entreprise créancière pourra satisfaire partiellement ou en totalité sa créance sur le produit de la vente de ces biens, par préférence aux autres créanciers dudit débiteur en fonction des sûretés utilisées²⁶⁸. « Pour le créancier, la prévention du risque de non-paiement ne revient cependant pas seulement à demander la constitution d'une sûreté à son profit ; elle le conduit aussi à choisir, parmi les instruments mis à sa disposition par le droit, la sûreté la plus adaptée à sa situation » ; or, il advient que « de ce point de vue, le droit positif offre aux utilisateurs du droit une gamme de procédés sécuritaires très étendue, qui assure, par suite de demi-tons successifs, une plus ou moins grande contrainte à l'égard du constituant et une plus ou moins grande sécurité du créancier »²⁶⁹. En matière de sûreté réelle, l'entreprise peut par exemple utiliser une clause de réserve de propriété qui consiste en une disposition par laquelle l'entreprise, pour garantir sa créance sur son client, se réserve la propriété de la chose vendue jusqu'au paiement intégral du prix par l'acheteur. Un transfert différé de la propriété, prévu par

²⁶⁷ Voir sur ce point : Terme « Garantie », S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

²⁶⁸ Voir sur ce point : Terme « Sûreté », S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

²⁶⁹ L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* Paris, L.G.D.J., Collection Droit des affaires, 2012, p. 384.

l'article 1196 du Code civil²⁷⁰, dont il est nécessaire de préciser qu'il est à double tranchant puisque s'il permet à l'entreprise de se prémunir d'une défaillance de paiement de la part de son débiteur, celle-ci conserve la propriété et donc la responsabilité des risques pouvant survenir jusqu'à son transfert. Néanmoins, cet aspect peut facilement se résorber tel que cela a été explicité précédemment par l'utilisation de clauses permettant la répartition des responsabilités de chacune des parties relevant d'un dommage potentiel relatif aux marchandises, notamment lors de la livraison. Cette clause de réserve de propriété n'est qu'un exemple parmi tant d'autres, l'entreprise disposant d'un éventail de solutions à appliquer en fonction des situations qu'elle rencontre.

2) LA PRÉVENTION DU RISQUE JURIDIQUE PAR LE CHOIX D'UN INSTRUMENT DE PROTECTION DU PATRIMOINE IMMATÉRIEL DE L'ENTREPRISE

L'information, la connaissance, le savoir-faire, les créations et innovations propres à l'entreprise ... Ces éléments constituent un patrimoine informationnel important source de valeur et de risques pour l'organisation. Dans le cadre d'une gouvernance par la gestion des risques juridiques, « avoir une politique de propriété intellectuelle est donc devenu incontournable pour une entreprise », un terme qui « désigne les règles et bonnes pratiques à mettre en œuvre pour la détection, la protection des innovations et des connaissances, leur exploitation, la concession de droits d'accès et l'organisation de leur défense »²⁷¹. Un sujet de prévention des risques juridiques qui s'inscrit de manière plus globale dans les stratégies économiques de l'entreprise, dépassant le simple cadre de la propriété intellectuelle pour développer un patrimoine immatériel source de valeur pour l'organisation constituant un outil de réalisation de ses objectifs. Une gestion des risques juridiques relatifs au patrimoine

²⁷⁰ « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat. Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi. Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1 », Article 1196, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

²⁷¹ H. BOUTHINON-DUMAS, *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, Paris, Larcier, *Droit Management et stratégies*, 2012, p. 544.

informationnel et immatériel de l'entreprise qui peut s'exprimer par l'utilisation des brevets, des titres de propriété industrielle qui confère à l'entreprise un droit exclusif d'exploitation sur l'invention brevetée, pour une durée limitée et sur un territoire déterminé. Néanmoins, s'arrêter à la notion de brevet serait particulièrement réducteur tant les solutions en matière de protection de la propriété intellectuelle, notamment industrielle, est large. En effet, moins évoqués que le brevet, l'entreprise dispose d'autres instruments telle que la protection du savoir-faire, comprenant notamment les secrets de fabrique ; ou bien encore, des instruments de protection de biens particuliers de l'organisation via la propriété intellectuelle à l'image des logiciels et matériels de conception préparatoire qui sont considérés comme des œuvres de l'esprit²⁷². Dans une moindre mesure, mais non moins efficace, l'entreprise peut déjà recourir à des clauses de confidentialité que ce soit en interne, envers ses agents, qu'en externe dans le cadre de la contractualisation des relations d'affaires et commerciales. Par ailleurs, il importe de noter que les instruments permettant à l'entreprise de limiter les risques juridiques pouvant affecter son patrimoine immatériel fonctionne dans les deux sens. L'idée est que ce qui permet à l'entreprise de se prémunir d'un risque peut également être utilisé par une autre organisation et exposer l'entreprise à un risque de contrefaçon. Autrement dit, dans le cadre de la gestion du risque

²⁷² « Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code : 1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ; 2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ; 3° Les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ; 4° Les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ; 5° Les compositions musicales avec ou sans paroles ; 6° Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ; 7° Les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; 8° Les œuvres graphiques et typographiques ; 9° Les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ; 10° Les œuvres des arts appliqués ; 11° Les illustrations, les cartes géographiques ; 12° Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ; 13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ; 14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement », L. 112-2 et suivants du Code de Propriété Intellectuelle.

juridique de propriété intellectuelle, l'entreprise doit s'intéresser à la protection de son patrimoine immatériel vis-à-vis de l'utilisation que pourrait en faire d'autres organisations ; mais également, et pas des moindres, ne pas omettre le risque juridique d'activité qui pourrait consister en la violation du patrimoine immatériel propre à une autre organisation, une violation qui pourrait avoir de lourdes conséquences pour l'entreprise.

B. LES MÉCANISMES D'EXÉCUTION CONTRE LES RISQUES JURIDIQUES

Outre l'utilisation de mécanismes de protection dans le cadre des mesures offensives de prévention contre les risques juridiques de l'entreprise, celle-ci dispose également d'outils juridiques qui vont lui permettre d'anticiper ou d'éviter le contentieux en cas de survenance d'un risque, que ce soit en pressant la société ou la personne débitrice à s'exécuter ou en mettant en œuvre des procédures particulières préalablement allégées par la loi pour faciliter le recouvrement des créances de l'entreprise.

1) LES MOYENS DE PRESSION D'ÉVITEMENT DU CONTENTIEUX À DISPOSITION DE L'ENTREPRISE

Le contentieux est un risque juridique que l'entreprise cherche à éviter, à moins d'une stratégie d'instrumentalisation très particulière et dangereuse, celui-ci pouvant avoir de fortes conséquences négatives sur les activités de l'organisation de manière générale, mais aussi tout simplement sur les relations commerciales qu'elle entretient. Néanmoins, il existe des solutions à mettre en œuvre que ce soit en amont ou après la survenance d'un litige entre l'entreprise et l'un de ses prestataires qui peuvent être des alternatives, temporaires ou non, au contentieux. Par exemple, l'organisation peut prévoir l'insertion de *clauses d'astreinte* qui anticipent contractuellement, qu'en cas de défaillance concernant l'obligation de paiement dans le temps imparti, la société débitrice subira des pénalités financières dont le montant, le taux, et la durée sont fixées préalablement par les parties. Cette condamnation pécuniaire déterminée conventionnellement peut inciter la société débitrice à s'acquitter de ses obligations contractuelles envers l'entreprise d'elle-même, par souci de se soustraire à des coûts supplémentaires ; une simple précaution contractuelle qui peut permettre d'éviter d'en arriver à une situation litigieuse contentieuse. En effet, la meilleure satisfaction du créancier résulte du

paiement volontaire²⁷³, de l'exécution régulière des obligations de ses cocontractants débiteurs, que ce soit pour obtenir la contrepartie qui lui est due contractuellement, mais encore pour envisager la poursuite des relations commerciales. Par ailleurs, bien qu'elle puisse être interprétée de manière moins cordiale, il arrive qu'une simple *lettre de mise en demeure* de s'exécuter à l'attention de la société ou de la personne débitrice peut permettre de faire évoluer la situation et ainsi, éviter un contentieux souvent indésiré par les deux parties. Il advient qu'un tel acte par lequel un créancier demande à son débiteur d'exécuter son obligation, outre que d'avoir pour effet de faire courir les dommages et intérêts moratoires²⁷⁴ dans l'hypothèse, le cas échéant, d'un contentieux, peut permettre d'ouvrir le dialogue avec une société débitrice de bonne foi. En effet, le défaut d'exécution peut parfois simplement relever d'une erreur, d'une anomalie technique ou bien d'une difficulté ponctuelle ou plus importante de la part de la société débitrice, qui peuvent être solutionnées par le dialogue entre les deux organisations et la recherche commune d'un dénouement plus adapté que le redoutable recours au contentieux qui ne rendra pas nécessairement la société en cause plus solvable.

2) LES MOYENS D'EXÉCUTION D'ÉVITEMENT DU CONTENTIEUX À DISPOSITION DE L'ENTREPRISE

Pour éviter une procédure, il faut parfois utiliser une procédure ; des propos qui semblent contradictoire au premier abord mais qui en réalité ont plus de sens et intérêts qu'il n'y paraît. En effet, toutes les procédures n'emportent pas les mêmes conséquences en termes de coûts de justice, de temps et d'importance. Dans ce sens, il peut être intéressant dans l'objectif de prévenir la survenance d'un risque juridique de contentieux, de privilégier en amont des procédures plus légères et adaptées à l'urgence rencontrée par l'entreprise. Matériellement, « *le créancier peut avoir recours à des incitations à l'exécution, (...) il peut tenter un recouvrement amiable ou prendre des mesures conservatoires avant d'envisager une mesure d'exécution* »²⁷⁵, mais encore, en cas d'échec, celui-ci peut recourir à des mesures d'exécution forcée. En termes

²⁷³ N. FRICERO, *L'essentiel du droit des voies d'exécution*, 8^e éd., Paris, Gualino, 2009, p. 150.

²⁷⁴ Voir sur ce point : Terme « Mise en demeure », S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

²⁷⁵ N. FRICERO, *L'essentiel du droit des voies d'exécution*, 8^e éd., Paris, Gualino, 2009.

d'incitations procédurales à l'exécution, en fonction de la somme à recouvrer, l'entreprise peut utiliser *le recouvrement amiable des créances* qui s'entend d'une opération extra-judiciaire tendant au paiement d'une somme d'argent que réclame un tiers, des agents de recouvrement principalement représentés par des huissiers de justice, pour le compte de l'entreprise créancière²⁷⁶. Cet agent va accomplir les démarches de sollicitation et d'encaissement du paiement à la place de l'entreprise créancière et lui reversera les sommes dues selon un processus réglementé²⁷⁷. En cas d'échec, l'entreprise a encore la possibilité d'éviter le risque juridique de contentieux dans le sens institutionnel et traditionnel du terme, par l'utilisation, par exemple, de la *procédure d'injonction de payer*. Dans les conditions réglementaires de l'article 1405 du Code de procédure civile²⁷⁸ régissant cette procédure, l'injonction de payer est une procédure judiciaire simplifiée et accélérée dont les coûts sont faibles, « permettant de poursuivre le recouvrement de certaines créances civiles ou commerciales (créance ayant une cause contractuelle ou résultant d'une obligation statutaire et s'élevant à un montant déterminé) en obtenant d'une juridiction (Président du TGI, tribunal d'instance, Président du tribunal de commerce) la délivrance d'une ordonnance en injonction de payer qui, à défaut d'opposition dans un certain délai, vaut titre exécutoire »²⁷⁹. Une procédure largement simplifiée, parmi d'autres procédures dites de référés, qui permettent à l'entreprise d'appliquer des solutions procédurales d'évitement du contentieux en tant que tel en cas de survenance d'un risque

²⁷⁶ Voir sur ce point : Terme « Recouvrement amiable des créances », S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

²⁷⁷ N. FRICERO, *L'essentiel du droit des voies d'exécution*, 8^e éd., Paris, Gualino, 2009.

²⁷⁸ « *Le recouvrement d'une créance peut être demandé suivant la procédure d'injonction de payer lorsque : 1° La créance a une cause contractuelle ou résulte d'une obligation de caractère statutaire et s'élève à un montant déterminé ; en matière contractuelle, la détermination est faite en vertu des stipulations du contrat y compris, le cas échéant, la clause pénale ; 2° L'engagement résulte de l'acceptation ou du tirage d'une lettre de change, de la souscription d'un billet à ordre, de l'endossement ou de l'aval de l'un ou l'autre de ces titres ou de l'acceptation de la cession de créances conformément à la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises* », Article 1405, Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

²⁷⁹ Voir sur ce point : Terme « Injonction de payer », S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

juridique de défaillance ; des outils certes procéduraux mais qui n'emporte pas les mêmes enjeux et conséquences qu'un procès. Pour rester dans le domaine des procédures de défaillances économiques de l'entreprise constitutives d'un risque juridique, il est possible d'observer que l'entreprise peut prévenir la survenance de difficultés, pouvant conduire notamment à des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire, en recourant par exemple à *la procédure de médiation du crédit*. En effet, celle-ci est un dispositif public, particulièrement sollicité par les PME, qui vient en aide à toute entreprise (de toute taille et de tout secteur) qui rencontre des difficultés avec un ou plusieurs établissements financiers (banques, crédit bailleurs, sociétés d'affacturage, assureurs-crédit ...) ²⁸⁰ que ce soit en termes de financement ou qui subissent les conséquences d'une réduction de garantie. Des dispositifs qui, utilisés à temps par l'entreprise peuvent lui permettre de prévenir, outre les conséquences juridiques de la mise en œuvre d'une procédure de redressement, les conséquences économiques, et psychologiques pour le dirigeant, d'une procédure de liquidation et donc la fin de l'entreprise ; la pérennité de l'organisation étant l'objectif global d'une gouvernance par la prévention des risques juridiques.

PARAGRAPHE 2ND : UNE POLITIQUE DÉFENSIVE DE TRAITEMENT DU RISQUE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

En complément de politiques offensives de traitement des risques juridiques consistant à modifier le comportement de l'entreprise pour les réduire, l'organisation peut également mettre en œuvre des politiques de prévention défensives qui vont avoir pour objet de prévenir les risques à la source, en évitant tout simplement que l'entreprise y soit exposée. Une anticipation des risques juridiques qui va se traduire par l'instauration d'un système global de traitement et diffusion de l'information juridique au sein de l'organisation, que ce soit par le développement d'une culture juridique ou la mise en place d'une veille juridique ; mais également, par le transfert des conséquences potentielles de certains risques, notamment le risque résiduel, à travers le mécanisme assurantiel.

²⁸⁰ Voir sur ce point : Terme « Médiation du crédit », S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018..

I. L'INSTAURATION D'UN SYSTÈME GLOBAL DE TRAITEMENT DE L'INFORMATION JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

L'information est un élément essentiel pour la gouvernance d'une entreprise de manière générale, mais d'autant plus dans le cadre de la gestion des risques juridiques qui nécessite la connaissance de l'information juridique non seulement pour être en conformité avec le cadre normatif qu'elle constitue, mais également pour être en mesure d'anticiper ses évolutions. Une maîtrise de l'information juridique qui va se traduire d'abord par le déploiement d'une culture juridique au sein de l'organisation afin de véhiculer une conscience collective du risque, puis par l'instauration d'une veille juridique informationnelle qui va permettre à l'entreprise de gérer le risque de la norme juridique nouvelle par l'anticipation de son entrée en vigueur et donc de ses effets potentiels sur l'organisation.

A. L'INSTAURATION D'UNE PRÉVENTION DES RISQUES VIA LE DÉPLOIEMENT DE LA CULTURE JURIDIQUE AU SEIN DE L'ENTREPRISE

Une gouvernance de l'entreprise à travers une gestion des risques juridiques constitue un levier de performance juridique et économique pour l'organisation qui va s'exprimer, entre autres, par le développement d'une culture juridique optimisée. La culture désigne l'ensemble des connaissances de chacun sur un domaine précis et/ou général, en l'espèce en matière juridique, mais également les traditions, les pratiques, ... Ce qui va correspondre pour l'organisation à l'ensemble des valeurs, savoirs et principes juridiques véhiculés par les différentes parties prenantes et qui influencent ses activités. Autrement dit, le droit étant considéré comme une science, la culture juridique va se rapporter, dans le cadre de la gestion d'une entreprise, à l'ensemble des savoirs relatifs au droit mais également aux processus de management juridique mis en œuvre. Des processus de management juridique qui vont se traduire par des mesures de mise à disposition d'outils et de moyens permettant son développement et sa diffusion, des mesures d'intégration du droit dans son ensemble dans la gouvernance de l'entreprise. Mais également par des mesures d'imprégnation du droit dans les comportements et les réflexes des non-juristes²⁸¹, c'est-à-dire sensibiliser les différents agents

²⁸¹ CARRIERES-JURIDIQUES.COM, *La culture juridique d'entreprise, une donnée à appréhender*, 12 avril 2012,

de l'organisation à l'aspect juridique de l'exercice de leurs fonctions. Dans ce sens, la prévention des risques juridiques veut, et doit permettre, « *d'améliorer la culture juridique de l'organisation dans son ensemble puisqu'il est de moins en moins admissible que les collaborateurs de l'organisation ne disposent pas d'une culture juridique adaptée à leurs fonctions alors qu'ils sont aptes à engager la responsabilité de l'entreprise par leurs actes* »²⁸². Il advient effectivement que « *de nombreuses entreprises ont pour réflexe la prise de risque et pour habitude de « foncer dans le brouillard » alors que d'autres, qui ont tiré les enseignements d'expériences difficiles et sont donc plus vigilantes, s'emploient à faire évoluer les choses (avec pour objectif que chacun) comprennent qu'il va de l'intérêt de tous de maîtriser les risques juridiques et en particulier ceux auxquels la société peut être confrontée sur certains projets* »²⁸³. Il est légitime de s'interroger à ce stade, notamment pour des petites et moyennes entreprises qui ne disposent pas nécessairement de service, et encore moins de direction juridique, sur les moyens à mettre en œuvre pour diffuser une telle culture juridique auprès de ses agents. Le premier réflexe est la sensibilisation des membres de l'organisation à l'importance de l'aspect juridique de leurs fonctions et de l'environnement général de l'entreprise afin qu'ils prennent conscience que leurs actes, leurs décisions sont emprunts de risques juridiques qu'il est nécessaire de maîtriser. Une sensibilisation qui passe par la formation lorsque celle-ci est possible, que ce soit des agents et/ou du dirigeant de l'entreprise qui est le premier concerné par la gestion juridique de son entreprise. Une formation qui va permettre aux membres de l'organisation de mieux appréhender le domaine juridique et les réglementations générales s'appliquant à leurs activités et ainsi, de mieux gérer les risques juridiques qui les concernent ou à minima de garantir une certaine conformité. Outre la formation, une bonne gestion des risques juridiques se traduit par une communication juridique adaptée, que ce soit entre les conseillers juridiques, avocats en externe ou juristes en interne, et le dirigeant d'entreprise, mais

<https://www.carrieres-juridiques.com/actualites-et-conseils-emploi-juridique/la-culture-juridique-d-entreprise-une-donnee-a-apprehender/46>.

²⁸² F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Paris, Organisation, 2006, p. 188.

²⁸³ CARRIERES-JURIDIQUES.COM, *La culture juridique d'entreprise, une donnée à appréhender*, 12 avril 2012, <https://www.carrieres-juridiques.com/actualites-et-conseils-emploi-juridique/la-culture-juridique-d-entreprise-une-donnee-a-apprehender/46>.

encore entre le dirigeant et ses agents. Une communication juridique dont l'objectif est de sensibiliser et d'apporter des bases à respecter en matière de norme et qui va pouvoir prendre des formes multiples telles que des codes de conduite ou des livrets informatifs à délivrer ou à partager aux agents ; ou encore, des billets de veille juridique, simplifiés par le service juridique ou l'avocat qui réalise ce service pour l'entreprise, permettant de transmettre l'information juridique en continu au sein de l'organisation. Par ailleurs, qui a dit que le droit devait nécessairement être une matière rébarbative pour les non-initiés qui ne s'en passionnent pas, la culture juridique pouvant être véhiculée de façon ludique. Tel est le parti qui a été pris par la direction juridique de Total Marketing Services qui, axée sur le dialogue entre les juristes et les opérationnels et sachant « *que les comportements, les écrits et les actions de chacun peuvent être générateurs de risques juridiques* » a mis en place une chaîne de vidéos en e-learning qui met « *l'accent sur les gestes et réflexes à adopter, qui parfois consistent simplement à savoir identifier un problème potentiel nécessitant l'intervention d'un juriste* »²⁸⁴. Toutes les petites et moyennes entreprises ne sont pas en mesure de mettre en œuvre autant de moyens, que ce soit en termes de temps, de ressources ou de coûts, mais l'idée est intéressante. Sur ce point justement, le gouvernement ainsi que de nombreuses institutions se mobilisent pour faciliter le développement de la culture juridique au sein des PME dans le cadre de réseaux. En effet, « *il n'est pas de discours qui n'affirme la pertinence du réseau en tant que dispositif d'intelligence collective (et) qui voit dans le réseau une nouvelle forme d'organisation* »²⁸⁵. Des réseaux qui, par exemple pour la CPME (Confédération des Petites et Moyennes Entreprises), proposent des services à la fois collectifs en organisant des rencontres thématiques, réunions, conférences, demi-journées et journées de formation ainsi que, de manière individuelle, des services d'accompagnement des dirigeants d'entreprise quant à leur orientation juridique, une aide à la formation et autres. De nombreux conseils et services de la part du syndicat lui-même, mais pouvant également provenir d'autres dirigeants membres du réseau, qu'il peut être intéressant d'utiliser dans la mise en œuvre d'une gouvernance par la gestion des risques juridiques.

²⁸⁴ VILLAGE DE LA JUSTICE, *Une chaîne de vidéos pour diffuser la culture juridique au sein de l'entreprise*, in *Village de la Justice*, 17 octobre 2017,

²⁸⁵ C. MARCON, *Stratégie-réseau en intelligence économique : conviction versus analyse*, in *Revue internationale d'intelligence économique*, 30 Juin 2012, Vol. 4, p. 11 et s.

B. L'ÉTABLISSEMENT D'UNE VEILLE JURIDIQUE AU SEIN DE L'ENTREPRISE

« *L'information, c'est le pouvoir* », comme le disait très justement J. Edgar Hoover. Il advient que « *parce que l'information coûte et est source de profit, elle joue un rôle majeur dans la stratégie économique (...) l'entrepreneur cherche à mettre la main sur toutes les informations qui peuvent lui être utiles [...] Quant à l'information qu'il produit lui-même, l'entrepreneur s'efforce de se la préserver par le secret dans toute la mesure du possible* »²⁸⁶. Il advient effectivement que l'information est le fil conducteur de toute politique de gestion des risques juridiques au sein d'une organisation, que ce soit au niveau de la cartographie des risques juridiques qu'à celui de la mise en œuvre de mesures de traitement desdits risques ; des étapes qui en tout temps doivent s'intéresser non seulement à la norme juridique applicable qu'à la norme juridique nouvelle, à venir. Le droit étant en perpétuelle évolution, « *la norme juridique nouvelle peut être un évènement générateur de risque juridique, il est donc nécessaire de surveiller le droit à venir en plus de la photographie de la situation présente de l'entreprise* »²⁸⁷, et cela de manière régulière. Une surveillance de l'état du droit qui nécessite d'instaurer une veille juridique, au sein de l'entreprise ou externalisée, qui permette d'anticiper les évolutions législatives et/ou réglementaires et donc de prévenir les risques juridiques à venir pour l'organisation, mais également le risque juridique constitué en soi par la norme juridique nouvelle. La veille juridique va consister en l'identification de l'évolution des normes qui concernent l'environnement juridique de l'entreprise, puis un traitement des normes collectées vis-à-vis des stratégies de l'entreprise pour déterminer leur pertinence, et enfin une diffusion des informations identifiées auprès des agents intéressés.

La mise en œuvre d'une veille juridique répond à un processus méthodique qu'il convient de préciser et de respecter pour éviter à l'entreprise de se perdre dans une activité chronophage qui risque de la noyer sous la quantité d'information disponible. En effet, surveiller l'ensemble du droit étant une folle ambition, l'entreprise doit définir un périmètre de veille, tant en termes de source, que de domaine ayant un intérêt pour l'organisation. À partir de l'analyse de l'environnement juridique modélisé lors de la cartographie des risques, l'entreprise peut

²⁸⁶ R.P. RUSSO. *L'information, source de pouvoir*, in *Économie rurale*, 1966, Vol. 69, n°1, p. 3 et s.

²⁸⁷ F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Paris, Organisation, 2006, p.188.

mettre en avant les sources normatives qui l'intéresse particulièrement, certaines branches du droit à suivre (telles que le droit du travail, le droit commercial, celui des contrats qui a d'ailleurs été réformé il y a peu, etc), et pour les entreprises dont les activités la conduisent à commercer avec d'autres contrées, il convient de s'intéresser aux ordres juridiques nationaux étrangers et internationaux qui la concernent. Pour l'instauration d'une veille juridique complète préservant l'entreprise d'une norme juridique nouvelle, il est recommandé de :

(1) surveiller l'évolution des normes « sensibles » et « stratégiques » pour l'entreprise afin de la préserver des risques juridiques majeurs ; (2) surveiller les auteurs des normes sensibles, ces derniers en tant que spécialistes de leurs sujets apportent une expertise actuelle et des modifications juridiques en cours et à venir ; (3) surveiller l'évolution de la jurisprudence puisque, mise à part d'être un élément qui constitue le cadre juridique applicable à l'entreprise, la jurisprudence apporte de nombreuses précisions et éclaircissement à des textes de lois et réglementaires parfois ambigus, mais se trouve également à la source de revirements et d'évolutions juridiques qui seront codifiées par la suite ; (4) surveiller les réformes nationales qui, bien avant d'entrée en vigueur, font l'objet de nombreux rapports et travaux préparatoires, ce qui permet à l'entreprise d'anticiper l'adoption du texte en question et donc les risques juridiques qu'il comporte pour ses activités ; (5) surveiller les ordonnances qui, soumises plus facilement aux aléas politiques, constituent des modifications plus rapides et éphémères de la norme juridique et donc d'autant plus de risques pour la sécurité juridique de l'organisation ; (6) Et enfin, dans le cadre d'une veille juridique complète, il est également nécessaire d'effectuer une prospective politique et sociale qui va consister à se tenir informer « *des programmes des partis politiques et des professions de foi des candidats aux élections, des discours politiques du gouvernement qui peuvent informer de la nature des réformes à venir ; ainsi que la sensibilité de l'opinion publique qui peuvent induire des réformes à venir ou inquiéter la responsabilité sociale de l'entreprise* »²⁸⁸, puisque les évolutions juridiques ne sont que le reflet des mutations politiques et sociales.

Dans ce sens, « *la veille juridique permet de réduire l'incertitude et de ne pas se reposer uniquement sur la croyance et l'expérience* », une « *phase de veille juridique (qui) pose la*

²⁸⁸ F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Paris, Organisation, 2006, p.188.

question des modalités de recherche de l'information et de l'étendue de cette recherche » afin de ne pas se noyer tantôt dans la profusion de normes, tantôt dans la profusion de sources tant le développement des nouvelles technologies facilite l'accès à l'information de toute sorte. Néanmoins, « *une fois les informations collectées, la phase d'audit peut commencer [...] la veille juridique doit permettre de réduire au maximum l'incertitude quant à l'état de l'environnement et d'identifier aussi bien les risques négatifs que les risques positifs* »²⁸⁹. En effet, collecter des informations est une chose, les utiliser en est une autre ; dans ce sens, la veille juridique étant une activité qui ne bénéficie qu'à celui qui la réalise si elle n'est pas correctement diffusée, l'entreprise devra veiller au traitement des informations recueillies lors de la veille afin de les traduire en termes de risques juridiques potentiels pour l'organisation. Par ailleurs, si la cartographie des risques juridiques effectuée en amont de l'instauration de la veille juridique peut permettre de déterminer son périmètre de surveillance ; à l'inverse, la veille va servir à mettre à jour de manière régulière la cartographie qui sert de base à l'adoption de mesures de traitement des risques, un cercle vertueux de gestion des risques juridiques de l'entreprise.

II. LA GESTION DU RISQUE JURIDIQUE RÉSIDUEL DE L'ENTREPRISE PAR LE MÉCANISME ASSURANTIEL

Le processus de gestion des risques juridiques permet de maîtriser l'environnement juridique en analysant les risques auxquels s'expose l'entreprise via une cartographie évolutive, et de les traiter ensuite par des mesures de réduction et/ou de résorption afin de garantir, de manière raisonnable, une sécurité juridique et économique à l'organisation. Néanmoins, malgré l'adoption d'un plan de vigilance et des démarches de prévention des risques juridiques, il arrive que certains risques subsistent et/ou que l'entreprise ne puissent pas les traiter par des mesures que ce soit parce qu'elle ne les maîtrise pas, qu'elle ne les contrôle pas ou qu'une part d'incertitude menace toujours l'organisation ; c'est ce que l'on appelle communément le risque résiduel. Autrement dit, c'est le risque qui subsiste après que toutes les mesures de prévention et de protection, notamment parmi celles proposées précédemment, aient été prises en compte et qui va, en cas de réalisation, constituer un dommage dit objectif pour l'entreprise qu'elle ne peut accepter en l'état. Ainsi, il advient que si les politiques d'évitement en adoptant d'autres

²⁸⁹ C. ROQUILLY, *Performance juridique et avantage concurrentiel*, in *Les petites affiches*, 30 avril 2007.

stratégies économiques, de prévention, de modification ou d'atténuation par la mise en œuvre de mesures de traitement offensives et défensives n'ont aucun impact sur ces risques juridiques et que l'entreprise ne peut pas se permettre de les conserver en l'état en les acceptant, tant la menace qu'ils représentent pourraient avoir des conséquences négatives pour l'organisation ; la solution ultime reste le transfert de ces risques juridiques. En effet, l'entreprise peut transférer certains risques juridiques à un tiers, le plus souvent à travers le mécanisme assurantiel par lequel l'organisation transfère, en cas de réalisation des risques couverts par la police d'assurance, les pertes financières qu'elle aurait pu subir à l'assureur. Dans ce sens, le mécanisme assurantiel constitue une des solutions au traitement des risques juridiques, principalement pour le risque résiduel, mais une des solutions uniquement. « *Malheureusement, là où la sauce se gâche quelque peu, c'est qu'une fois qu'elles ont cerné leurs risques, les entreprises se précipitent sur l'achat de polices d'assurance* » alors que « *tout un éventail de solutions alternatives, et possiblement moins dispendieuses, se présente à elles* »²⁹⁰. Outre de représenter un coût qui ne doit pas être négligé par l'entreprise, la solution de l'assurance est une option qui doit être envisagée en dernier recours et qui doit être adaptée aux besoins de l'organisation, et non représenter une solution en tant que telle aux risques juridiques de manière générale puisqu'elle ne permet pas de les traiter mais simplement de les financer. Matériellement, « *au moment d'évaluer les options de réponses (au risque résiduel), le responsable doit déterminer si le niveau de risque est acceptable ou non* » ; « *si le niveau de risque ne préoccupe pas la direction de l'entreprise, alors il accepte le risque* »²⁹¹, à l'inverse s'il est préoccupant, l'entreprise aura tout intérêt à l'assurer, d'autant plus qu'une multitude de solutions assurantielles se développent quant à l'assurabilité des risques de gouvernance des organisations.

Assurance de responsabilité civile, assurance contre la survenance de dommages à des biens d'équipement, des stocks, la dégradation ou le vol de marchandises, assurance pour couvrir les frais de justice, ... Les solutions d'assurance ne manquent pas et viennent également

²⁹⁰ M. TURCOTTE, *L'assurance : seulement une des solutions de la gestion des risques, Processus de gestion des risques : étapes à suivre et éventail de solutions possibles*, in *Assurance*, septembre 2009, Vol. 23.

²⁹¹ M. TURCOTTE, *L'assurance : seulement une des solutions de la gestion des risques, Processus de gestion des risques : étapes à suivre et éventail de solutions possibles*, Op. cit.

couvrir les risques juridiques exposant l'entreprise et son dirigeant dans le cadre de sa gouvernance. En effet, « *nul ne soutiendra que toute incertitude, sans restriction aucune, recueille une prise en charge systématique de la part des assureurs. Toutefois, ce qui n'était pas assurable autrefois l'est devenu ; ce qui suscitait des hésitations de la part des actuaires, notamment, s'avère, en raison des progrès techniques et de la connaissance de nombreux phénomènes, de plus en plus assurable, d'un point de vue technique* »²⁹². Néanmoins, face à toutes ces possibilités, il convient d'observer que l'on n'assure pas de la même manière une petite et moyenne entreprise de secteur technologique, qu'une PME détaillante de textile ou encore un entrepreneur sur le marché de la construction immobilière. Il est important pour l'entreprise d'opter pour des polices d'assurance adaptées à ses besoins dans le sens où si les risques juridiques diffèrent selon l'environnement de l'organisation, ses besoins en assurance également. Une analyse des besoins propres à l'organisation qui, munie de la cartographie des risques juridiques et de l'identification des risques résiduels, pourra faire l'objet d'une bonne discussion entre le dirigeant, ou un agent affecté à cette fonction, et un courtier en assurance ; permettant ainsi de cerner le type de couvertures et de polices nécessaires à la protection de l'entreprise²⁹³. Il va s'agir, notamment pour la gestion des risques juridiques de l'entreprise, de s'intéresser à l'assurance des ou de certains risques résiduels en particuliers, à l'assurance de la responsabilité de l'entreprise d'une part, et celle de son dirigeant d'autre part, dans l'hypothèse de la réalisation d'un risque engageant leurs responsabilités, mais également prévoir pour l'un comme pour l'autre des polices d'assurance couvrant les litiges (une protection juridique professionnelle) qui vont prendre en charge toute ou partie des frais de justice, comprenant les coûts de conseils, les différents frais tenant à la procédure, etc. En effet, à travers des polices d'assurance particulières couvrant certains risques juridiques en eux-mêmes ainsi que l'exposition de la responsabilité de l'entreprise ou de son dirigeant d'une part, et une protection juridique professionnelle couvrant les frais relatifs à la survenance d'un litige d'autre part, le risque juridique de contentieux économique est géré dans sa globalité par l'entreprise. Le

²⁹² L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* Paris, L.G.D.J., Collection Droit des affaires, 2012, p. 384.

²⁹³ M. TURCOTTE, *L'assurance : seulement une des solutions de la gestion des risques, Processus de gestion des risques : étapes à suivre et éventail de solutions possibles*, Op. cit.

transfert des risques résiduels, des risques de responsabilité et des coûts relatifs aux litiges, cumulé avec la mise en œuvre d'un plan de vigilance comportant à la fois l'identification des risques par la cartographie et leur traitement par des politiques de réduction, permet à l'entreprise de disposer d'une gestion des risques juridiques de contentieux complète.

Néanmoins, il est nécessaire d'observer que si le mécanisme assurantiel permet de couvrir certains risques juridiques de l'entreprise, il n'est pas omniscient et comporte de nombreuses limitations. En effet, et de manière non exhaustive, il convient de « *s'entendre sur l'expression de prise en charge ou non, par l'assureur, du risque avéré survenant dans n'importe quelles circonstances* » ; et notamment, « *trois hypothèses, au moins, doivent être distinguées : l'absence effective de la moindre limite ou réserve à la prise en charge du risque, des réserves liées à des considérations techniques et, enfin, des réserves purement juridiques, qui s'avèrent celles appelant le plus d'observations* »²⁹⁴. Pour ce qui est de **la limite et/ou la réserve de prise en charge**, c'est une limitation du mécanisme assurantiel tout à fait commune aux polices d'assurance. En soi, les limites contractuelles de prise en charge des risques juridiques sont illimitées puisqu'elles ne sont bornées que par les restrictions de l'imagination ; en revanche, la couverture desdits risques juridiques de gouvernance n'est concevable que dans le cadre de certaines limitations que ce soit en termes de délimitation ou d'exclusion de garantie. Matériellement, en pratique, il arrive souvent que l'assureur accepte de prendre en charge la couverture d'un risque mais dans le cadre de circonstances et de contextes contractuellement prédéfinis, et non de manière illimitée. A titre d'illustration, les contrats d'assurance qui vont couvrir le dirigeant d'entreprise vont généralement exiger que le risque couvert ait été réalisé dans le cadre de l'exercice des fonctions du dirigeant. Par exemple, admettons qu'un entrepreneur ait souscrit une police d'assurance pour le couvrir dans le cadre de ses déplacements professionnels et qu'il ait un accident de la circulation en allant chercher ses enfants à l'école avec son véhicule professionnel, le trajet ne relevant pas de l'exercice de ses fonctions, l'assureur pourrait considérer que le risque réalisé n'est pas pris en charge. De la même manière, il ne faut pas omettre de signaler et d'adapter les polices d'assurance souscrites

²⁹⁴ L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* Paris, L.G.D.J., *Collection Droit des affaires*, 2012, p. 384.

à toute évolution éventuelle de la situation de l'entreprise et/ou du dirigeant pour la simple raison que la prise en charge par l'assureur va correspondre à la situation déclarée à l'assureur lors de la contractualisation ; de ce fait, en cas de réalisation du risque normalement couvert, l'assureur pourrait tout à fait à nouveau refuser de le prendre en charge²⁹⁵. Il reste qu'en dehors des délimitations strictes de la prise en charge, l'entreprise doit être attentive aux exclusions conventionnelles de garantie. Effectivement, « *certaines fautes peuvent être exclues du contrat d'assurance* » et « *il n'est pas rare de disposer de contrats d'assurance de responsabilité contractuelle détaillé, donnant donc l'illusion d'une excellente garantie* »²⁹⁶, il convient donc d'être attentif à ce que prend réellement en charge la police d'assurance souscrite, afin de ne pas avoir de surprise en cas de réalisation d'un risque juridique. En ce qui concerne **les réserves liées à des considérations techniques**, elles sont constitutives des capacités du mécanisme assurantiel à identifier et déterminer les caractéristiques des risques pouvant faire l'objet d'une assurance, et cela avec précision, de manière circonscrite et évaluée. Enfin, concernant **les réserves purement juridiques** de la couverture des risques juridiques, il s'avère que certains risques et/ou aspects de ces risques ne peuvent pas faire l'objet d'une couverture d'assurance. Des impossibilités juridiques d'assurance que l'on va retrouver, par exemple, concernant la couverture de l'engagement de la responsabilité du dirigeant d'entreprise. La doctrine considèrerait, à ce sujet, « *qu'il serait immoral, et donc contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, qu'un chef d'entreprise puisse échapper à sa responsabilité en se contentant de payer une somme d'argent, une prime d'assurance* », avec l'idée que « *si celui-ci avait commis une faute, il devait en assumer toutes les conséquences, y compris financières* »²⁹⁷. Heureusement pour les entrepreneurs, l'assurance de responsabilité a évolué à leur avantage²⁹⁸ mais comprend toujours des réserves d'assurabilité. Matériellement, bien qu'ayant ouvert la possibilité au

²⁹⁵ Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 juin 2008, n°07-15228, Bull. civ., IV, n°114.

²⁹⁶ L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* Paris, L.G.D.J., Collection Droit des affaires, 2012, p. 384.

²⁹⁷ L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* Paris, L.G.D.J., Collection Droit des affaires, 2012, p. 384.

²⁹⁸ Cour de cassation, Chambre civile, 16 juin 1896, Teffaine, DP 1897.1.433, DP 1897.1.433, concl. L. SARRUT, note R. SALEILLES ; S. 1897.1.17, note A. ESMEIN.

dirigeant d'entreprise de souscrire une couverture d'assurance de responsabilité, le législateur maintient une impossibilité légale d'une éventuelle prise en charge de la faute intentionnelle des dirigeants dans l'objectif de ne pas « déresponsabiliser » les chefs d'entreprise auteurs de dommages. Une réserve codifiée dans les dispositions prévues par le Code des assurances comme suit : « Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police. Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré »²⁹⁹. Un exemple pour mettre en exergue l'idée selon laquelle « *si presque tous les risques peuvent être assurés, la même conclusion ne saurait être déduite de toutes les responsabilités* »³⁰⁰. Il résulte des propos qui précèdent que si l'assurance est une des solutions envisageables dans le cadre de l'adoption de politiques de traitement des risques juridiques, notamment le risque résiduel qui ne peut être réduit par d'autres mesures, il convient d'être particulièrement prudent. Cela afin que l'entreprise et/ou son dirigeant souscrivent des polices d'assurance qui soient adaptées à leurs besoins pour éviter des coûts inutiles et de mauvaises surprises en cas de réalisation d'un desdits risques juridiques, cela que ce soit en termes de responsabilités et de risques potentiellement couverts par l'assureur. Pour rester sur le sujet de la responsabilité de l'entreprise, la suite de cette contribution va maintenant s'intéresser au risque juridique constitué par le manquement à la mise en œuvre d'un plan de prévention exigé par la loi relative au devoir de vigilance ; et donc, les conséquences potentielles d'un tel manquement sur les petites et moyennes entreprises.

²⁹⁹ Article L.113-1 du Code des assurances.

³⁰⁰ L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* Paris, L.G.D.J., *Collection Droit des affaires*, 2012, p. 384.

CHAPITRE 2ND : LA THÉORIE D'UNE RESPONSABILITÉ COMMUNE MAIS DIFFERENCIÉE³⁰¹ DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE

« De l'éthique de la fatalité, l'homme est passé à l'éthique de la responsabilité. Dans ce basculement, l'homme est prêt à reconnaître dans l'accident une sanction de certains déficits de ses connaissances, de sa vigilance ou de son action »³⁰². Un état d'esprit qui correspond tout à fait au contexte d'adoption de la loi relative au devoir de vigilance qui, outre d'instaurer des obligations de prévention afin d'éviter la survenance d'atteinte grave envers certains droits consacrés, reconnaît une responsabilité pour déficit de vigilance, et ainsi une sanction dans l'éventualité d'un préjudice causé par un tel déficit. Néanmoins, le texte ne visant que la responsabilité des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, il est intéressant d'observer la portée de ce texte sur les petites et moyennes entreprises par l'analyse de la responsabilité civile délictuelle instituée par la loi envers les grandes entreprises d'une part, puis les répercussions de celle-ci sur les relations entre les grandes entreprises et les PME. Un contrecoup qui va très probablement se traduire par l'instauration d'obligations contractuelles qui seront couplées d'une responsabilité contractuelle qui serait mise en œuvre dans l'hypothèse d'une violation par les PME de leurs nouvelles obligations de gestion des risques. Un régime de responsabilité contractuelle qui comporte nécessairement des sanctions non négligeables à l'encontre des petites et moyennes entreprises peu consciencieuses. De nouvelles obligations elles-mêmes sources de risques juridiques de contentieux à prendre en compte par les PME dans les choix tenant à leur gouvernance.

³⁰¹ H. HELLIO, *Le principe des responsabilités communes mais différenciées et le contrôle du non-respect : une rencontre fantasmée*, in *Les Cahiers de droit*, 2014, Vol. 55, n° 1, p. 193.

³⁰² P. LEQUET, *Loi "devoir de vigilance" : de l'intérêt des normes de management des risques*, in *Revue juridique de l'environnement*, 2017, Vol. 42, n° 4, p. 705 et s.

**SECTION 1 : LA PRINCIPALE RESPONSABILITÉ CIVILE DÉLICTEUELLE
DE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE POUR MANQUEMENT
AU DEVOIR DE VIGILANCE**

**SECTION 2 : LA PROSPECTIVITÉ JURIDIQUE D'UNE RESPONSABILITÉ
CONTRACTUELLE PAR RICOCHET DES PETITES ET MOYENNES
ENTREPRISES POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE**

SECTION 1^{ÈRE} : LA PRINCIPALE RESPONSABILITÉ CIVILE DÉLICTUELLE DE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE

La loi relative au devoir de vigilance établit que les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre engagent leur responsabilité dans l'hypothèse d'un manquement à leur obligation de mise en œuvre d'un plan de vigilance, quant à la prévention des risques d'atteintes graves envers les droits mentionnés, résultant de leurs activités mais également des activités des sociétés qu'elles contrôlent. Un régime de responsabilité qui laisse subsister de nombreuses interpellations et controverses quant à ses fondements juridiques, les conditions factuelles à réunir pour pouvoir l'engager, mais également quant aux procédures ouvertes aux victimes pour garantir l'effectivité de la mise en œuvre dudit plan de vigilance par les entreprises, et obtenir une réparation en cas de manquement avéré.

PARAGRAPHE 1^{ER} : LE RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ PRINCIPALE DE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE

L'adjonction de sanctions du fait de l'exposition de la responsabilité des entreprises visées par le texte, résultant tout à la fois d'un manquement de leur part ou bien du fait des entreprises qu'elles contrôlent, par la simple référence aux articles 1240 et 1241 du Code civil régissant le droit commun de la responsabilité permet d'appréhender le domaine de la mise en œuvre de cette responsabilité ; tantôt avec plus ou moins de certitude quant aux conditions à réunir ; tantôt avec ambiguïté quant aux fondements juridiques à retenir.

I. LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITÉ PRINCIPALE DE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE

Afin de garantir l'effectivité de l'établissement d'un plan de prévention et de l'adoption de mesures de traitement des risques d'atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle, la loi relative au devoir de vigilance prévoit la mise en œuvre de la responsabilité des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre en cas de manquement à leurs obligations. En effet, « *c'est précisément afin de réagir contre l'irresponsabilité dont bénéficient les entreprises qui recourent ainsi, par*

*l'intermédiaire de leurs filiales ou sous-traitants, à une main-d'œuvre étrangère soumise à des conditions de travail qui ne respectent pas les droits fondamentaux des salariés, que la loi du 27 mars 2017 a créé à leur charge un devoir de vigilance dont l'inobservation est sanctionnée par la responsabilité civile »*³⁰³. Matériellement, le nouvel article L.225-102-5, introduit dans le Code de commerce suite à l'adoption de la loi relative au devoir de vigilance³⁰⁴, prévoit que les sociétés assujetties aux obligations contenues dans l'article L.225-102-4 pourront voir leur responsabilité engagée. Les termes de l'article précisent qu'un tel manquement aux obligations du devoir de vigilance expose la responsabilité des sociétés assujetties dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, et les oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter.

La référence aux articles 1240 et 1241 du Code civil renvoie à l'application du régime de droit commun qui constitue les fondements de la responsabilité civile délictuelle dont les termes disposent que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »³⁰⁵, ceci entendu dans le large sens où « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence »³⁰⁶. Outre l'aspect de la contrevenance à une obligation dorénavant légale d'établir un plan de vigilance, il advient que le législateur met à la charge des entreprises visées, que ce soit directement ou indirectement, une responsabilité pour négligence de prévention des risques d'atteintes que leurs activités pourraient avoir sur leur environnement. En effet, *« il s'agit donc avant tout d'une nouvelle strate d'information légale obligatoire. Notons au passage que dans ce domaine la loi française, d'une part, a quintuplé de volume en quinze ans, et, d'autre part, est souvent en avance sur les directives européennes. Mais ici, il ne*

³⁰³ G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *Recueil*, Dalloz, 2017, p. 1610.

³⁰⁴ L'article L.225-102-5 est issu de l'article 2 de la Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JOFR, 28 mars 2017, n° 0074.

³⁰⁵ Article 1240, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

³⁰⁶ Article 1241, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

s'agit plus seulement d'information : l'exigence documentaire devient la base d'une nouvelle responsabilité légale »³⁰⁷. De fait, le législateur pose deux éléments juridiques pouvant exposer la responsabilité des entreprises concernées ; tantôt une responsabilité dans l'hypothèse de **survenance d'un dommage résultant du manquement au devoir** de prévention des risques, tantôt une responsabilité pour simple manquement aux obligations légales qui pourrait causer un dommage potentiel, c'est-à-dire pour **inobservation des obligations documentaires d'analyse et de traitement des risques** d'atteintes graves envers les droits protégés par l'article L.225-102-4 du Code de commerce. Ce texte constitue ainsi un durcissement des pratiques de responsabilité sociale des entreprises par la généralisation des mesures de prévention des risques qui deviennent obligatoires dans les groupes d'entreprises. Assortir la démocratisation des plans de vigilance au sein de la gouvernance des entreprises d'un régime de sanction en cas de manquement permet de garantir l'effectivité de la propagation des pratiques de prévention. Néanmoins, le risque d'adjoindre des sanctions potentielles à la mise en œuvre d'une gestion des risques dans le management des entreprises se traduit par le fait que « *la hard law ne remplacera pas la soft law, elle plaquera un système de sanctions sur une version appauvrie d'un système normatif dont la richesse vient de la liberté des acteurs, du dialogue entre ONG et entreprises et de l'appropriation des normes qui en découle* ». Autrement dit, le risque sous-jacent est que les entreprises visées par le texte, par crainte d'être sanctionnées, « *définissent a minima leurs actions de prévention, sachant que le défaut de mise en œuvre effective de leur plan de vigilance les exposera* » ; dans le sens où « *tous les groupes seront vigilants, mais le niveau de vigilance et de volontarisme risque fort de baisser par rapport aux meilleures pratiques d'aujourd'hui* »³⁰⁸. Sur ce point, en dépit des controverses relevées par quelques auteurs, il est nécessaire d'observer que le texte permet une certaine marge de manœuvre, malgré la contrainte d'une méthodologie quant à l'établissement d'une base documentaire et l'adoption de mesures de prévention relatives à l'anticipation de certains risques, qui laisse toutefois le contenu effectif libre afin qu'il puisse s'adapter aux spécificités de chaque organisation. Par

³⁰⁷ P.L. PERIN, *Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, Dalloz, juin 2015, p. 215 et s.

³⁰⁸ P.L. PERIN, *Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, Op. Cit.

ailleurs, il reste que les entreprises ne seront sanctionnées que dans l'hypothèse d'un manquement à leurs obligations ; le législateur, accompagné des nombreuses organisations qui ont participé à l'élaboration du texte, étant bien conscient qu'aucun plan de vigilance ne peut être omniscient et anticiper tous les risques d'atteintes à résorber, les entreprises ne sont tenues qu'à une obligation de prévention raisonnable, et seront condamnées seulement si les mesures de prévention étaient vraisemblablement inexistantes ou significativement insuffisantes. Une précision qui tempère légèrement la portée du devoir de vigilance mais pas tellement la responsabilité des entreprises qui, dès lors qu'un dommage survient, pourront être sanctionnées sur d'autres fondements juridiques ; le devoir de vigilance consacrant « simplement » des obligations légales supplémentaires, et donc contraignantes, de prévention des risques.

Il convient d'observer, et sur ce point le texte innove particulièrement en laissant de nombreuses interrogations juridiques, que les sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre sont responsables non seulement de leur manquement aux devoirs de vigilance en interne, dans leur propre gouvernance ; mais également en externe, c'est-à-dire relevant de la gestion des risques de toutes les entreprises constituant leur sphère d'influence tout au long de leur chaîne d'approvisionnement. En effet, outre une responsabilité de leur fait personnelle, le texte inclut une forme de responsabilité du fait d'autrui, dont les contours juridiques concrets sont ambigus, des sociétés mères envers leurs filiales et des entreprises donneuses d'ordre envers leurs partenaires commerciaux. En effet, cette responsabilité des entreprises expressément visées par le texte envers les organisations placées sous leur contrôle direct, ou indirect via leurs relations commerciales, relève d'une « bizarrerie » juridique dans le sens où elle s'apparente sur de nombreux points à une responsabilité du fait d'autrui sans être qualifiée ainsi, le Conseil Constitutionnel ayant même certifié qu'elle ne relevait pas d'un tel régime. Effectivement, il est loisible de relever des ressemblances entre la responsabilité des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre d'un manquement de prévention des risques de la part des organisations placées sous leur contrôle, et la responsabilité du fait d'autrui, notamment la responsabilité du commettant du fait de ses préposés. Matériellement, ce régime de responsabilité exige la réunion d'une faute du préposé dans le cadre de ses fonctions, d'un dommage, d'un lien de causalité entre les deux éléments précédents ainsi qu'un lien de subordination entre le préposé et un commettant. Parallèlement, le devoir de vigilance étendu comme tel à toutes les entreprises

relevant d'un groupe d'organisation au sens large, fait songer à l'établissement d'un lien de subordination entre les entreprises qui contrôlent et celles qui sont contrôlées. Dans cette hypothèse, le manquement aux obligations de cartographie et de prévention des risques identifiés du fait des entreprises contrôlées engage la responsabilité des entreprises qui contrôlent dès lors que le manquement est établi, que celui-ci a ou pourrait constituer un dommage et qu'un lien de cause à effet les réunit. Néanmoins, malgré l'analogie de régime qui pourrait être observée, « la responsabilité du fait d'autrui avait été évoquée par un projet de réforme, mais rejetée catégoriquement par les représentants des intérêts économiques qui la jugent trop sévère et par conséquent menaçante pour la compétitivité des entreprises françaises »³⁰⁹. Par ailleurs, dans sa décision du 23 mars 2017, le Conseil Constitutionnel a déclaré qu'en « renvoyant aux articles 1240 et 1241 du code civil dans le nouvel article L. 225-102-5 du code de commerce, le législateur a seulement entendu rappeler que la responsabilité de la société à raison des manquements aux obligations fixées par le plan de vigilance est engagée dans les conditions du droit commun français, c'est-à-dire si un lien de causalité direct est établi entre ces manquements et le dommage. Les dispositions contestées n'instaurent donc pas un régime de responsabilité du fait d'autrui, ainsi que cela ressort, au demeurant, des travaux parlementaires »³¹⁰. Il faut probablement en conclure que le texte instaure une vision élargie de l'entreprise en véhiculant l'idée selon laquelle le manquement des sociétés contrôlées constitue per se un manquement de la société qui contrôle, en écartant tout simplement l'analyse de la personne morale qui a été effectivement à l'origine du manquement, c'est-à-dire de la détermination du « qui » est générateur du manquement. L'objectif étant de responsabiliser les sociétés qui contrôlent tout au long de leur chaîne d'approvisionnement en les sensibilisant aux choix qu'elles opèrent dans leurs stratégies économiques ; comme s'il s'agissait d'un acte général de la sphère d'influence dans son ensemble sous la responsabilité de la société mère et/ou donneuse d'ordre plutôt que la responsabilité des actes ou défaillance de telle ou telle entreprise en particulier qui relèverait ensuite de l'entreprise principale. Il en résulte que la

³⁰⁹ G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *Recueil*, Dalloz, 2017, p. 1610.

³¹⁰ Décision Constitutionnelle n° 2017-750 du 23 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JOFR, 28 mars 2017, n°0074.

jurisprudence à venir devrait apporter quelques réponses aux interrogations posées et laissées en suspens par le texte, que ce soit à propos du régime de responsabilité en lui-même, qu'à propos du régime de l'action permettant de mettre en œuvre ladite responsabilité.

II. LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ PRINCIPALE DE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE

Pour engager la responsabilité des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, le juge exigera la réunion de conditions bien particulières dont les éléments et leurs preuves devront être rapportés par les requérants. Bien que la loi relative au devoir de vigilance ne précise pas les conditions en question de mise en œuvre de la responsabilité des entreprises qui y sont soumises, le texte renvoie au droit commun par la référence aux articles 1240 et 1241 du Code civil dans les dispositions de l'article L.225-102-5 du Code de commerce. Une telle référence qui permet d'appliquer les règles prescrites par le droit commun de la responsabilité exigeant la réunion d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre les deux éléments précédents³¹¹ ; en notant néanmoins quelques petites particularités apportées par le texte.

A. « UNE FAUTE NOMMÉE : UN MANQUEMENT AU PLAN DE VIGILANCE »

En droit civil, la faute est constituée par le comportement, l'attitude « d'une personne qui par négligence, imprudence ou malveillance ne respecte pas ses engagements contractuels (faute contractuelle) ou son devoir de ne causer aucun dommage à autrui (faute civile appelée également faute délictuelle ou quasi- délictuelle) »³¹². L'article 1240 du Code civil retenant la formulation « tout fait quelconque », il advient que la notion de faute peut se traduire par une multitude d'expression. Bien que relevant du régime de droit commun, la faute pouvant engager la responsabilité des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre n'est pas entendue de manière aussi large. En effet, la faute est nommée et va s'entendre d'un manquement aux obligations régies par les dispositions de l'article L.225-102-4 retranscrivant les modalités du

³¹¹ Article 1245-8, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

³¹² Voir sur ce point : Terme « Faute », Droit civil, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

devoir de vigilance. Matériellement, « *n'importe quel manquement à la vigilance de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre vis-à-vis de ses filiales, sous-traitants ou fournisseurs ne suffit pas à établir la faute susceptible de mettre en jeu sa responsabilité en application de la loi du 27 mars 2017* »³¹³.

Si la faute est constituée par un manquement au devoir de vigilance, il est nécessaire de déterminer ce qui relève d'un manquement ou non à l'exécution des obligations de prévention des entreprises visées. Dans ce sens, les obligations à la charge des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre étant de mettre en œuvre les mesures suivantes : « (1) Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ; (2) Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ; (3) Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ; (4) Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ; (5) Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité »³¹⁴ ; la faute ne pourra relever que d'un manquement à l'une de ces obligations. Autrement dit, la responsabilité de ses entreprises ne sera constituée que dans l'hypothèse où celles-ci ne mettent pas œuvre une cartographie des risques et des politiques d'atténuation et de suivi, que ce soit en interne qu'envers leurs filiales et/ou sous-traitants. En effet, en ne définissant pas uniquement un périmètre au devoir de vigilance mais en énumérant les obligations concrètes qu'il met en œuvre, le législateur établit la liste des éléments constitutifs d'une faute, et donc d'un manquement en cas d'inexécution, de la part des entreprises qui y sont soumises. « *Toute négligence dans l'application des mesures de prévention énumérées au plan de vigilance sera donc une faute susceptible d'engager la responsabilité de son auteur, à condition qu'elle soit la cause d'un dommage répondant à certaines caractéristiques précisées*

³¹³ G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *Recueil*, Dalloz, 2017, p. 1610.

³¹⁴ Article L.225-102-4 du Code de commerce.

par la loi »³¹⁵. En revanche, il est nécessaire d'observer que si l'entreprise est tenue d'une obligation de résultat quant à la mise en œuvre des obligations relatives au plan de vigilance énumérées ci-dessus ; elle n'est à l'inverse tenu qu'à une obligation de moyen quant à la prévention effective des risques d'atteintes graves. C'est-à-dire que le dommage survenu devra résulter d'un manquement aux obligations de vigilance et ayant attrait uniquement à la prévention, dans le sens où la survenance d'un risque malgré la mise en œuvre effective du plan de vigilance par l'entreprise, et cela auprès de toutes les organisations partenaires de sa sphère d'influence, ne constitue pas un manquement au devoir de vigilance ; les caractéristiques du dommage retiennent également la même orientation.

B. « UN DOMMAGE NOMMÉ : UNE ORIENTATION PRÉVENTIVE »

« Au sens strict, toute atteinte certaine à un intérêt reconnu et protégé par le droit » constitue un dommage qui désigne alors « le fait brut à l'origine de la lésion affectant la personne. En ce sens, il est distinct du préjudice, qui correspond à la conséquence de cette lésion »³¹⁶. Concernant le dommage relevant d'un manquement au devoir de vigilance, si le législateur a précisément nommé la faute, il en a fait de même avec ce qui doit être entendu en termes de dommage. Matériellement, l'article L.225-102-4 du Code de commerce dispose que les sociétés mères, les entreprises donneuses d'ordre ainsi que toutes les organisations relevant de leur sphère d'influence commerciale doivent mettre en œuvre un plan de vigilance afin de prévenir « les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle ». Le législateur vise ainsi le dommage qu'il caractérise par l'atteinte envers certaines catégories de droits, mais précise que seules les atteintes « graves » sont constitutives d'un dommage en vertu du devoir de vigilance. Un dommage tantôt limité en ce qu'il ne concernera donc que les atteintes qualifiées de « graves », c'est-à-dire qui revêtent

³¹⁵ G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *Recueil*, Dalloz, 2017, p. 1610.

³¹⁶ Voir sur ce point : Terme « Dommage », Droit civil, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018..

une grande importance en soi et peuvent impliquer des conséquences fâcheuses ou entraîner des suites dangereuses³¹⁷ à propos des droits fondamentaux, de la santé et la sécurité des personnes ou de l'environnement ; tantôt très étendu en ce qu'il permet de prendre en compte les risques avérés de dommages futurs³¹⁸. En effet, « *ce texte s'inscrit dans un courant du droit français qui prend en compte un simple risque avéré de dommage et illustre une logique préventive - alimentée par l'émergence du principe de précaution* »³¹⁹. Il advient qu'au titre de cette responsabilité-anticipation³²⁰, une fois transposée aux mesures de vigilance imposées par ce texte, cela signifie que « *l'absence du respect d'une norme de sécurité pourrait déjà permettre d'engager la responsabilité de l'entreprise assujettie sans qu'il soit nécessaire que des conséquences matérielles, ou pire des dommages corporels, en résultent* »³²¹. Une prise en compte des dommages futurs qui traduit une volonté d'attribuer un aspect d'avantage préventif que de réparation via l'ouverture de cette action en responsabilité ; une action qui est en adéquation avec l'ambition du texte prônant avant tout la prévention pour éviter la survenance d'atteintes et, seulement dans un second temps, la réparation de ces atteintes en cas de manquement à la prévention.

³¹⁷ Grave. *LAROUSSE*, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>.

³¹⁸ Sur la portée du principe de précaution susceptible de permettre la prise en compte de dommages seulement potentiels, P. JOURDAIN, *Une nouvelle présomption de causalité, au profit cette fois des victimes du DES ou distilbène*, RTD civ. 2006, p. 565 — G. VINEY, *l'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, 2016, p. 1545 — G. MARAIN, *Nature des devoirs issus de la proposition relative à la vigilance*, LPA, 2016, p. 6, spéc. n° 9.

³¹⁹ Cour de cassation, Chambre Civile 3ème, 11 mai 2011, n° 10-11.713, D. 2011. 1482 ; RDI 2011. 405, obs. P. Malinvaud ; Cour de cassation, Chambre Civile 3ème, 7 octobre 2009, n° 08- 17.620, D. 2010. 1103, chron. F. Nési ; RDI 2009. 650, obs. P. Malinvaud ; Cour de cassation, Chambre civile 3ème, 26 mai 2006, n° 05-10.859, RDI 2006. 378, obs. P. Malinvaud

³²⁰ C. THIBIERGE, *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir*, in *Recueil*, Dalloz, 2004, p. 577.

³²¹ G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *Recueil*, Dalloz, 2017, p. 1610.

C. « UN LIEN DE CAUSALITÉ : UNE PREUVE MALAISÉE »

Juridiquement, le lien de causalité correspond au « lien de cause à effet entre la faute d'une personne ou le rôle d'une chose et le préjudice subi par un tiers. Plusieurs facteurs pouvant intervenir dans la réalisation d'un dommage, la doctrine s'est efforcée de préciser cette notion ; on a parfois soutenu que tout fait en l'absence duquel le dommage n'aurait pas eu lieu à une valeur causale (théorie de l'équivalence des conditions) ; mais on a dit, à l'inverse, qu'il fallait rechercher la cause adéquate, c'est-à-dire celle qui, normalement, est de nature à provoquer le dommage considéré »³²². Autrement dit, les requérants éventuels devront rapporter la preuve d'un lien de cause à effet entre le dommage avéré, actuel ou futur, qu'ils subissent et la faute relevant d'un manquement au devoir de vigilance par la société envers laquelle le recours en responsabilité sera intenté. En effet, dans sa décision du 23 mars 2017³²³, le Conseil Constitutionnel a souligné que la responsabilité des sociétés visées par le devoir de vigilance ne pourrait être engagée que « si un lien de causalité direct est établi entre les manquements qui leur sont reprochés et le dommage ». Il advient que la preuve d'un tel lien de causalité pèse effectivement sur les victimes, le régime étant soumis au droit commun régit par l'article 1245-8 du Code civil qui dispose que « le demandeur doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage » ; une obligation en faveur des entreprises qui laisse présager certaines problématiques pour les victimes quant à l'aboutissement de leurs actions. « *On perçoit, en effet, aisément les difficultés de preuve auxquelles les victimes seront confrontées* » par exemple « *si le dommage résulte d'un dysfonctionnement d'une usine qui est aux mains d'une filiale ou d'un sous-traitant, le lien peut sembler bien lâche avec le défaut de contrôle ou de surveillance de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre qui s'est contentée de passer commande* »³²⁴. Or, telle est normalement la portée du texte que de protéger les victimes d'un lien de causalité faible entre le dommage actuel ou futur qu'elles pourraient

³²² Voir sur ce point : Terme « Causalité », Droit civil, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

³²³ Considérant n° 27, Décision Constitutionnelle n° 2017-750 du 23 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JOFR, 28 mars 2017, n°0074.

³²⁴ G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *Recueil*, Dalloz, 2017, p. 1610.

subir d'un manquement de prévention d'une société mère ou une entreprise donneuse d'ordre peu consciencieuse en matière de droits fondamentaux, cela dans l'objectif qu'elles ne puissent pas déresponsabiliser les atteintes de leurs stratégies économiques à travers leurs prestataires, tout au long de leur chaîne d'approvisionnement, notamment à l'étranger. Alors faut-il voir dans le lien de causalité une difficulté à l'action en responsabilité sur le fondement du devoir de vigilance ; ou, à l'inverse, un assouplissement du lien de causalité à travers la loi relative au devoir de vigilance ? Seule la jurisprudence à venir répondra à cette interrogation bien que certains auteurs mentionnent plusieurs pistes à explorer pour garantir l'effectivité de l'action en responsabilité pour manquement au devoir de vigilance. À titre d'illustration, un auteur fait référence à la notion de « rôle actif » qui a été retenue pour engager la responsabilité des commerçants intermédiaires de plateforme internet en vertu de l'obligation de diligence³²⁵ ; alors que d'autres proposent l'utilisation du mécanisme de présomption de causalité en raison de la fonction préventive du devoir de vigilance, une solution qui a déjà été mise en œuvre par la jurisprudence dans le cadre d'autres hypothèses de responsabilité³²⁶. Dès lors que les requérants potentiels parviennent à réunir la faute de l'entreprise, un dommage ainsi qu'un lien de causalité entre ces derniers, il est nécessaire d'analyser les conditions d'action en responsabilité en vertu du devoir de vigilance afin de déterminer s'ils disposent effectivement d'un recours, en fonction de leur qualité, et la procédure adéquate à suivre.

³²⁵ CJUE, 12 juillet 2011, n° C-324/09, eBay, V. note, P.-Y. Gautier, De l'éventuel « rôle actif » des opérateurs internet dans la réalisation du dommage, D. 2011. 2054 ; F. Terré, Être ou ne pas être responsable, À propos des prestataires de services par internet, JCP 2011. 1175, spéc. n° 12.

³²⁶ Pour aller plus loin, voir : G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *Recueil*, Dalloz, 2017, p. 1610.

PARAGRAPHE 2ND : LE RÉGIME DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CONTRE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE

Toute responsabilité s'associe à des actions permettant de la mettre en œuvre afin d'en garantir l'effectivité et d'obtenir réparation d'un dommage de la part d'une juridiction. La loi relative au devoir de vigilance, via sa transcription dans les articles L.225-102-4 et L.225-102-5 du Code de commerce, distingue la faculté de mise en demeure et d'injonction des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre en exécution de leur obligation de vigilance d'une part, ainsi que l'action en responsabilité permettant aux victimes d'obtenir la réparation d'un dommage subi en raison d'un manquement au devoir de vigilance d'autre part.

I. L'ACTION QUANT À L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION TENANT AU DEVOIR DE VIGILANCE DE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE

Outre l'action en responsabilité pour réparer un dommage survenu en raison d'un manquement au devoir de vigilance, le législateur « *a prévu un préalable à l'action en justice : une mise en demeure suivie éventuellement d'une injonction de se mettre en conformité avec les nouvelles obligations mises à la charge des entreprises* »³²⁷. En effet, l'article L.225-102-4 dispose que « lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter ». Les termes de cette disposition laissent de nombreux questionnements en suspens concernant les conditions concrètes de mise en œuvre effective de ces procédures.

Concernant le premier volet, c'est-à-dire la possibilité de mettre en demeure la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre d'exécuter ses obligations de prévention, une première anomalie juridique apparaît. En effet, la mise en demeure n'est envisagée par le code civil que dans le cadre d'une relation contractuelle et s'applique, conformément à l'article 1344 comme suit : « le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant

³²⁷ G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *Recueil*, Dalloz, 2017, p. 1610.

interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation »³²⁸. En revanche, dans le cadre de l'obligation de vigilance, il s'agit pour les requérants potentiels d'un droit issu de la loi et non d'une convention ; la mise en demeure ne relevant de ce fait, aucunement, d'une exécution de payer mais d'exécuter une obligation légale. Ensuite, « rien n'est dit quant aux auteurs d'une mise en demeure éventuelle : s'agit-il nécessairement d'un juge ? D'une administration ? De toute personne justifiant d'un intérêt à agir ? »³²⁹. Matériellement, l'emploi de la forme passive dans la rédaction de cette disposition ne permet pas de déterminer de manière incontestable les titulaires de cette faculté de mise en demeure des entreprises soumises au devoir de vigilance. L'analyse des termes de la disposition permet uniquement d'en déduire des hypothèses vraisemblables par la référence aux intervenants du recours d'injonction intervenant par la suite. Il paraît difficilement concevable que la juridiction qui aura compétence pour enjoindre les entreprises à s'exécuter puisse de sa propre initiative, autrement dit s'autosaisir quant à l'établissement d'une mise en demeure, ou bien constituer une institution de surveillance de l'application du devoir de vigilance ; ceci n'est ni mentionné par le texte, ni dans les attributions générales d'une juridiction. De ce fait, il est possible d'en conclure que la mise en demeure peut être réalisée à l'initiative de « toute personne justifiant d'un intérêt à agir », renvoyant de manière large à tout justiciable pouvant légitimement estimer qu'il a intérêt à l'exécution d'un plan de vigilance par les entreprises qui y sont soumises ; et qui pourront ensuite en demander l'exécution en saisissant le juge d'une demande d'injonction, une ouverture encore plus large que pour l'action en responsabilité puisque les enjeux diffèrent entre l'exécution de la prévention et la réparation d'un dommage.

³²⁸ « Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, telle une lettre missive lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure », Article 1344 (Anc. 1139), Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

³²⁹ CMS, BUREAU F. LEFEBVRE, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in CMS, 29 mars 2017, <https://cms.law/fr/FRA/Publication/Loi-relative-au-devoir-de-vigilance-des-societes-meres-et-des-entreprises-donneuses-d-ordre>.

Pour ce qui est de l'action visant à enjoindre les sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre d'exécuter leurs obligations, « *le juge pourra également ordonner sous astreinte à la société d'établir le plan de vigilance, d'en assurer la communication au public et de rendre compte de sa mise en œuvre (L. 225-102-4 II). Cette action sera ouverte devant la juridiction compétente – en l'occurrence, il s'agirait du tribunal de commerce – ainsi que par la voie des référés, devant le président du tribunal* »³³⁰. Cette fois-ci, et de manière singulière, il n'y a pas réellement d'ambiguïté, le texte visant expressément l'ouverture du recours en injonction à toute personne justifiant d'un intérêt à agir. Il est nécessaire de relever le délai octroyé aux sociétés mères et aux entreprises donneuses d'ordre, à compter de la mise en demeure, pour exécuter leurs obligations de prévention. Certes, ce délai constitue *per se* une dérogation dans le sens où l'entreprise en question aurait dû s'exécuter en amont dès l'entrée en vigueur de la réglementation, mais il convient d'observer que trois mois peuvent sembler tantôt long pour les victimes potentielles et/ou leurs représentants quant aux risques d'atteintes qui pèsent sur ces derniers ; tantôt court pour les entreprises que ce soit en terme de mise en œuvre d'un tel plan de vigilance au sein de la gouvernance de l'organisation, ou bien de devoir y contraindre une entreprise juridiquement autonome relevant de sa sphère d'influence. Par ailleurs, d'un point de vue purement juridique relevant du droit de la procédure civile, « *cette nouvelle injonction de faire prévue par la loi paraît, à plusieurs titres, se distinguer de l'injonction de faire prévue par les articles 1425-1*³³¹ *et suivants du code de procédure civile* ». Cette procédure est effectivement à nouveau « *ouverte qu'aux contractants, or aucun lien contractuel n'unira, dans l'immense majorité des cas, les entreprises assujetties au devoir de vigilance et les victimes de la violation des atteintes envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes et l'environnement. En outre, il est spécifiquement prévu par le texte que cette injonction de faire peut être prononcée sous astreinte, alors que les articles 1425-1 et*

³³⁰ P.L. PERIN, *Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, Dalloz, juin 2015, p. 215 et s.

³³¹ « *L'exécution en nature d'une obligation née d'un contrat conclu entre des personnes n'ayant pas toutes la qualité de commerçant peut être demandée au tribunal d'instance lorsque la valeur de la prestation dont l'exécution est réclamée n'excède pas le taux de compétence de cette juridiction* », Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

suivants ne prévoient pas d'astreinte »³³². À l'image de la mise en demeure, la loi relative au devoir de vigilance met encore une fois une procédure réservée aux relations contractuelles à portée de toute personne ayant un intérêt à agir ; un rapprochement avec la notion de responsabilité sociale de l'entreprise qui prône l'intégration de toutes les parties prenantes de l'environnement de l'organisation à sa gouvernance, dans l'idée d'un contrat social entre l'entreprise et ses parties prenantes quant à la prévention des atteintes graves aux risques régis par la loi du 27 mars 2017.

Néanmoins, de manière générale aux deux procédures dont il a été question précédemment, la loi est particulièrement ambiguë quant à la portée de ces poursuites envers l'action en responsabilité qui intervient également. Matériellement, de nombreux auteurs s'interrogent sur l'imbrication des procédures entre elles dans le sens où : « *cette injonction est-elle un préalable obligatoire à l'action en responsabilité des victimes et des personnes qui ont un intérêt à agir ou est-elle, comme en droit commun, une simple option qui leur est ouverte ? L'emploi du mot « peut » ferait pencher pour la seconde solution, mais celle-ci semble retirer tout intérêt à la disposition commentée* »³³³. En réalité, la rédaction des articles L.225-102-4 et L.225-102-5 du Code de commerce, tels qu'ils sont issus des dispositions de la loi du 27 mars 2017, traduit probablement la volonté du législateur et répond à cette interrogation. D'une part, le texte ne précise pas de lien entre les procédures de mise en demeure et d'injonction d'exécution des obligations relatives au devoir de vigilance ainsi que celle relevant de l'action en responsabilité ; une absence de hiérarchisation des procédures et de conditions qui est probablement le simple reflet d'une volonté de ne pas conditionner l'action en responsabilité à l'accomplissement d'une mise en demeure et/ou d'une injonction d'exécution préalable. Ensuite, le fait que, d'un point de vue rédactionnel, le choix ait été fait de les rédiger respectivement dans deux articles différents, la mise en demeure et l'injonction dans l'article L.225-102-4 et l'action en responsabilité dans l'article L.225-102-5, peut traduire la volonté du législateur de ne pas les subordonner. Effectivement, l'article L.225-102-5 est consacré aux

³³² G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *Recueil*, Dalloz, 2017, p. 1610.

³³³ G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *Recueil*, Dalloz, 2017, p. 1610.

dispositions relatives à l'action en responsabilité ; ainsi, le choix ou l'action omnisciente du législateur de ne pas faire référence aux procédures de mise en demeure et d'injonction dans cet article, voire de les exclure en les rédigeant dans l'article L.225-102-4, peut tout simplement refléter la distinction, l'absence de lien entre les deux actions. En vertu d'un tel raisonnement, la conclusion voudrait que les titulaires de l'action en responsabilité ne soient pas tenus, de manière obligatoire pouvant conduire à une fin de non-recevoir, de mettre en demeure et d'enjoindre l'entreprise pour agir en responsabilité à son encontre. Par ailleurs, ce choix de distinction entre les deux procédures précédentes peut également être la traduction de deux objectifs différents. En effet, la mise en demeure et l'injonction d'exécuter les obligations relatives au devoir de vigilance ont principalement pour effet de contraindre l'entreprise à mettre en œuvre un plan de prévention ; à l'inverse, l'action en responsabilité vise à réparer un dommage résultant d'un manquement aux obligations de prévention. Dans ce sens, contraindre les requérants à mettre en demeure l'entreprise de s'exécuter alors qu'un dommage est déjà survenu avant de pouvoir obtenir réparation n'aurait pas de sens.

II. L'ACTION EN RESPONSABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE EN CAS DE MANQUEMENT À L'OBLIGATION DE VIGILANCE

La loi relative au devoir de vigilance permet aux victimes potentielles d'intenter une action en responsabilité à l'encontre des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre afin d'obtenir la réparation d'un dommage résultant d'un manquement à leurs obligations de prévention. Il reste néanmoins à déterminer, de manière plus précise, *qui* détient une telle capacité à agir en responsabilité sur le fondement du devoir de vigilance, c'est-à-dire qui sont les titulaires de ce recours ayant un intérêt à agir ; mais il s'agit également, dès lors que les titulaires sont identifiés, de définir devant quelle juridiction ces derniers pourront faire reconnaître leurs droits.

A. LA CAPACITÉ À AGIR EN RESPONSABILITÉ CONTRE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE

« L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter

le bien-fondé de cette prétention »³³⁴. Dans ce sens, la loi consacrant le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre instaure un recours possible en cas de manquement aux obligations de prévention prescrites afin de pouvoir contraindre lesdites entreprises à respecter leurs obligations et/ou réparer les dommages survenus. Néanmoins, la question qui se pose est de déterminer qui, concrètement, peut engager une telle action en responsabilité. L'article L.225-102-5 du Code de commerce dispose de manière générale que « l'action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente *par toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin* »³³⁵. Une formulation qui mérite de s'intéresser à deux éléments de manière distinctive, les titulaires de l'action d'une part, ainsi que les caractéristiques de l'intérêt à agir.

*« Qui sont donc les personnes ainsi visées par le nouveau texte ? Ce sont, bien entendu, les victimes directes et les victimes par ricochet des dommages causés par le non-respect des obligations de vigilance prévues par le texte. Elles agiront individuellement ou éventuellement, en cas d'atteinte à la santé ou à l'environnement, par la voie de l'action de groupe, si les conditions prévues par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 « de modernisation de la justice du XXIe siècle » sont réunies »*³³⁶. Une action que ne posera pas de difficultés particulières pour les victimes de nationalité française mais qui peut s'avérer ne pas être d'un grand secours pour les victimes, directes ou par ricochet, étrangères. En effet, les victimes françaises disposent déjà de nombreux recours pour faire reconnaître leurs droits, notamment ceux visés par le texte qui vient consacrer un devoir supplémentaire de prévention de ces droits. À l'inverse, la véritable portée du texte est d'étendre la protection des atteintes graves aux droits encadrés par le devoir de vigilance au-delà des frontières nationales par des entreprises françaises ou celles relevant de leur sphère d'influence. Déjà encore faudrait-il que les victimes, potentiellement à l'opposé de la planète, aient connaissance du fait qu'elles disposent d'un tel droit et qu'elles soient en mesure de le revendiquer dans le sens où ce n'est pas si aisé d'intenter

³³⁴ Article 30, Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

³³⁵ Article L225-102-5 du Code de commerce.

³³⁶ G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *Recueil*, Dalloz, 2017, p. 1610.

une action, tant en termes de moyens juridiques, économiques et sociaux, dans un pays éloigné qui n'est pas le sien, surtout que les atteintes graves se réalisent fréquemment à l'encontre de populations démunies. En conséquent, il est raisonnable d'émettre l'hypothèse que les actions seront principalement intentées par des organismes dont l'objet est de protéger les victimes potentielles de toute qualité d'un manquement au devoir de vigilance et/ou d'une violation des droits qu'il préserve. En effet, « *les titulaires de l'action en responsabilité pour manquement au devoir de vigilance sont aussi potentiellement des associations et des syndicats* » selon « *la conception que le droit français retient de l'intérêt à agir, l'objet statutaire de chaque association qui permettra de déterminer si elle a ou non intérêt à agir* » dont on sait que « *l'évolution du droit positif français a conduit à élargir progressivement les conditions de l'action des associations en défense d'un intérêt collectif* »³³⁷. Il advient que le rôle que ces organisations ont joué dans l'adoption de la loi relative au devoir de vigilance ne s'arrêtera pas là, et s'étendra à veiller à l'application effective de ce texte à la portée prometteuse en matière de responsabilisation des acteurs économiques vis-à-vis de leur environnement à l'échelle mondiale.

À ce propos, conformément au droit commun de la procédure civile, la loi exige que le titulaire de l'action qui met en œuvre la responsabilité d'une société mère ou d'une entreprise donneuse d'ordre ait un intérêt à agir. Celui-ci représente une « condition de recevabilité de l'action consistant dans l'avantage que procurerait au demandeur la reconnaissance par le juge du bien-fondé de sa prétention »³³⁸; le défaut d'un tel intérêt à agir est constitutif d'une fin de non-recevoir que le juge peut relever d'office et donc mettre un terme prématuré à l'action potentielle d'une victime ou d'une association. Matériellement, l'intérêt à agir doit recouvrir des caractéristiques fondamentales, celui-ci devant être personnel, direct, né et actuel³³⁹ ; autrement dit, la partie requérante doit : établir qu'elle a vocation à profiter personnellement de l'avantage

³³⁷ G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Op. Cit.

³³⁸ Voir sur ce point : Terme « Intérêt à agir », Procédure – Principes généraux, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

³³⁹ Article 31, Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

d'une action ; se demander si elle est susceptible d'avoir un droit (fondements juridiques légitimes) ; se prévaloir d'un manquement ou d'un dommage né, et non simplement potentiel, en l'occurrence celui-ci peut s'entendre d'un dommage existant ou futurs ; et que le dommage soit actuel, c'est-à-dire que le manquement n'ait pas été résorbé, ni le dommage déjà réparé, de manière conventionnelle par exemple. Dès lors que ces conditions sont réunies, les victimes potentielles et/ou leurs représentants peuvent intenter une action en responsabilité délictuelle à l'encontre des sociétés mères ou entreprises donneuses d'ordre pour obtenir la réparation d'une atteinte grave envers les droits protégés par le devoir de vigilance. Néanmoins, bien qu'elles puissent agir, encore faut-il déterminer quel juge les victimes potentielles directes ou indirectes peuvent saisir de leur requête pour faire valoir leurs droits.

B. LA COMPÉTENCE POUR TRANCHER UN LITIGE RELEVANT D'UNE ACTION EN RESPONSABILITÉ CONTRE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE

Dès lors que les personnes pouvant agir en responsabilité contre la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre, intégrant une petite et moyenne entreprise dans sa sphère d'influence, sont identifiées, il s'agit maintenant de déterminer devant quelle juridiction cette action pourra être engagée. Pour cela, les dispositions de l'article L.225-102-5 du Code de commerce sont succinctes et ne mettent pas en œuvre d'exceptions en décrétant que « ***l'action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente*** par toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin »³⁴⁰. Matériellement, en ne faisant pas référence à une juridiction particulière dans ses dispositions, le législateur désigne, par son absence de précision, l'application pure et simple du régime de droit commun. Un régime qui renvoie aux règles de compétence d'attribution, qualifiant le tribunal compétent pour trancher le litige en fonction de la matière du litige ; mais également territoriale, désignant l'instance géographiquement compétente. De ce fait, conformément aux dispositions de l'article L.721-3 du Code de commerce³⁴¹ qui définit les compétences concernant des contestations relatives aux sociétés

³⁴⁰ Article L225-102-5 du Code de commerce.

³⁴¹ « Les tribunaux de commerce connaissent : 1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux ; 2° De celles relatives aux sociétés commerciales ; 3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. Toutefois, les parties peuvent,

commerciales, l'action en responsabilité contre la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre relèvera de la compétence du tribunal de commerce. Concernant la compétence géographique, il faut se référer aux dispositions de l'article 42 du Code de procédure civile qui veulent que « la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur »³⁴². Une règle de compétence à complétée en l'espèce concernant les sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, en tant que personne morale, par l'article 43 du Code de procédure civile qui définit le lieu où demeure le défendeur en fonction de la personnalité juridique de celui-ci. Ainsi, s'il s'agit d'une personne morale, le lieu de demeure doit s'entendre du lieu où celle-ci est établie³⁴³ ; autrement dit, la personne disposant d'un intérêt à agir devra saisir la juridiction relevant du lieu d'établissement du siège social de la société défenderesse. Des règles de compétence qui s'appliquent aussi bien aux recours portés devant les juridictions en droit interne qu'en droit international. Par ailleurs concernant le droit communautaire européen, la même solution régie par l'article 4 du Règlement de Bruxelles I³⁴⁴ va s'appliquer en désignant la juridiction de l'État dans lequel celles-ci sont domiciliées ; or, le devoir de vigilance ne contraignant que les sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre française, le recours ne pourra être portée devant une juridiction étrangère. En conclusion, « *lorsque l'action en responsabilité opposera une victime, qu'elle soit française ou étrangère, à une société française, elle devra donc normalement être portée devant le tribunal de commerce du siège social de la société défenderesse* »³⁴⁵, cela qu'elle que soit l'entreprise ayant commis un

au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées », Article L.721-3 du Code de commerce.

³⁴² Article 42, Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

³⁴³ Article 42, Op. Cit.

³⁴⁴ « 1. Sous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre. 2. Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'État membre dans lequel elles sont domiciliées sont soumises aux règles de compétence applicables aux ressortissants de cet État membre », Article 4, Règlement (UE) n° 1215/2012 — Refonte (Bruxelles I bis).

³⁴⁵ G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *Recueil*, Dalloz, 2017, p. 1610.

manquement au devoir de vigilance le long de la chaîne d’approvisionnement relevant de la sphère d’influence de la société mère ou de l’entreprise donneuse d’ordre.

Néanmoins, quelques difficultés et ambiguïtés juridiques subsistent quant à l’application concrète d’une telle action au regard de la portée que véhicule le texte de loi relatif au devoir de vigilance. En réalité, « *on soulignera que les suites de la loi sur le devoir de vigilance restent aujourd'hui incertaines* », par exemple « *lorsque le dommage se produira à l'étranger, ce qui est l'hypothèse à laquelle les auteurs du texte commenté ont principalement songé, l'application de celui-ci sera paralysée par le principe selon lequel, en matière extracontractuelle, la loi compétente est celle du lieu de survenance du dommage*³⁴⁶, principe qui n'est écarté au profit de la loi du for que par les « lois de police ». Or il n'est nullement évident que cette qualification puisse être appliquée à la loi du 27 mars 2017, ce qui crée un doute sérieux quant à la portée réelle de la réforme »³⁴⁷. Une difficulté qui pourrait être détournée par les juges saisis d’une telle action grâce à l’exception d’ordre public international ; c’est-à-dire « une notion particulariste d'un État ayant pour effet de rejeter toute règle ou décision étrangère qui entraînerait la naissance d'une situation contraire aux principes fondamentaux du droit national. En matière de conflit de lois, le juge français peut s'abriter derrière l'ordre public pour écarter une loi étrangère normalement applicable, lorsque son application porterait atteinte aux règles constituant les fondements politiques, juridiques, économiques et sociaux de la société française »³⁴⁸. Et justement, bien qu’il soit difficile de donner une définition précise du contenu de l’ordre public international français, celui-ci est « *présenté comme un ensemble de valeurs intangibles et supérieures, qui mêle des intérêts généraux (ou publics), comme des intérêts politiques, moraux,*

³⁴⁶ La compétence de la « *lex loci delicti* » en matière extracontractuelle a été affirmée d'abord par la jurisprudence, puis confirmée par l'art. 4 Règl. Rome II (864/2007, 11 juill. 2007) sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, 3e éd., 2008, n°180-1 à 180-3.

³⁴⁷ G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *Recueil*, Dalloz, 2017, p. 1610.

³⁴⁸ Voir sur ce point : Terme « *Ordre public* », *Droit international privé*, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

économiques et sociaux »³⁴⁹; un ensemble de valeurs³⁵⁰ qui comprend notamment les droits relatifs à la protection de la personne et de la dignité humaine. En effet, dans son arrêt du 10 mai 2006³⁵¹ « la Cour de cassation se réfère à l'ordre public international français pour admettre la compétence du juge français alors que les liens de rattachement avec le territoire français étaient ténus (voire inexistant), la Haute juridiction est venue préciser que certains textes internationaux protecteurs des droits de l'homme font partie intégrante du corpus de valeurs et principes constitutifs de l'ordre public international français »³⁵². Lors de cette décision, la Cour a intégré les droits reconnus notamment dans la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (CESDH), du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, des conventions de l'Organisation Internationale du Travail, etc. De ce fait, par l'ambition portée par le devoir de vigilance de prévenir et réparer les atteintes graves aux droits fondamentaux, à la sécurité et la santé des personnes ainsi qu'à l'environnement du fait des entreprises françaises en France comme à l'étranger, l'exception d'ordre public international français pourrait raisonnablement être invoqué par les demandeurs mais également, vraisemblablement être accueilli par les juges afin de garantir l'effectivité de la loi du 27 mars 2017. Il reste que si la responsabilité civile délictuelle de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre est retenue en raison d'un manquement de l'une de ses filiales ou sous-traitantes, ces dernières en subiront certainement des conséquences par ricochet.

³⁴⁹ M.L. NIBOYET et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, L.G.D.J., 2007, n°307.

³⁵⁰ Cour de cassation, Chambre civile, 25 mai 1948, Lautour, Rev.Crit.1949. 89, note Batiffol, D. 1948.357, note P.L; S.1949.1.21, note Niboyet, J.C.P.1948.II.4532, note Vasseur.

³⁵¹ COUR DE CASSATION, *Communiqué annexé à l'arrêt Soc., 10 mai 2006, Moukarim*, Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, consultable à : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arrets_577/communiqu%C3%A9_8860.html.

³⁵² R. DI NOTO et VILLAGE DE LA JUSTICE, *L'ordre public international en droit internationaux privés français et allemand*, 23 avril 2009, <https://www.village-justice.com/articles/ordre-public-international-droit,5354.html>.

SECTION 2^{NDE} : LA PROSPECTIVITÉ JURIDIQUE D'UNE RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE PAR RICOCHET DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE

Le champ d'application réel de la loi relative au devoir de vigilance de s'arrête pas aux sociétés mères et aux entreprises donneuses d'ordre, mais c'est également l'affaire de toutes les entreprises qui entrent dans leur sphère d'influence de manière indirecte. Il va donc s'agir de déterminer dans quelle mesure, ainsi que par quels procédés, les petites et moyennes entreprises faisant parties de la sphère d'influence d'une grande entreprise soumise au devoir de vigilance seront impactées par les obligations que celle-ci met à leur charge. Il advient que le procédé le plus plébiscité par les professionnels du droit, de manière prospective en raison du manque de recul pratique tenant à l'entrée en vigueur récente de cette réglementation, se traduit par la mise en œuvre d'obligations contractuelles entre les organisations tout au long de la chaîne d'approvisionnement de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre. Des obligations contractuelles qui, dans l'hypothèse d'une violation, et donc d'un manquement au devoir de vigilance par une petite et moyenne entreprise peut engager sa responsabilité contractuelle, cela avec les conséquences négatives des sanctions potentielles qu'elle constitue. Des nouvelles obligations de gestion des risques à la charge des petites et moyennes entreprises qui doivent absolument être intégrées dans leur management des risques en ce qu'elles sont porteuses de nouveaux risques juridiques pour les organisations concernées.

PARAGRAPHE 1^{ER} : L'INSTAURATION INDIRECTE D'UNE RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE CONTRE LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES EN CAS DE MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE

Malgré la responsabilité civile délictuelle prévue par l'article L.225-102-5 du Code de commerce quant au manquement au devoir de vigilance de la part d'une société mère ou d'une entreprise donneuse d'ordre visée par l'article L.225-102-4, celui-ci étend l'obligation de ces entreprises à toutes les organisations de leur sphère d'influence sans préciser les modalités de cette extension implicite du devoir de vigilance. Une extension dont l'application concrète est laissée à l'appréciation des grandes entreprises dans le cadre de leurs relations contractuelles avec leurs prestataires commerciaux mais dont l'exécution de ses nouvelles obligations sera

soumise à un régime de responsabilité contractuelle tributaire de la réunion de certaines conditions.

I. LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE SOUS-JACENTE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES EN MATIÈRE DE DEVOIR DE VIGILANCE ENVERS LES ENTREPRISES DONNEUSES D'ORDRE

Les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre devant répondre de manière générale de leur plan de vigilance mais également de celui mis en œuvre par leurs filiales et partenaires commerciaux, celles-ci vont établir des dispositifs, notamment contractuels, leur permettant de s'assurer de l'effectivité de l'institution d'une gestion des risques au sein de leur gouvernance par l'exposition de leur responsabilité contractuelle en cas d'inexécution.

A. LA CONSTITUTION DE NOUVELLES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES À L'ENCONTRE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

Il est légitime à ce stade de la contribution de s'interroger sur le lien entre le devoir de vigilance issu de la loi du 27 mars 2017 pouvant engager la responsabilité des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre pour manquement à leurs obligations de prévention des risques, suivant le régime analysé précédemment, et les petites et moyennes entreprises auxquelles cette contribution est destinée. Matériellement, compte tenu des dispositions suivantes : « le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves (...), résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que *des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation* »³⁵³, il est légitime de partir du postulat que le devoir de vigilance ne sera pas que l'affaire des grandes entreprises mais qu'il sera étendu aux petites et moyennes entreprises entretenant des relations commerciales avec les entreprises donneuses d'ordre tout au long de leur chaîne

³⁵³ Article L.225-102-4 du Code de commerce.

d'approvisionnement³⁵⁴. La véritable question qui se pose maintenant est celle de la détermination de la façon dont les petites et moyennes entreprises vont être impactées par ce texte de loi et les obligations qu'il instaure. Il advient que le contrat, en tant qu'outil juridique au centre de toutes les relations entre les entreprises donneuses d'ordre et les petites et moyennes entreprises qui font partie de leurs sphères d'influence, soit la voie privilégiée de la diffusion de leurs obligations de prévention au sein du groupe d'entreprise, dont les frontières ont été redéfinies pour l'application du devoir de vigilance. Les PME vont, de ce fait, très probablement être confrontées à l'adjonction de nouvelles obligations contractuelles quant à la gestion des risques, que ceux-ci leurs soient propres ou résultent de l'activité du groupe dans son ensemble, mais également au contrôle de l'application effective d'un plan de vigilance que les grandes entreprises sont tenues d'opérer envers leurs prestataires commerciaux.

1) LE CONSENTEMENT À DES OBLIGATIONS DE GESTION DES RISQUES

La loi étant récente, son application concrète par les entreprises visées relève encore de l'émission de simples hypothèses ; néanmoins, la voie contractuelle pour la généralisation d'un plan de vigilance au sein du groupe d'organisations relevant d'une entreprise donneuse d'ordre est plébiscitée par de nombreux auteurs et praticiens du droit des affaires. *Alors de quelle façon les grandes entreprises pourraient intégrer la mise en œuvre d'un plan de prévention, tel qu'il est exigé par la loi relative au devoir de vigilance, dans le cadre des relations contractuelles entretenues avec les petites et moyennes entreprises ?* L'adjonction de clauses contractuelles ou de documents à valeur contractuelle annexés au contrat de vente et/ou de service pourrait être envisagée. En effet, des clauses contractuelles, ou des documents contractuels, pourraient être insérés dans les relations d'affaire entre les différentes entreprises, contraignant via une obligation contractuelle, les PME à adopter une gouvernance par la gestion des risques. Par exemple, via la signature par le représentant de la PME d'un contrat comportant une clause disposant de manière générale que celui-ci s'engage à établir une cartographie des risques d'atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, envers la santé et la

³⁵⁴ La démonstration permettant de retenir ce postulat a été présentée précédemment, voir sur ce point : le premier paragraphe de la section relative aux champs d'application de la responsabilisation par la gouvernance du risque juridique des petites et moyennes entreprises, p. 83.

sécurité des personnes, mais également envers l'environnement ; ainsi qu'à l'adoption de mesures de traitement permettant la mise en œuvre d'actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves. En effet, « *en l'état, une PME soumise à ces demandes n'aura parfois pas d'autres choix que d'adhérer à ces principes en signant des engagements écrits. Or, une telle réponse peut réduire à néant l'intérêt de la démarche d'éthique et de compliance pour l'ensemble des partenaires, la réduisant à un échange hypocrite de documentation sans portée* »³⁵⁵ qui pourraient être à l'origine, par la suite, de nombreux contentieux entre les partenaires commerciaux dans l'hypothèse de la réalisation d'un risque. Par ailleurs, le texte prévoit également que « le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale »³⁵⁶. Dans ce sens, les représentants pourraient être contractuellement contraint de participer à des assemblées regroupant les parties prenantes du groupe d'organisations pour établir un plan de vigilance à l'échelle globale sollicitant des initiatives pluripartites.

2) LE CONSENTEMENT À L'IMMIXTION DE L'ENTREPRISE DONNEUSE D'ORDRE DANS LA GOUVERNANCE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

Les obligations contractuelles qui pourraient contraindre les petites et moyennes entreprises d'établir un tel plan de vigilance ne s'arrêtent pas à l'établissement d'une cartographie des risques et à l'adoption de mesures de traitement des risques identifiés ; mais pourraient également instaurer un pouvoir de contrôle de leur exécution de la part des grandes entreprises cocontractantes. En effet, la loi impose aux sociétés mères et aux entreprises donneuses d'ordre de mettre en œuvre « des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques » ; ainsi qu'un « dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité »³⁵⁷. Il ne s'agira donc pas

³⁵⁵ T. LEMAITRE, *Devoir de vigilance des grandes entreprises : quelles conséquences pour les ETI et les PME ?*, in *Les petites affiches*, Droit édition, 4 juin 2015.

³⁵⁶ Article L.225-102-4 du Code de commerce.

³⁵⁷ Article L.225-102-4 du Code de commerce.

simplement pour les grandes entreprises de contraindre leurs prestataires commerciaux à mettre en œuvre le plan de vigilance, mais également de s'assurer personnellement et régulièrement de l'effectivité de leur gestion des risques. Des dispositions qui, sans le dire tel quel, instaure implicitement un lien de subordination des prestataires commerciaux, notamment des petites et moyennes entreprises envers les entreprises donneuses d'ordre. Un pouvoir qui peut sembler plus ou moins anodin dans les relations entre les sociétés mères et leurs filiales, laquelle détenant déjà un pouvoir juridique et économique sur ses filiales ; mais qui soulève d'avantage d'interrogation, voire d'inquiétude, dans les relations entre PME et entreprises donneuses d'ordre. Un lien de subordination qui créerai un pouvoir d'immixtion des entreprises donneuses d'ordre dans la gouvernance des PME et leur octroierai un droit de regard et de contrôle sur la manière de gérer les risques de l'entreprise ; cela par la voie du consentement à une clause contractuelle prévoyant un tel droit des grandes entreprises et qui serait accepté par les dirigeants de PME. Ainsi, « *s'il peut sembler difficile pour certaines entreprises de justifier, auprès de partenaires de taille plus importante, de la mise en place de mesures qui ne seraient pas proportionnées à leurs moyens, les (PME) doivent néanmoins comprendre que les grandes entreprises ne prendront plus aucun risque à ce sujet* »³⁵⁸. Cela dans le sens où les grandes entreprises, tantôt ne prendront potentiellement pas le risque de contracter avec des PME qui refuseraient de telles conditions ; tantôt n'hésiteront pas à engager la responsabilité contractuelle des PME pour mauvaise, ou inexécution de leurs nouvelles obligations.

B. LA FORMATION D'UNE RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

En effet, qui dit obligations contractuelles, dit engagement de la responsabilité contractuelle des parties contractantes dans l'hypothèse d'une mauvaise, ou d'une inexécution, desdites obligations contractuelles. Matériellement, le code civil prévoit que « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : (1) refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; (2) poursuivre l'exécution forcée en nature de

³⁵⁸ T. LEMAITRE, *Devoir de vigilance des grandes entreprises : quelles conséquences pour les ETI et les PME ?*, in *Les petites affiches*, Droit édition, 4 juin 2015.

l'obligation ; (3) solliciter une réduction du prix ; (4) provoquer la résolution du contrat ; (5) demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter »³⁵⁹. Autrement dit, la responsabilité contractuelle est une « obligation de verser des dommages et intérêts pesant sur le contractant soit à raison de l'inexécution de son obligation, soit à raison de son retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne peut justifier son empêchement par une cause étrangère. Seuls sont indemnisables les dommages prévus ou prévisibles lors de la conclusion du contrat et qui constituent une suite immédiate et directe de l'inexécution »³⁶⁰. Dans ce sens, dès lors que les PME n'exécuteraient pas, ou de manière insuffisante, leurs obligations contractuelles en matière de gestion des risques ; celles-ci pourraient y être contrainte juridiquement par les grandes entreprises via *le recours en responsabilité contractuelle*. En effet, l'article 1217 du Code civil cité précédemment prévoit différentes possibilités pour obtenir l'exécution des obligations contractuelles de l'une ou l'autre des parties. L'octroi de dommages et intérêts pourrait intervenir lors de la survenance d'un dommage qui résulterait d'un manquement des petites et moyennes entreprises, dans un second temps ; néanmoins, concernant l'objet des obligations relatives au devoir de vigilance, vis-à-vis de leur dessein substantiellement préventif, les grandes entreprises pourraient préférer poursuivre leur exécution en nature, ne laissant d'autre choix aux PME que la mise en œuvre effective d'un plan de prévention.

Par ailleurs, le code civil prévoit des causes d'exonération, qu'elles soient totales ou partielles, à l'engagement de la responsabilité contractuelle d'un débiteur qui ne serait pas en mesure d'exécuter ses obligations qui pourraient susciter des interrogations juridiques devant un juge concernant la gestion des risques. D'une part, concernant *l'exécution forcée en nature*, « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût

³⁵⁹ Article 1217, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

³⁶⁰ Voir sur ce point : Terme « Responsabilité contractuelle », Droit civil, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

pour le débiteur et son intérêt pour le créancier »³⁶¹. Autrement dit, après avoir mis la PME en demeure d'exécuter son obligation de mise en œuvre d'un plan de vigilance, ou certaines de ses modalités en particulier, les grandes entreprises ne pourraient la contraindre à l'exécuter via l'exécution forcée en nature qu'à la condition que celle-ci ne soit pas impossible ou disproportionnée en termes de coûts pour la PME. Et à ce niveau, le texte ne dit rien de l'impossibilité économique pour certaines petites et moyennes entreprises de mettre en place un dispositif qui pourrait répondre de risques minimaux pour des grandes entreprises mais constituer per se un dispositif déjà important pour des PME, notamment étrangères ne répondant pas aux mêmes exigences légales que les entreprises françaises. Les grandes entreprises devront-elles implicitement prendre en charge les coûts nécessaires à l'exécution du plan par ricochet de leurs prestataires commerciaux ? Ou les entreprises ne pouvant pas s'adapter aux obligations de prévention exigées par les grandes entreprises verront-elles leur accès au marché réduit ? La réponse s'apprécie probablement au cas par cas en fonction des liens d'interdépendance économiques qui unissent les différentes organisations, notamment pour des PME qui proposent des compétences ou produits spécifiques par exemple. Ensuite concernant *l'exception de force majeure*, le code civil prévoit qu'il y a « force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur »³⁶². Une force majeure qui suscite raisonnablement une réflexion pragmatique en matière de prévention des risques en raison du dessein même de cette forme de management. En effet, l'essence même d'une gouvernance par la prévention des risques est d'anticiper la survenance d'évènement de force majeure, autrement dit d'évènement facteurs de risques pour l'entreprise, dans le sens où cette catégorie d'exception sera probablement jugée de manière plus stricte par les juges. À ce propos, il va s'agir maintenant de déterminer le régime de la responsabilité contractuelle pour inexécution des

³⁶¹ Article 1221 relatif à l'exécution forcée en nature, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

³⁶² Article 1218 relatif à l'inexécution du contrat, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

obligations de vigilance par une petites et moyennes entreprise envers une entreprise donneuse d'ordre.

II. LE RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE PAR RICOCHET DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

Le recours en responsabilité contractuelle contre une organisation pour violation des obligations contractuelles de gestion des risques envers une entreprise donneuse d'ordre ne peut être ouvert que dans les conditions fixées par son régime. Celui-ci exigeant d'une part la qualification d'une relation contractuelle sujette à l'application du devoir de vigilance, mais également la réunion des éléments caractéristiques de droit commun de la responsabilité. À savoir, la faute de l'entreprise constituée par la violation de ses obligations contractuelles, un dommage certain et direct, ainsi qu'un lien de causalité par lequel le dommage résulte d'une suite immédiate et directe de la violation.

A. LA QUALIFICATION D'UNE RELATION CONTRACTUELLE SOUMISE AU DEVOIR DE VIGILANCE

L'article 1231-1 du Code civil relatif à la responsabilité contractuelle dispose qu'un débiteur peut être condamné, s'il y a lieu, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure³⁶³. Des termes qui signifient que la première des conditions du recours à la responsabilité contractuelle suppose que les deux parties soient liées par une relation contractuelle et que l'objet du litige s'intéresse à la mauvaise, ou l'inexécution d'obligations relatives à un contrat ; un élément qui va permettre de distinguer l'application de la responsabilité civile délictuelle, ou extracontractuelle, de la responsabilité contractuelle. Néanmoins, dans le cadre des obligations du devoir de vigilance, cette seule qualification de relation contractuelle ne suffit pas puisque toutes ne feront pas nécessairement l'objet d'obligations de prévention. En effet, la loi visant uniquement certaines catégories d'entreprises,

³⁶³ Article 1231-1 relatif à l'inexécution du contrat, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

que ce soit directement ou indirectement, toutes les relations commerciales de toutes les petites et moyennes entreprises ne seront pas impérativement concernées par l'obligation de mise en œuvre d'un plan de prévention et de traitement des risques. La loi relative au devoir de vigilance concerne d'une part « toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance ». De même les « sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation »³⁶⁴. L'instauration de nouvelles obligations et l'exposition à la responsabilité contractuelle dont il est question ne concernera donc que certaines petites et moyennes entretenant des relations commerciales avec lesdites entreprises soumises au devoir de vigilance. Néanmoins, le texte voit le domaine d'application du devoir de vigilance de manière particulièrement large puisqu'il vise tacitement toutes les entreprises faisant partie de la sphère d'influence des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre dans le sens où toutes les organisations intégrées à la chaîne de production de ses entreprises sont considérées comme relevant d'un groupe. Il advient qu'à la tête de ce groupe, la société mère ou l'entreprise donneuse d'ordre doit s'assurer de la réalisation d'un plan de vigilance global tout au long de sa chaîne de production. Ainsi les petites et moyennes entreprises qui sous-traitent elles-mêmes des services nécessaires à la réalisation de leurs prestations envers les entreprises donneuses d'ordre pourraient être contraintes d'imposer les mêmes obligations de prévention des risques dans leurs relations contractuelles au nom de l'entreprise à la tête de ce réseau d'organisation liées par un processus de production. Une forme de toile formée par l'intermédiaire de relations commerciales qui permet d'étendre le champ d'application du devoir de vigilance, et donc les relations contractuelles qui seraient concernées par de telles obligations de gestion des risques. Par ailleurs, la loi ne l'interdisant pas, il est légitime d'envisager que les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre, par soucis de coût et de cohérence

³⁶⁴ Article L.225-102-4 du Code de commerce.

contractuelle, ne distingueront pas entre leurs différents prestataires commerciaux et adopteront un régime contractuel général qui soit commun à toutes leurs relations commerciales. Dans ce sens, toutes les organisations contractant avec une entreprise expressément visée par la loi relative au devoir de vigilance pourraient être contraintes par cette dernière, et cela dans l'objectif de limiter le risque d'exposition de sa responsabilité civile délictuelle, à mettre en œuvre un plan de prévention et de traitement des risques sans distinction de qualification.

B. LA RÉUNION DES ÉLÉMENTS TRADITIONNELS DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

En dehors de la qualification d'une relation contractuelle, les éléments traditionnels du régime de responsabilité civile de droit commun doivent être réunis pour engager la responsabilité contractuelle d'une entreprise. À l'image de la responsabilité civile délictuelle des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, celles-ci devront réunir une faute de la petite et moyenne entreprise, un dommage généré par cette faute et un lien de causalité entre ces éléments suivant des caractéristiques, une fois de plus, propres aux spécificités du devoir de vigilance.

1) *UNE FAUTE DÉLIMITÉE : LA VIOLATION D'UNE OBLIGATION CONTRACTUELLE RELATIVE AU DEVOIR DE VIGILANCE*

La faute contractuelle correspond à une situation de fait par laquelle une personne adopte une attitude qui par négligence, imprudence ou malveillance ne respecte pas ses engagements contractuels³⁶⁵. Il advient donc que la faute contractuelle est caractérisée par la violation d'une obligation contractuelle, mais pas n'importe quelle obligation en l'espèce, la violation des obligations contractuelles concernant la participation et/ou la mise en œuvre d'un plan de vigilance par la petite et moyenne entreprise envers une entreprise donneuse d'ordre. La faute est donc tributaire des obligations contractuelles qu'une partie s'est engagée à accomplir envers son cocontractant dans le sens où l'intégralité des obligations doit être exécuté, mais seulement ces obligations. Autrement dit, l'entreprise ne sera tenue qu'à l'exécution de ce qu'elle a

³⁶⁵ Voir sur ce point : Terme « Faute (contractuelle) », Droit civil, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

contracté et les entreprises donneuses d'ordre ne pourront exiger d'avantage que le contenu des dispositions des clauses contractuelles relative à l'exécution d'un plan de vigilance. Il advient qu'à l'image de l'entreprise donneuse d'ordre envers le régime de responsabilité civile délictuelle, la PME serait tenue d'une obligation de résultat quant à l'exécution de ses obligations de prévention et de gestion des risques, c'est-à-dire quant à l'accomplissement effectif des formalités exigées par le devoir de vigilance retranscrites à travers les clauses contractuelles. Néanmoins, si la violation de la clause contractuelle de prévention et de gestion risques relèverait d'une obligation de résultat, la survenance d'un risque ne constitue pas en soi une violation de ses obligations contractuelles par la petite et moyenne entreprise. En effet, la mise en œuvre des mesures de prévention et de traitement des risques constitue une obligation de moyen dans le sens où tous les risques ne peuvent consciemment être anticipés. Il s'agira donc pour la PME dont la responsabilité contractuelle est mise en jeu d'apporter la preuve qu'elle a exécuté ses obligations de façon à prévenir raisonnablement la survenance de risques d'atteintes graves envers les droits protégés par le texte, voire d'avantage en fonction des dispositions contractuelles qu'elle s'est engagée à accomplir. À l'inverse, l'entreprise donneuse d'ordre s'efforcera de prouver que la PME n'a pas mis en œuvre tous les moyens à sa disposition pour exécuter convenablement ses obligations contractuelles de gestion des risques. Dans ce sens, les processus de certification représentent, certes un coût à prendre en considération, mais surtout des outils de preuve intéressants quant à l'accomplissement des formalités de management des risques. En effet, la loi ne donnant pas de définition précise des différents types de risque visés, ni la manière de qualifier la gravité des atteintes desdits risques, « *si le standard a pour fonction l'évaluation de la normalité, il ne précise pas pour autant la manière d'y parvenir. Au contraire, la norme technique est l'instrument de la mise en œuvre de cette normalité. La norme technique « constitue un indice [...] elle peut étayer la décision d'un juge du fond pour qualifier une faute et retenir une responsabilité* »³⁶⁶. Dans ce sens, les certifications par des institutions de normalisation en matière de management des risques pourraient constituer des outils de présomption de vigilance ou, au moins, des outils de preuve dans l'hypothèse où la responsabilité de l'entreprise serait engagée. Il faut tout de même veiller au fait que les

³⁶⁶ P. LEQUET, *Loi "devoir de vigilance" : de l'intérêt des normes de management des risques*, in *Revue juridique de l'environnement*, 2017, Vol. 42, n° 4, p. 705 et s.

certifications sont souvent spécialisées envers certaines catégories de risques, notamment en matière de risques environnementaux, et ne constituent donc pas de preuve à une gestion des risques de manière générale pour l'entreprise mais seulement pour les risques que la certification garantit.

2) UN DOMMAGE CERTAIN : LA PRÉVISIBILITÉ D'UN RISQUE DOMMAGEABLE

De manière générale pour ouvrir droit à réparation, le dommage doit être certain et direct ; en matière contractuelle, il doit, de surcroît, être prévisible³⁶⁷. Il advient effectivement que l'inexécution d'une obligation contractuelle engage la responsabilité du débiteur que si elle cause un préjudice au créancier puisque des dommages et intérêts ne peuvent être alloués que si le juge, au moment où il statue, constate qu'il résulte un préjudice du manquement contractuel³⁶⁸. Or en matière de prévention des risques, l'inexécution des obligations contractuelles par un partenaire commercial ne constitue pas nécessairement un dommage certain immédiat en tant que tel. Une inexécution pourrait être à la source d'un dommage potentiel pour l'avenir, mais à moins que la responsabilité contractuelle ne soit engagée seulement par la suite de la survenance d'un dommage, celui-ci ne peut être caractérisé de certain. Cela, à moins qu'à l'image du régime de responsabilité civile délictuelle retenue envers l'entreprise donneuse d'ordre, le juge retienne également le dommage futur avéré, celui dont l'entreprise pourra apporter la preuve qu'il sera *certain, direct et ainsi prévisible* pour l'avenir mais que la petite et moyenne entreprise en question n'aura pas prévu dans le cadre d'un plan de vigilance raisonnable ou d'un manquement à l'obligation de le mettre en œuvre. Le seul risque de dommage pouvant résulter de l'inexécution contractuelle des obligations de gestion des risques ne peut légitimement pas être accepté par le juge, que ce soit en matière de responsabilité civile délictuelle ou contractuelle. Le dommage devra donc être certain et prévisible, qu'il soit actuel ou futur, pour pouvoir engager la responsabilité contractuelle d'une petite et moyenne entreprise cocontractante d'une obligation de gestion des risques envers une entreprise donneuse d'ordre ; mais le dommage devra également être direct, c'est-à-dire

³⁶⁷ Voir sur ce point : Terme « Dommage », Droit civil, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

³⁶⁸ Cour de cassation, Chambre civile 3^{ème}, 3 décembre 2003, n° 02-18.033.

constituer un lien de cause à effet direct entre le dommage pouvant être subi par l'entreprise donneuse d'ordre et la violation contractuelle de la petite et moyenne entreprise en question.

3) UN LIEN DE CAUSALITÉ PRÉCIS : UNE SUITE IMMÉDIATE ET DIRECTE DE L'INEXÉCUTION

La responsabilité contractuelle ne peut être engagée que si le dommage est mis en relation avec la violation de l'obligation contractuelle conformément aux dispositions de l'article 1231-4 du Code civil qui précise que dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est ***une suite immédiate et directe de l'inexécution***³⁶⁹. Sur ce point, « *rendue à propos d'un contrat de transport, la définition ici donnée de la faute lourde est en tous points conforme à celle retenue par le droit commun des contrats*³⁷⁰, *cette faute visant la négligence d'une extrême gravité, confinant au dol, et démontrant l'inaptitude du transporteur, maître de son action, à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il a acceptée*³⁷¹. S'agissant d'obligation contractuelle de gestion des risques, la faute lourde serait constituée d'un manquement pure et simple de l'entreprise à l'exécution de ses obligations (inexécution totale), voire une exécution délibérément défectueuse ou insuffisante, que l'intérêt soit ou non de nuire à l'entreprise donneuse d'ordre. Des situations singulières, notamment le second cas, qui paraissent difficiles à concevoir dans le cadre d'une relation commerciale qui reste, et il est nécessaire de pas l'omettre malgré l'insertion de nouvelles obligations de gestion des risques, le cœur de la relation entre les parties. Dans ce sens, l'engagement de la responsabilité contractuelle d'un prestataire commercial lié par une obligation contractuelle de gestion des risques ne pourrait légitimement se concevoir que dans l'hypothèse d'un manquement de l'entreprise à ses obligations, un manquement dont résulterait un dommage, et pas n'importe lequel, qui soit une suite immédiate et direct du manquement aux obligations de gestion des risques. Il en résulte

³⁶⁹ Article 1231- 4 relatif à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

³⁷⁰ Cour de cassation, Chambre commerciale, 28 juin 2005, n° 03-16794.

³⁷¹ M.H., *Le rappel de la notion de faute lourde*, in *Dalloz-actu-etudiant.fr*, 2 mai 2014, <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/le-rappel-de-la-notion-de-faute-lourde/h/1ec1cfe64563e5a8e905a98c63447147.html>.

qu'une petite et moyenne entreprise établissant de telles obligations contractuelles envers une entreprise donneuse d'ordre et qui s'exécuterait de bonne foi, en association avec celle-ci, pourrait malaisément subir les sanctions de la mise en œuvre éventuelle de sa responsabilité contractuelle. Par ailleurs, « *il appartient au demandeur de rapporter la preuve de la commission d'une telle faute, ce dernier ignorant le plus souvent les circonstances exactes à l'origine de son préjudice* »³⁷². L'obstacle de la preuve, c'est-à-dire l'élément matériel qui va établir la réalité d'une violation des obligations³⁷³, est constituée par la difficulté à prouver que le dommage aurait pu être évité par la mise en œuvre d'un plan de prévention des risques puisque, en raison de l'inexécution, il n'est pas possible de déterminer ce qu'aurait contenu le plan de vigilance et s'il aurait permis d'anticiper la réalisation dudit risque. En somme, s'il n'est pas impossible qu'une violation des obligations contractuelles en matière de gestion des risques soit imputée à l'entreprise, encore faut-il que les juges soient en mesure de lui reprocher son absence de précaution comme la gravité de son imprudence, ce qui suppose qu'elles aient été prouvées par l'entreprise donneuse d'ordre³⁷⁴.

PARAGRAPHE 2ND : LES CONSÉQUENCES DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CONTRE LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE

Dès lors qu'il est établi que de nouvelles obligations contractuelles, et donc de nouvelles responsabilités, pèsent sur les petites et moyennes entreprises quant à la gestion des risques ; il est nécessaire de s'intéresser aux risques que comportent de telles responsabilités en terme de sanction. Des conséquences négatives qui peuvent aboutir à des condamnations à les exécuter, à réparer les dommages issus de la violation des obligations contractuelles envers l'entreprise donneuse d'ordre concernée, mais encore à la résolution des relations contractuelles entre les parties et donc, à des pertes économiques majeures. Des sanctions dont la mise en œuvre reste à relativiser en raison de la complexité du sujet et des relations commerciales liant l'entreprise

³⁷² M.H., *Le rappel de la notion de faute lourde*, in *Dalloz-actu-etudiant.fr*, 2 mai 2014, <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/le-rappel-de-la-notion-de-faute-lourde/h/1ec1cfe64563e5a8e905a98c63447147.html>.

³⁷³ Preuve. *LAROUSSE*, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>.

³⁷⁴ M.H., *Le rappel de la notion de faute lourde*, in *Dalloz-actu-etudiant.fr*, Op. Cit.

donneuse d'ordre à la PME. Il advient néanmoins que cette dernière ne doit pas prendre ses obligations indirectes envers le devoir de vigilance à la légère puisque, même si l'entreprise donneuse d'ordre ne requière pas de sanction à son égard, la petite et moyenne entreprise reste responsable personnellement envers les tiers de tout fait qui pourrait constituer un dommage à autrui, donc de la réalisation d'un risque qui mettrait en jeu sa responsabilité civile délictuelle du fait personnel.

I. LES SANCTIONS À L'ENCONTRE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE

Comme il n'y a pas de risque sans impact potentiel pour l'organisation, il n'y pas de responsabilité sans sanction si celle-ci est avérée. C'est la raison pour laquelle en matière de gestion des risques juridiques de contentieux, il est nécessaire de s'intéresser aux sanctions qui pèsent sur les petites et moyennes entreprises dans l'hypothèse d'une défaillance de prévention, de manquement à ses obligations de vigilance. Si les sanctions prévues par la loi relative au devoir de vigilance sont inapplicables aux petites et moyennes entreprises en tant que telles ; ces dernières ne sont pas à l'abri de sanctions de la part de l'entreprise donneuse d'ordre à travers l'engagement de leur responsabilité contractuelle, mais encore que celle-ci ayant engagée sa propre responsabilité civile délictuelle en raison d'un manquement d'une entreprise relevant de sa sphère d'influence se retourne contre elle pour obtenir un dédommagement.

A. LES SANCTIONS POUR INEXECUTION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES DE PRÉVENTION DES RISQUES

Le texte de loi relatif au devoir de vigilance « *présente un éventail de sanctions large et de grande portée : amende civile, astreinte, publicité et réparation des préjudices. On veut, d'une part, sanctionner l'absence de plan de vigilance ou l'inefficacité de sa mise en œuvre, et, d'autre part, rendre ce plan opposable à la société dans le cadre de sa responsabilité civile pour faute* »³⁷⁵. Concernant l'amende civile initialement prévue dans le texte, elle a été jugée non conforme à la Constitution « compte tenu de la généralité des termes qu'il a employé, du

³⁷⁵ P.L. PERIN, *Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étroit*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, Dalloz, juin 2015, p. 215 et s.

caractère large et indéterminé de la mention des « droits humains » et des « libertés fondamentales » et du périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ du plan de vigilance qu'il instituait, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et en dépit de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi déferée, retenir que peut être soumise au paiement d'une amende d'un montant pouvant atteindre dix millions d'euros la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis »³⁷⁶. Il résulte que l'entreprise donneuse d'ordre s'expose sur le fondement du respect de son devoir de vigilance tant à une astreinte quant à son exécution, la publicité tant du plan de vigilance que des sanctions juridiques pouvant être retenues à son égard en cas de manquement, ainsi qu'à la réparation des préjudices éventuels résultant d'un manquement dans le cadre de sa responsabilité civile délictuelle. Il advient que le texte ne s'appliquant qu'envers les sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, dont les caractéristiques correspondent aux spécificités requises par le texte, ces sanctions ne sont pas applicables en l'état aux entreprises relevant de la sphère d'influence d'une entreprise donneuse d'ordre, lesquelles devront indirectement se soumettre aux obligations prescrites par le texte. Si ces sanctions ne concernent pas les petites et moyennes entreprises soumises à une obligation de gestion des risques, *quelles sont les menaces pesant sur elles dans l'hypothèse d'un manquement ?*

Les premières sanctions à envisager ***résultent de la mise en œuvre d'un recours en responsabilité contractuelle*** à l'encontre d'une petite et moyenne entreprise de la part de l'entreprise donneuse d'ordre avec laquelle elle aurait conclu des obligations contractuelles de gestion des risques ; celles-ci pouvant se traduire par différentes formes de sanctions. Ce pourrait être d'une part, la mise en œuvre de moyen de pression financiers pesant sur la petite et moyenne entreprise qui n'exécute pas ses obligations relatives à la prévention des risques à travers l'utilisation contractuelle ***d'une astreinte***. Une telle clause contraindrait la PME à versé une indemnité financière à l'entreprise donneuse d'ordre, dont le délai de départ, l'assiette et le taux seraient convenus préalablement, en tant que moyen de contrainte consistant à la

³⁷⁶ Décision Constitutionnelle n° 2017-750 du 23 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JOFR, 28 mars 2017, n°0074.

condamner à payer une somme d'argent par période de retard dans l'exécution de son obligation³⁷⁷ ; et surtout, jusqu'à ce que l'entreprise s'exécute. Ensuite, conformément à l'article 1217 du Code civil, l'entreprise donneuse d'ordre pourrait obtenir l'exécution forcée en nature, la résolution du contrat la liant à la PME, la réparation des dommages qu'elle aurait subi de l'inexécution de la PME ainsi que l'octroi de dommages et intérêts³⁷⁸. Compte tenu des objectifs portés par les obligations contractuelles de gestion des risques, la sanction la plus raisonnable à envisager semble être une *demande en exécution forcée en nature*, le but pour l'entreprise donneuse étant de prévenir la mise en œuvre de sa propre responsabilité civile par la suite. Néanmoins, une entreprise qui ne voudrait prendre aucun risque résorberait celui-ci en excluant la PME qui n'exécute pas ses obligations de prévention de sa sphère d'influence, et donc de sa sphère de responsabilité. Une exclusion envisageable par la sanction de *résolution contractuelle* régie par l'article 1224 du Code civil disposant que la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. Autrement dit, l'entreprise donneuse d'ordre pourrait demander à un juge de mettre fin aux relations contractuelles qui la lient à la PME, voire y mettre un terme par elle-même par la mise en œuvre d'une clause de résolution, dont les modalités et les causes d'application seraient prévues lors de la conclusion du contrat et des nouvelles obligations de gestion des risques. La fin des relations commerciales pourrait déjà emporter des conséquences économiques négatives importantes pour la PME, mais les possibilités de sanctions ne s'arrêtent pas là. En effet, si l'entreprise donneuse d'ordre subit un dommage dont la cause résulte directement de la violation des obligations contractuelles de gestion des risques de la part de la PME, celle-ci pourrait être contrainte de *réparer pécuniairement le dommage* qu'elle aurait fait subir à l'entreprise donneuse d'ordre. Cela, sans prendre en compte les *dommages et intérêts* qui pourraient lui être octroyés par un juge pour réparer d'autres atteintes de la PME envers l'entreprise donneuse d'ordre en raison de la violation de ses obligations. Par ailleurs, si de telles dispositions sont prévues contractuellement,

³⁷⁷ Astreinte. *LAROUSSE*, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>.

³⁷⁸ Article 1217 relatif à l'inexécution du contrat, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

l'entreprise donneuse d'ordre pourrait mettre en œuvre les sanctions qui auraient pu être directement insérées dans le contrat. Tel est le cas par exemple, lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts à travers une clause pénale³⁷⁹. Ou bien, lorsqu'il stipule que le débiteur est tenu des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive, dans le cadre d'une clause limitative de responsabilité³⁸⁰. Il en résulte que de nombreuses sanctions peuvent être utilisées contre une petite et moyenne entreprise qui contreviendrait à ses nouvelles obligations de gestion des risques dans le cadre de la mise en œuvre de la loi relative au devoir de vigilance par les entreprises donneuses d'ordre ; des sanctions contractuelles qui ne sont pas les seules à menacer les PME faisant partie de la sphère d'influence d'une entreprise visée par le devoir de vigilance.

B. LES SANCTIONS RELATIVES AU RETOURNEMENT DE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DE L'ENTREPRISE DONNEUSE D'ORDRE CONTRE L'ENTREPRISE À L'ORIGINE DU MANQUEMENT

Il faut admettre que la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle d'une petite et moyenne entreprise pour violations de ses obligations de gestion des risques insérées par des clauses dans les relations d'affaire peut sembler malaisée en raison de l'environnement d'incertitude véhiculé par l'objet de l'obligation, le risque. Il advient que le texte ne précisant pas de qualification à retenir quant aux liens de rattachement juridiques entre l'entreprise donneuse d'ordre et ses partenaires commerciaux quant à l'application des dispositions relatives au devoir de vigilance, la responsabilité contractuelle pourrait ne pas constituer la seule menace pour les PME défailtantes en matière de gestion des risques. Matériellement, les dispositions de l'article L.225-102-4 du Code de commerce mentionnant que « le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves (...) résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle (...), directement ou

³⁷⁹ Article 1231-5 relatif à l'inexécution du contrat, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

³⁸⁰ Article 1231-3 relatif à l'inexécution du contrat, Code civil, Op. Cit.

indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation »³⁸¹, peuvent être entendue comme une **solidarité de responsabilité** entre les différentes organisations intervenant tout au long de la chaîne de production. En effet, bien qu'il ne vise directement que les grandes entreprises, certaines sociétés mères ou entreprises donneuses d'ordre, le fait de les responsabiliser quant aux faits des organisations relevant de leurs sphères d'influence permet de concevoir un regroupement des différentes entités économiques derrière la grande entreprise. Celle-ci devenant l'entreprise responsable par défaut du fait du groupe, d'un manquement au devoir de vigilance du fait de n'importe quelle entreprise de sa sphère d'influence ; ceci dans l'objectif de faciliter et de garantir un recours aux victimes afin qu'elles puissent obtenir réparation de leur préjudice. Une responsabilité par défaut, au nom du groupe d'entreprise qu'elle contrôle, mais pas nécessairement à la place de celles-ci. Effectivement, bien que le régime ne soit pas transposable tel quel, la responsabilité de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre relevant du régime du fait personnel, « *comme c'est le cas lorsque la responsabilité du commettant pour le fait de son préposé est engagée, il importe de se demander dans quel cas la société mère qui a pris en charge la réparation d'un dommage causé par l'une de ses filiales pourra agir en contribution contre cette dernière* »³⁸². Ceci dans le sens où il pourrait être instauré une forme de solidarité entre la société mère et ses filiales, et l'entreprise donneuse d'ordre et ses partenaires commerciaux ; toutes les entreprises étant au final, chacune individuellement codébitrice des dommages et donc des conséquences qui résulteraient de la mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle de la société mère ou de l'entreprise donneuse d'ordre.

La question qui reste à développer est de déterminer *comment ce montage juridique de redistribution de la responsabilité pour manquement au devoir de vigilance pourrait s'opérer ?* D'une part, il est nécessaire d'observer que « la solidarité est légale ou conventionnelle ; elle ne se présume pas »³⁸³, celle-ci pourrait donc faire l'objet d'une disposition contractuelle entre la

³⁸¹ Article L.225-102-4 du Code de commerce.

³⁸² G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *Recueil*, Dalloz, 2017, p. 1610.

³⁸³ *Voir sur ce point : Article 1310 et suivants du Code civil relatifs l'obligation solidaire.*

petite et moyenne entreprise et sa donneuse d'ordre, un nom qui soit dit en passant prend toute son ampleur via la redéfinition des frontières juridiques de l'entreprise soulevée par la loi relative au devoir de vigilance. Ensuite, dès lors que cette solidarité est formalisée, il va s'agir de déterminer par quel moyen juridique l'entreprise donneuse d'ordre pourrait se retourner contre une petite et moyenne entreprise. Matériellement, une grande entreprise ayant préalablement engagé sa responsabilité civile délictuelle en raison d'un manquement relevant d'une organisation attenante à sa sphère d'influence pourrait *se prévaloir d'une action dite récursoire*. En effet, le « *recours en contribution exercé par la société mère contre sa filiale pourrait obéir aux règles de droit commun élaborées par la Cour de cassation : la part contributive de chacune des entités sera alors fonction de la gravité des fautes respectives et de la causalité entre ces fautes et le dommage* »³⁸⁴. Autrement dit, le recours en contribution est une action en justice exercée par celui qui a dû exécuter une obligation dont un autre était tenu en tout ou en partie, soit contre le véritable débiteur pour lui faire supporter le poids de la condamnation, soit contre un coobligé pour obtenir le paiement de la part lui incombant³⁸⁵. Ainsi, à travers une solidarité de responsabilité envers les dommages résultant d'un manquement au devoir de vigilance, il va s'agir pour la grande entreprise dont la responsabilité civile a été mise en jeu de se retourner contre la petite et moyenne entreprise à l'origine effective du manquement. Une procédure qui aurait pour conséquence de redistribuer les parts de responsabilités respectives en fonction des fautes commises par chacune des entreprises quant à l'exécution de leurs obligations en matière de gestion des risques et de leurs conséquences. Une redistribution des parts de responsabilités nécessairement couplée avec une redistribution des sanctions qu'elles comportent. Bien que les articles L.225-102-4 et L.225-102-5 ne permettent pas de mettre en œuvre directement la responsabilité civile délictuelle des petites et moyennes entreprises pour manquement au devoir de vigilance, il résulte de ce qui précède qu'une solidarité pourrait être établie entre celles-ci et les grandes entreprises contre lesquelles les recours sont ouverts. Une telle solidarité constitue ainsi un risque non négligeable de

³⁸⁴ G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *Recueil*, Dalloz, 2017, p. 1610.

³⁸⁵ Voir sur ce point : Terme « Action récursoire », Droit civil, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

contentieux, et éventuellement des conséquences économiques néfastes, pour les petites et moyennes entreprises quant à la survenance d'une défaillance dans la mise en œuvre de leurs obligations indirectes de gestion des risques.

II. LE MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE : UN VÉRITABLE RISQUE JURIDIQUE POUR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES ?

Il paraît évident que le sujet d'une gouvernance de l'entreprise par le management des risques ne peut plus être élucidé, quelles que soient les appréhensions initiales pour les différents dirigeants de petites et moyennes entreprises, l'insensibilité ou le report de la question n'étant plus une option envisageable. En effet, suivant un champ d'application bien plus large qu'il n'y paraît à la première lecture, « *la loi vise à rendre obligatoire et public le plan de vigilance que certaines entreprises ont commencé à mettre en place volontairement dans le cadre de leur politique de responsabilité sociale (RSE)* »³⁸⁶. Dans ce sens, « *il apparaît impératif pour les PME d'anticiper ces demandes en mettant en place leur propre programme de compliance et d'éthique, adapté à leur activité* »³⁸⁷ puisqu'elles seront nombreuses à être confrontées à ces nouvelles obligations de compliance et de prévention des risques. L'enjeu d'une gouvernance de l'entreprise par la gestion des risques juridiques est primordial pour toutes les organisations pouvant être affectées directement ou indirectement, en ce qu'il constitue en lui-même un risque juridique source de contentieux et de conséquences économiques considérables, voire potentiellement vitales, pour ces organisations. Effectivement, les sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre ne prendront probablement aucun risque quant à la mise en œuvre de leurs obligations relatives au devoir de vigilance. Une affirmation qui signifie qu'elles n'hésiteront pas à verrouiller contractuellement les obligations de chacune des organisations relevant de leur sphère d'influence afin de se prémunir d'une action éventuelle à leur égard. Mais également que, dans le cadre de la prévention de la mise en œuvre de leur responsabilité

³⁸⁶ P.L. PERIN, *Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, Dalloz, juin 2015, p. 215 et s.

³⁸⁷ T. LEMAITRE, *Devoir de vigilance des grandes entreprises : quelles conséquences pour les ETI et les PME ?*, in *Les petites affiches*, Droit édition, 4 juin 2015.

civile délictuelle personnelle, elles appliqueront sans vaciller l'adage qui veut qu'il faille *rendre à César ce qui appartient à César*. Autrement dit, elles en appelleront juridiquement, de manière contractuelle ou juridictionnelle, à la solidarité des petites et moyennes entreprises qui auraient participé à la réalisation du dommage ayant engagé leur responsabilité. Une solidarité qui auraient pour objectif de solliciter lesdites entreprises, codébitrices ou coréalisatrices, quant à la participation financière pour la réparation du dommage causé. Par ailleurs, les petites et moyennes entreprises refusant de telles obligations de gestion des risques ou défailtantes quant à l'exécution effective de ces obligations, pourraient courir un risque économique et concurrentiel constitué par un refus des grandes entreprises de contracter avec elles. Effectivement, le risque serait ainsi réduit pour les grandes entreprises de redistribuer les cartes sur le marché en contractant prioritairement avec les petites et moyennes entreprises, en tant que fournisseurs ou sous-traitants, appliquant une politique de gestion des risques juridiques. La mise en œuvre des principes du management des risques, dans le respect des minimas prescrits par le devoir de vigilance quant à l'objet des atteintes à prévenir, pourraient ainsi constituer des enjeux de compétitivité dont il résulterait tantôt des difficultés d'accès à un marché, tantôt un avantage concurrentiel en fonction des choix de gouvernance adoptés par l'entreprise.

Néanmoins, l'état des lieux dressé précédemment relatif aux sanctions potentielles à l'encontre des petites et moyennes entreprises pour manquement au devoir indirect de vigilance était nécessaire pour comprendre l'étendu des risques qu'une telle réglementation constitue, mais mérite également d'être relativisé au regard de la complexité des relations entre les acteurs économiques. Un recul qui tend à l'évaluation concrète de l'(in)efficacité des sanctions juridiques et économiques pouvant être retenues à l'égard des petites et moyennes entreprises quant à la mise en œuvre des obligations résultant du devoir de vigilance. En effet, les conséquences juridiques d'une réglementation sont souvent tributaires des rapports de force établis entre les différentes parties prenantes intervenantes. La situation ne sera probablement pas envisagée de manière identique par les grandes entreprises envers une petite et moyenne entreprise dont l'activité économique dépend majoritairement de ses rapports commerciaux avec elle, qu'envers une PME qui fournit un produit et/ou un service spécifique nécessaire aux activités de la grande entreprise. Les rapports de force économiques entre chaque partie prenante est un facteur pouvant renverser bon nombre de situations, il se pourrait donc que la

transposition des obligations de gestion des risques ne fasse pas exception ; de ce fait, celles-ci ne seront pas épargnées par les obligations de gestion des risques, les grandes entreprises n'ayant pas le choix, mais elles pourraient avoir plus de marge de manœuvre quant à leur exécution, notamment en terme d'autonomie quant à l'immixtion des entreprises donneuses d'ordre. Ensuite, certaines sanctions contiennent des limites d'application posées par la loi ; tantôt dans leur mise en œuvre comme c'est le cas pour le régime de responsabilité contractuelle qui doit réunir de nombreuses conditions, tantôt en termes de ressources pour les appliquer. Par exemple, l'exécution en nature exige pour pouvoir s'appliquer que les coûts de son exécution ne soit pas disproportionnés pour le débiteur de l'exécution³⁸⁸ ; dans le même ordre d'idée, le débiteur peut en fonction des circonstances se prévaloir de l'hypothèse de la force majeure qui est constituée, en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, et empêche l'exécution de son obligation par le débiteur³⁸⁹. Une hypothèse qu'il faudra manier avec attention dans le cadre de la gestion des risques dont l'objet même est de prévoir les événements à risques pouvant conduire à des atteintes graves concernant certains droits. Un recul sur l'applicabilité des sanctions potentielles à disposition des grandes entreprises créancière d'une obligation contractuelle de gestion des risques envers des petites et moyennes entreprises qui doit seulement s'entendre en termes de moyens juridiques de défense, et non comme un amoindrissement des conséquences potentielles d'une inexécution, et donc de l'opportunité de ne pas mettre en place un management des risques.

Néanmoins, c'est souvent lorsque l'on cherche à éviter quelque chose à tout prix qu'on le déclenche. En l'espèce, l'ambition législative de prévention des risques crée en réalité un nouveau risque juridique pour les entreprises, le risque juridique constitué par les obligations réglementaires en matière de devoir de vigilance. Il advient effectivement, qu'au final, la question même de la mise en œuvre d'une gouvernance de l'entreprise par la gestion des risques

³⁸⁸ « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier* », Article 1221, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

³⁸⁹ Article 1218, Code civil, Op. Cit.

juridiques constitue *per se* un risque dont il faut prévenir l'organisation. En effet, par la contractualisation d'obligations de gestion des risques entre les grandes entreprises et les petites et moyennes entreprises quant à l'exécution légale du devoir de vigilance, cette dernière devient une norme juridique nouvelle intégrant potentiellement l'environnement juridique de chacune des PME sur le territoire français ou à l'étranger, du fait de leurs liens envers une société mère ou une entreprise donneuse d'ordre française. Par ailleurs, il reste qu'au-delà même du risque juridique constitué les obligations contractuelles de mise en œuvre indirectes des dispositions du devoir de vigilance, la survenance d'un événement à risque pour l'entreprise, quel qu'il soit, constitue un risque juridique. Autrement dit, si l'on met à part le devoir de vigilance récemment consacré, la gouvernance de l'entreprise par une politique de gestion des risques est nécessaire pour préserver l'entreprise de manière générale. En effet, la responsabilisation sociale des entreprises et les processus de management des risques ne sont pas nés avec la loi relative au devoir de vigilance. Dans ce sens, il est nécessaire de rappeler que *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*³⁹⁰, cela que ce soit en raison d'un dommage qu'il a causé non seulement *par son fait*, mais encore *par sa négligence ou par son imprudence*³⁹¹; des dispositions transposables de l'Homme à une personne morale. En conséquent, tout dommage causé à autrui et qui résulterait des activités de l'entreprise représente un risque juridique pour l'organisation qui en doit réparation aux victimes ; et cela indépendamment de la réglementation relative au devoir de vigilance, sur le seul fondement de la responsabilité civile délictuelle de l'organisation. Un risque juridique source de risque de contentieux économique pour toutes les petites et moyennes entreprises qui négligeraient l'importance à l'heure actuelle d'une gouvernance par le management des risques juridiques. Il s'agit donc d'être en mesure « *d'appréhender le risque non seulement comme une source de dommage dont le droit doit régler les conséquences, faute de pouvoir le prévenir, mais aussi comme une chance, une opportunité de prudence* ». Dans ce sens, il est possible de conclure sur une note optimiste guidée par les propos de Jean Grenier :

³⁹⁰ Article 1240, Code civil, Op. Cit., relatif à la responsabilité extracontractuelle en générale.

³⁹¹ Article 1241, Code civil, Op. Cit., relatif à la responsabilité extracontractuelle en générale.

« dans une vie qui repose sur un perpétuel pari, le risque peut être un perpétuel bonheur (Inspirations méditerranéennes) »³⁹².

³⁹² L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* Paris, L.G.D.J., Collection Droit des affaires, 2012.

CONCLUSION DE TITRE

Maîtriser les risques juridiques pour permettre à l'entreprise d'éviter le contentieux économique. *Certes, mais comment ?* Si le premier titre expliquait pourquoi l'entreprise doit mettre en œuvre un plan de vigilance à l'encontre des risques juridiques ; ce second titre, quant à lui, aborde le sujet de l'évitement du contentieux économique par la gouvernance des risques juridiques en prenant, comme le veut l'expression, « *le taureau par les cornes* » et en s'attaquant au cœur du problème. Autrement dit, il va s'agir pour l'entreprise de réaliser d'une part un audit juridique complet aux fins de cartographier les risques juridiques qui composent l'organisation pour pouvoir, par la suite mettre en œuvre une politique de traitement desdits risques permettant de les réduire, sinon de les résorber. Une telle cartographie des risques juridiques qui implique, préalablement à l'évaluation desdits risques, et à leur classement suivant un critère de criticité pour l'organisation, de les identifier. Une identification qui va s'opérer par la réalisation d'une analyse méticuleuse de toutes les ressources de l'entreprise, tant matérielle qu'immatérielle ; puis consister en un référencement du droit applicable auxdites ressources permettant ainsi de dessiner l'environnement juridique propre à l'organisation et de mettre en exergue les défauts de conformité juridique de l'entreprise. Dès lors que les risques sont caractérisés, l'entreprise doit en identifier les origines aux fins de pouvoir mettre en œuvre une politique de traitement des risques juridiques précédemment cartographiés. Un meilleur encadrement des relations contractuelles pour éviter l'imprévisible, des mesures de protection, l'utilisation de mesures d'exécution, sensibiliser les agents de l'entreprise à une « culture juridique » pour éviter les comportements transgressifs, assurer une veille informationnelle pour anticiper les risques de la norme juridique nouvelle, assurer l'entreprise contre le risque juridique résiduel ... Les petites et moyennes entreprises ont toutes les cartes en main pour mettre en œuvre un plan de prévention des risques juridiques, pour une gouvernance juridique permettant d'éviter d'exposer l'organisation au risque que représente le contentieux économique.

Il advient ainsi, tel que le soulignent Daniel Zéghal et Eustache Ebondo Wa Mandzila dans leur article quant à la question du management des risques de l'entreprise : « *ne prenez pas le risque de ne pas le faire !* »³⁹³. En effet, si les techniques soulevées par la théorie du management des risques présentent un intérêt certain pour l'entreprise, tant pour assurer sa pérennité qu'un développement économique sécurisé, l'enjeu étant d'éviter le contentieux économique en commençant par éviter le risque juridique pour manquement au devoir de vigilance en lui-même. Si matériellement la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance ne vise explicitement que la responsabilité civile délictuelle des sociétés mères et les entreprises donneuses d'ordre, l'analyse opérée dans les développements précédents ne peuvent que conduire les petites et moyennes entreprises à la méfiance d'une part, mais surtout à la prévention. L'objectif va consister, une fois n'est pas coutume, à éviter un contentieux économique qui serait généré par la réalisation d'un risque juridique protégé par cette nouvelle réglementation, contraignant implicitement les PME, tant par l'anticipation de ces nouvelles obligations juridico-sociales que par les conséquences en termes de relations économiques et de responsabilité contractuelle qui en découlent. Les PME ne pouvant se permettre de négliger la mise en œuvre du plan de prévention des risques juridiques dorénavant exigé, tant pour leur développement personnel que pour se prémunir des sanctions éventuelles qu'un manquement au devoir de vigilance pourrait emporter, que ce soit en termes purement juridique que de dépendance économique vis-à-vis des sociétés mères ou des entreprises donneuses d'ordre (boycott économique, résiliation contractuelle, sanctions pécuniaires, ...) principalement, mais également des justiciables du monde entier dans un second temps. Dans ce sens, il arrive que l'entreprise ne puisse pas toujours, malgré un plan de prévention des risques juridiques opérationnel, anticiper et prévenir tous les risques juridiques, et soit confrontée, inévitablement à la survenance d'un différend. Néanmoins, nulle crainte pour le dirigeant-entrepreneur qui peut encore éviter le contentieux économique, notamment en ayant recours aux instruments juridiques conventionnels de résolution des différends, ces derniers consacrés via un double phénomène de déjudiciarisation et de privatisation de la Justice.

³⁹³ E. EBONDO WA MANDZILA et D. ZEGHAL, *Management des risques de l'entreprise : Ne prenez pas le risque de ne pas le faire !*, in *La Revue des Sciences de Gestion*, 2009, n°3, p. 237 et s.

CONCLUSION DE PARTIE

Comment éviter d'exposer l'entreprise au contentieux économique ? En évitant la survenance de litiges. Comment éviter la survenance de litiges ? En protégeant l'entreprise de la réalisation d'un risque juridique. Et de ce fait, comment éviter d'exposer l'entreprise à des risques juridiques ? En mettant en œuvre une gouvernance par la prévention et la gestion desdits risques ; tel est le message exprimé par la première partie de cette contribution. En effet, à travers l'analyse juridique de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, la nécessité d'une telle gouvernance par l'anticipation des événements pouvant affecter l'entreprise et l'exposer à un contentieux économique semble primordiale. *« L'œuvre du législateur, si elle reste inachevée, apporte, ne serait-ce que par le symbole de responsabilisation qu'elle incarne, une nouvelle pierre non négligeable au droit des groupes, tout en ouvrant la porte à une nouvelle forme de réparation des préjudices causés par les activités industrielles à leur environnement humain et naturel. L'exploration du droit de la responsabilité débouche sur des solutions anciennes qui pourront avoir vocation à s'appliquer dans cette nouvelle forme de contentieux des groupes, alors que des solutions nouvelles, tel le mécanisme de l'assurance, se profilent et rempliraient aisément les objectifs de prévention visés par la loi »*³⁹⁴. Dans le cadre des facteurs de responsabilisation des acteurs économiques, l'ambition de cette première partie était de permettre aux petites et moyennes entreprises d'adopter une gouvernance par le management des risques juridiques leur évitant d'être confrontées à la survenance d'un contentieux économique, ou du moins, faute de résorption totale, réduire ce risque. La seconde partie qui va intéresser la suite de cette contribution va consister à démontrer que, malgré la réalisation d'un risque juridique, le contentieux n'est pas une fatalité et que l'entreprise dispose d'un éventail de solutions procédurales pour éviter le contentieux traditionnel.

³⁹⁴ C. HANNOUN, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017*, Dalloz, *Social*, 2017, p. 806.

SECONDE PARTIE :

**L'ÉVITEMENT DU CONTENTIEUX
ÉCONOMIQUE PAR LA DÉSETATISATION DE
LA RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE
L'ENTREPRISE**

« En cas de conflit, savoir percevoir ce qu'il y a de meilleur dans l'autre, permet d'établir plus facilement un dialogue non violent avec les personnes concernées. Cela évite que les situations dégénèrent et deviennent irréversibles. Cette manière de procéder aide à trouver, si nécessaire, des solutions justes »

Dalai-Lama.

Le 11 mars 2015 et le 18 novembre 2017 ont été adoptés en France des textes relatifs à la modernisation de la justice³⁹⁵ et à la résolution amiable des différends³⁹⁶ venant consacrer la responsabilisation des acteurs économiques quant à la gestion de leur contentieux économique et les contraignant à adopter un comportement participatif par des procédures de résolution conventionnelles directes et coopératives de leurs différends. Néanmoins, avant d'aborder l'application, autrement dit les procédés de cette nouvelle forme de Justice conventionnelle et les enjeux potentiels que les modes amiables et alternatifs de résolution du contentieux économique représentent pour l'entreprise ; il est nécessaire d'observer que le principe d'introduction d'une justice « privée », complémentaire à la justice institutionnelle traditionnelle ne constitue pas une innovation en lui-même, mais la place qui lui est attribuée dans le phénomène de déjudiciarisation de notre société contemporaine mérite une attention toute particulière. En réalité, les dernières réformes juridiques tendent à consacrer une responsabilisation qui s'opère par la réintégration d'un « citoyen acteur » pour le rapprocher de la justice, au cœur des mutations économiques et sociales en demande d'individualisation, de flexibilité et d'adaptabilité de la Justice. Formalisant ainsi de profondes transformations en matière de procédure civile pour répondre, à la fois à un changement de paradigme du modèle du système judiciaire français, ainsi qu'aux crises, notamment en termes de moyens, que connaît le service public de la Justice moderne. Un tel phénomène de désétatisation qui, provoquant des évolutions procédurales majeures, vient impacter directement la gouvernance du contentieux

³⁹⁵ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JOFR, 19 novembre 2016, n°0269.

³⁹⁶ Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, JOFR, 14 mars 2015, n°0062.

économique des acteurs économiques, dont les petites et moyennes entreprises, dans le sens où leur rapport à la justice est bousculé. Ces derniers deviennent, par l'obligation de mettre en œuvre une tentative de résolution amiable de leur conflit, non seulement des intervenants passifs soumis à une décision impérative prononcée par un tiers, mais de véritables acteurs de leur propre Justice par une résolution autonome de leurs litiges, via le recours à des procédés amiables ou alternatifs de résolution des différends, reprenant la main sur la gouvernance de leur contentieux économique, de la gestion à la résolution des risques juridiques.

Il advient néanmoins, qu'avant d'aller plus en avant sur le sujet, un point terminologique à propos des modes amiables et alternatifs de règlement des conflits s'impose afin de poser des bases solides sur les différentes dénominations utilisées pour y faire référence et les distinctions qu'elles emportent. En abrégés, ils sont souvent désignés par divers sigles (MARC, MARL, MARD)³⁹⁷ ; *mais que signifient-ils ? Et quelles distinctions emportent-ils ?* Si de nombreux débats ont été, et sont probablement toujours à l'œuvre sur la terminologie exacte permettant de qualifier aux mieux les procédés de la Justice conventionnelle qui seront abordés par la suite, des choix ont été retenus dans le cadre de cette contribution et doivent être exposés pour permettre d'appréhender l'argumentation qui va suivre. En effet, si de nombreux auteurs classent les modes amiables et alternatifs de résolution des différends dans la même catégorie, visant un phénomène global de détournement des institutions juridictionnelles traditionnelles, cette contribution prend le parti d'autres auteurs qui les distinguent et cela pour plusieurs facteurs : (1) déjà par l'implication des parties, les modes amiables embrassant une justice participative où les parties prennent part à la résolution de leur différend alors que les modes alternatifs tel que l'arbitrage relèvent d'avantage d'une justice privée par laquelle le juge fait place à un ou plusieurs tiers pour trancher le litige ; (2) ensuite philosophiquement, les premiers s'organisent autour du principe de la négociation raisonnée alors que les modes alternatifs tiennent encore d'une négociation traditionnelle sur position ; (3) et pour finir, contrairement aux modes amiables de résolution des différends d'où résulte un accord contractuel entre les parties, les modes alternatifs traduisent une véritable délégation du pouvoir juridictionnel excluant la

³⁹⁷ Voir sur ce point : Terme « Modes alternatifs de règlement des conflits (ou des litiges) », Droit civil / procédure civile S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

compétence des tribunaux et rendant de véritables décisions juridictionnelles. Une classification traduisant des phénomènes distincts de responsabilisation des acteurs économiques impliquant de nouvelles obligations et opportunités en matière de gouvernance du contentieux économique pour les petites et moyennes entreprises. Dans ce sens, cette contribution retiendra que l'offre de justice conventionnelle est constituée par un ensemble de procédés³⁹⁸, « voire des procédures, des procédures sans procès ainsi qu'on a pu en qualifier certaines »³⁹⁹, ou bien encore des processus. Ces derniers visant à résoudre des différends, des conflits, des litiges, ou bien encore des contestations, ... indépendamment des débats pouvant mesurer des distinctions terminologiques relatives à l'emploi de ces termes variant entre les auteurs, mais également entre les textes. La codification de ces différends procédés ayant conduit à l'intégration dans le Code de procédure civile d'un corpus de règles visant des « modes amiables de résolution des différends » par lesquels la résolution se substitue au règlement propre au jugement, le différend remplace le conflit qui caractérise le litige soumis au juge⁴⁰⁰. Des modes amiables qui seront ici fondamentalement distingués, à l'image de la séparation opérée par le législateur dans le Code de procédure civile, des modes alternatifs de résolution des différends ; les uns emportant une tentative de résolution contractuelle, par les parties et pour les parties, de leur conflit, préalablement à la saisine du juge aux fins d'éviter une procédure judiciaire ; alors que les autres constituent une véritable alternative à la justice étatique dans le sens où les parties n'évitent pas le juge, mais troquent un juge étatique au profit d'un juge privé quel que soit le tiers investi.

³⁹⁸ Voir sur ce point : Terme « Modes alternatifs de règlement des conflits (ou des litiges) », Droit civil / procédure civile, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018..

³⁹⁹ L. CADI et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁴⁰⁰ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

**TITRE 1: LA DESETATISATION PAR L'OBLIGATION D'UNE
GOUVERNANCE DEJUDICIARISEE EN MATIÈRE DE RÉOLUTION
AMIABLE DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE**

**TITRE 2: LA DESETATISATION PAR L'OPPORTUNITÉ D'UNE
GOUVERNANCE ALTERNATIVE EN MATIÈRE DE RÉOLUTION DES
DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE**

TITRE 1^{ER} : LA DESETATISATION PAR L'OBLIGATION D'UNE GOUVERNANCE DEJUDICIARISEE EN MATIÈRE DE RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE

Le système judiciaire est en constante évolution, que ce soit au gré de la transformation des besoins de la société et des justiciables en matière de justice, de l'alternance des mouvements politiques mais encore de la conjoncture sociale, économique et technologique propre à une époque déterminée. L'engouement actuel en droit français, et qui se développe depuis quelques années notamment en vertu de l'influence internationale sur le sujet, privilégie le développement de certaines procédures, dites modes amiables de résolution des différends (MARD). Une justice privée qui prône la coopération et la participation de l'entreprise à la résolution des litiges qu'elle connaît plutôt qu'une justice institutionnelle que les parties ne maîtrisent pas et dont la solution leur sera imposée par un juge, représentant des institutions juridictionnelles étatiques. Un phénomène dont l'origine s'est développée autour de l'idée d'une « crise de la justice » institutionnelle traditionnelle, celle-ci ne répondant plus aux besoins du monde des affaires, tant en termes de délais, de confidentialité que de technicité des conflits. Une demande d'adaptabilité et de flexibilité en matière de résolution des différends qui, coïncidant avec des difficultés institutionnelles de moyens et d'engorgement des tribunaux, ont largement contribué au développement des MARD durant les dernières années. Une libéralisation du système judiciaire soutenue politiquement conduisant à une déjudiciarisation codifiée par une succession de réforme responsabilisant les entreprises dans la prévention, puis la gestion de leur contentieux économique par l'utilisation de procédure conventionnelle de résolution des différends. En effet, l'article 4 de la loi dite J21 dispose que : « *à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, sauf : (1) Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ; (2) Si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ; (3) Si l'absence de*

recours à la conciliation est justifiée par un motif légitime »⁴⁰¹. Une volonté qui s'est traduite par la codification des articles 56 et 58 du Code de procédure civile qui, quant à eux, exigent que, sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, *la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige*. Les petites et moyennes entreprises étant dorénavant tenues d'entreprendre des diligences amiables avant toute saisine de juridiction, le législateur développe peu à peu l'offre de justice en la matière. Ou du moins, les procédures conventionnelles étant d'avantage issues de la pratique, peut-être serait-il plus juste de dire qu'il vient encadrer l'utilisation de ces différentes procédures privées de résolution des différends ; les sécurisant en apportant des régimes juridiques plus flexibles que celui propre au procès étatique mais assurant quelques garanties procédurales aux parties qui en usent. Des régimes juridiques qui apportent un cadre réglementaire tantôt quant aux conditions d'accès et de mise en œuvre, tantôt quant à la formalisation contractuelle de l'accord qui serait issu des négociations, à ses effets contraignants sur les parties, ainsi qu'aux conséquences du processus amiable sur les droits procéduraux de celles-ci.

CHAPITRE 1 : LE PRINCIPE DE LA DÉJUDICIARISATION PAR L'OBLIGATION DE TENTATIVE DE RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE

CHAPITRE 2 : LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA DÉJUDICIARISATION PAR LA RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE

⁴⁰¹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JOFR, 19 novembre 2016, n°0269.

CHAPITRE 1^{ER} : LE PRINCIPE DE LA DÉJUDICIARISATION PAR L'OBLIGATION DE TENTATIVE DE RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE

Incontestablement, le système judiciaire connaît une mutation profonde, d'un système légicentriste s'exprimant à travers le juge à la promotion d'une ère procédurale du conventionnel par laquelle les justiciables, et les acteurs économiques notamment, sont responsabilisés quant à la résolution de leurs propres différends. Une responsabilisation qui se traduit par l'instauration d'une offre de justice axée sur des principes de participation et de coopération permettant d'aboutir à des accords conventionnels entre les parties qui recouvrent de nombreux avantages que n'offre pas le procès traditionnel. Une justice directe qui replace l'entreprise au cœur de la résolution de ses différends que ce soit dans le cadre de processus amiable purement conventionnel, ou de modes de résolution amiable des litiges au sein des institutions judiciaires.

SECTION 1 : LES FONDEMENTS DE LA DÉJUDICIARISATION DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE

SECTION 2 : UNE NOUVELLE ÈRE POUR LA PROCÉDURE CIVILE : L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DU DOMAINE DE LA RÉOLUTION AMIABLE DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE

SECTION 1^{ÈRE} : LES FONDEMENTS DE LA DÉJUDICIARISATION DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE

Alors que l'instauration d'une justice participative marque un changement de paradigme qui prône la participation directe et la responsabilisation des justiciables en plaçant l'entreprise au cœur de la résolution de ses propres conflits ; la justice coopérative quant à elle consiste en un revirement de perception, d'une tradition de position et d'adversariat vers une conception coopérative de la résolution des différends. L'évolution d'un système judiciaire légicentriste vers une justice participative et coopérative pour une déjudiciarisation qui responsabilise les petites et moyennes entreprises quant à la résolution de leurs conflits. Une responsabilisation dorénavant obligatoire et codifiée qui ouvre la voie à une justice sur mesure, adaptées aux besoins des entreprises, et à de nouvelles opportunités.

PARAGRAPHE 1^{ER} : LA DÉJUDICIARISATION PAR LE DÉVELOPPEMENT D'UNE JUSTICE PARTICIPATIVE

En réponse aux diverses critiques formulées à l'encontre du système judiciaire et en réponse à la crise de la justice, les modes amiables de règlement des conflits, de vieilles institutions juridiques ont à nouveau le vent en poupe. Pour faire face à l'évolution sociale de la demande en matière de justice, le système judiciaire se réforme, les institutions judiciaires traditionnelles étatiques s'effacent, le recours au juge devenant subsidiaire et responsabilisant, de ce fait, les acteurs économiques par l'instauration d'une justice participative conventionnelle qui implique de nombreux enjeux pour les petites et moyennes entreprises.

I. LES MODES AMIABLES DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS : UNE NOUVELLE GOUVERNANCE PAR LA SUBSIDIARITÉ DE L'ÉTAT

À l'image de l'environnement juridique de l'entreprise, la société est en perpétuelle évolution. Dans ce sens, et afin de répondre à une crise de la justice se traduisant par l'explosion du contentieux judiciaire et ses conséquences ainsi qu'à l'évolution de la demande en matière de justice et des modes de régulation sociale ; le législateur français a dû adapter le système juridictionnel aux mutations de la société civile en proposant, notamment aux entreprises, une offre de justice participative.

A. LA RESPONSABILISATION DES ACTEURS ÉCONOMIQUES : LA CONSÉQUENCE DES FACTEURS DE CRISE DE LA JUSTICE

« Depuis des années, interrogés sur le fonctionnement de la justice, les Français portent un jugement sévère, souvent inexact, parfois injuste. Mais il n'en demeure pas moins que la justice est considérée comme trop lente, trop chère, compliquée, trop lointaine, souvent incertaine, si ce n'est partielle. Ce sentiment ne cesse de s'accroître et de s'accréditer dans l'esprit du public »⁴⁰². Il advient que si les conflits émergent naturellement des relations entretenues par toute organisation économique et sociale avec ses parties prenantes, le contentieux représente un risque pour les entreprises en ce qu'il implique des coûts, des délais et une imprévisibilité qui constituent un risque qu'il convient d'éviter ; un recours ultime pour des litiges d'importance et inévitables. En effet, « dans le monde des affaires, il importe dans la mesure du possible, d'éviter les différends ou tout au moins de les résoudre rapidement et efficacement afin d'empêcher qu'ils s'enveniment »⁴⁰³. En conséquence, une justice qualifiée de lente, chère, complexe, non adaptée et imprévisible ne semble pas appropriée aux besoins des petites et moyennes entreprises, et engendre une certaine défiance des dirigeants à l'encontre du système juridictionnel, mais également de manière plus générale envers le système judiciaire. Il est ainsi possible d'observer que les demandes des justiciables en matière de justice changent, en particulier la nécessité tenant à la flexibilité, la rapidité et la spécialisation du contentieux économique, mais que l'institution juridictionnelle peine à s'y adapter ; un phénomène communément nommé la « crise de la justice ». Une crise qui tient à deux facteurs principaux qui sont respectivement l'explosion du contentieux judiciaire ainsi que les nombreuses conséquences que cela comporte dans la gestion du service public de la justice d'une part, mais également de l'évolution des modes de régulation sociale qui vient affirmer les disparités entre les besoins des justiciables et l'offre de justice.

Concernant *l'explosion du contentieux judiciaire*, ce n'est pas tant la multiplication des recours que des conséquences de cette multiplication, il s'agit ainsi de l'exposition des limites des capacités de l'institution juridictionnelle traditionnelle face à une demande trop forte et des

⁴⁰² G. PLUYETTE, *La médiation judiciaire*, Gaz. Pal., 1998, p.702 et s.

⁴⁰³ C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, Collection CÉDÉ, 2011.

moyens dissonants. Une explosion traduite par un élément qui a été abordé dans le cadre de la première partie consacrée à la prévention des risques de contentieux, c'est-à-dire par le spectre de la société contentieuse. En effet, « *ce que l'on a coutume d'appeler la « crise de la justice » - concept, il est vrai, un peu trop médiatique et sans réelle signification - est la conséquence des profondes mutations que connaît actuellement la société, dans tous les domaines de la vie privée ou publique, en matière sociale, économique et culturelle ... Notre société s'est urbanisée, individualisée, atomisée* »⁴⁰⁴. Le système juridictionnel est également tributaire des facteurs multiplicateurs de risques juridiques inquiétant les entreprises, notamment la juridisation et la judiciarisation de la société. L'intensification et la diversification des normes juridiques, ainsi que la judiciarisation des rapports sociaux emportant nécessairement un accroissement significatif du recours à la justice, et implique donc un recours judiciaire décuplé. Autrement dit, le système judiciaire est entré dans un cercle vicieux, à l'image du serpent qui se mord la queue, en multipliant les réglementations afin de mieux encadrer les rapports sociaux, il ouvre d'avantage de possibilité de recours et donc de contentieux, le juge devant les interpréter, bien souvent obscurs et de plus en plus techniques, et garantir l'application des nouveaux textes en question. Par ailleurs, « *la complexité des dossiers et des procédures entreprises par les bureaux d'avocats s'accroît, de même que leur degré de spécialisation (...) ainsi caractérisés non seulement par un degré plus élevé de complexité, mais également par une inflation des mesures procédurales engagées par les membres du barreau* »⁴⁰⁵. En conséquence, le traitement de ces dossiers requiert encore d'avantage d'attention et de temps au juge pour parvenir à une décision que leur complexité et leur spécificités techniques s'intensifient ; un contexte qui conduit inévitablement à un encombrement des rôles des juridictions et à un allongement des délais de traitement des dossiers de recours en justice pour les entreprises.

Concernant *l'évolution des modes de régulation sociale*, il s'agit d'observer l'impact de mutations sociales profondes sur la structure juridique même de la société. D'une part, « *qu'on le regrette ou non, l'État n'est plus ce qu'il était et, par conséquent, la loi non plus qui a cessé d'être le centre de l'univers juridique qu'elle était depuis la codification napoléonienne* ». Un

⁴⁰⁴ J. JOLY-HURARD et S. GUINCHARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, 2015.

⁴⁰⁵ C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, *Collection CÉDÉ*, 2011.

déclin du légicentrisme qui « *est de nature à favoriser la contractualisation des rapports sociaux, en général, et la contractualisation du procès, en particulier* ». En effet, il advient que la norme juridique est bien souvent particulièrement abstraite et générale, ne tenant pas compte des besoins particuliers propres à chaque situation. De ce fait, les litiges soulevés par les entreprises ont des difficultés à s'imbriquer dans les catégories juridiques préalablement établies, voir stéréotypées par ladite réglementation qui les régit. Des catégories juridiques permettant d'aboutir à la désignation juridictionnelle d'un gagnant et d'un perdant, voire de deux perdants si l'on estime que le gagnant est rarement totalement satisfait. Le système juridictionnel fournit des jugements qui emportent la destruction des relations entre les parties qui soumettent leur litige au juge plutôt que d'accomplir l'objet pacificateur, sinon restauratif, de la justice⁴⁰⁶. Un besoin d'une justice contractualisée adaptée au litige qui soulève d'autre part, une mutation sociétale qui tend vers l'individualisme faisant de l'individu le fondement de la société et des valeurs morales, favorisant ainsi l'initiative individuelle, l'indépendance et l'autonomie de la personne au regard de la société⁴⁰⁷. Un individualisme « *étroitement associé à la progression de la défense des droits de l'homme, parce qu'il place le sujet de droit au cœur du projet social, du progrès, de la liberté et de l'émancipation* », bien que cette acception ne soit pas sans inconvénients⁴⁰⁸. En effet, « *la reconnaissance de la personne moderne, construite sur des bases individualistes, requiert une consécration juridique car elle se pense et se réfléchit d'abord comme un sujet titulaire de capacités à faire et de prérogatives, que l'État est appelé à garantir de manière impérieuse* »⁴⁰⁹. Une demande de justice individualisée difficilement conciliable avec un système légicentrisme et un système juridictionnel par lequel le juge est amené à trancher un litige sur le fondement de normes abstraites lui fournissant un cadre juridique général. Pour faire face aux mutations sociétales et à l'évolution de la demande des justiciables en matière de justice, notamment des petites et moyennes entreprises qui intéressent

⁴⁰⁶ J. FAGET, *L'impensé de la médiation : contre-culture ou soft power*, Empan, 2008, Vol. 72, n° 4, p. 74.

⁴⁰⁷ Individualisme. *LAROUSSE*, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>.

⁴⁰⁸ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁴⁰⁹ E. PRAIRAT, *De la déontologie enseignante : valeurs et bonnes pratiques*, 2014.

particulièrement cette contribution, l'État français a opéré des réformes et a adapté ses institutions judiciaires et juridictionnelles.

B. LES MARC : LE DEVELOPPEMENT D'UNE JUSTICE PARTICIPATIVE EN RÉPONSE À LA CRISE DE LA JUSTICE

Il advient que « *pour tenter de remédier à cette image et surtout, afin de proposer aux justiciables une justice qui réponde à leurs attentes – proximité, simplicité, rapidité, écoute, moindre coût etc. - les pouvoirs publics se sont donnés pour priorité de promouvoir une nouvelle forme de justice, aux appellations très variées : justice négociée, amiable, consensuelle, alternative ou encore justice convenue* »⁴¹⁰. En effet, au regard du droit au juge, un droit fondamental consacré par les conventions internationales, notamment l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme⁴¹¹, mais également l'article 47 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne⁴¹² ; l'État se doit de garantir un libre accès à la justice mais surtout de prévoir des dispositifs judiciaires assurant l'effectivité de ce droit aux justiciables. Il résulte des articles précédents que l'État est contraint de garantir un droit au procès équitable de manière effective, notamment en termes de délai raisonnable ; de ce fait, afin d'évoluer et de s'adapter aux exigences sociales, le service public de la justice a connu des réformes qui tendent vers la responsabilisation des acteurs économiques dans la résolution de leurs différends. Le parti pris par l'État a été d'opter pour une solution déjà développée par la pratique juridique concevant que « *la justice puisse être privatisée ; c'est une philosophie,*

⁴¹⁰ J. JOLY-HURARD et S. GUINCHARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, 2015.

⁴¹¹ « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* » (pour partie), Droit à un procès équitable, Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, 4 novembre 1950, Conseil de l'Europe.

⁴¹² « *Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article* » (pour partie), Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, 4 novembre 1950, Conseil de l'Europe.

libérale, voire néo-libérale »⁴¹³. Une acception particulièrement libérale du système juridictionnel qui va constituer le fondement du développement d'une justice participative, voire démocratique. « Une nouvelle « gouvernance » voit le jour dans laquelle les modes de gouvernement seraient moins verticaux et autoritaires, plus contractualisés et consensuels » permettant « le glissement d'un imaginaire juridique adossé sur des valeurs collectives à un imaginaire démocratique qui donne à chacun la possibilité d'être producteur de droit ». Ainsi, « le fait de placer l'individu au cœur de la régulation sociale, de le considérer comme porteur de sa propre parole, s'intègre dans le projet individualiste postmoderne »⁴¹⁴, et va permettre de le responsabiliser quant à la gestion de son contentieux par la prévention mais également au stade de la résolution de ses conflits. Par la codification, et donc l'encadrement juridique d'une offre de justice, qu'elle soit amiable ou alternative, replaçant l'entreprise au cœur de ses différends et la rendant active par la participation quant à leur résolution, le législateur met à disposition des moyens juridiques adaptés pour une justice sur mesure et directe. Une justice participative qui va responsabiliser les acteurs économiques dans la gestion des risques de contentieux économique et dans le traitement de leurs conflits, ces derniers étant en première ligne quant à la résolution desdits conflits. Les MARC, en tant que traduction procédurale de la justice participative et des processus de pacification et de régulation des différends par les parties elles-mêmes, sans recours au juge, fondés sur des principes de participation directe et de la responsabilisation de chacun, constituent un courant de justice démocratique et restaurative, voire thérapeutique (notamment en matière pénale)⁴¹⁵. Une mutation sociétale de contractualisation des relations et donc de la résolution des conflits qui marque le passage d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié, et ainsi participatif. « Alors que la réponse judiciaire et institutionnelle était le principe », désormais les modes amiables de règlement des conflits deviendront le préalable à l'intervention de l'État qui n'interviendra qu'en vertu d'un

⁴¹³ B. LEMENNICIER, *L'économie de la justice : du monopole d'État à la concurrence privée ?*, in *Justices* 1, 1995, p. 135 et s.

⁴¹⁴ J. FAGET, *L'impensé de la médiation : contre-culture ou soft power*, Empan, 2008, Vol. 72, n° 4, p. 74.

⁴¹⁵ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

principe de subsidiarité ; « *une nouvelle forme de contrôle social se met en œuvre (...) qui repose non plus sur la contrainte mais sur le consentement et la participation des individus* »⁴¹⁶, non plus sur un jugement établi par un tiers mais sur un accord construit par les parties. Il reste dorénavant à définir de manière plus précise la notion des modes amiables de règlement des conflits, ainsi que les enjeux qu'ils comportent.

II. L'ESSOR DES « MODES AMIABLES DE REGLEMENT DES CONFLITS » DE L'ENTREPRISE

Les modes amiables de règlement des différends comme solution à la crise de la justice par la déjudiciarisation de la résolution des conflits et la responsabilisation des acteurs économiques véhiculent de nombreux enjeux pour ces derniers ; encore faut-il que les petites et moyennes entreprises soient en mesure d'appréhender la notion et de mesurer leur impact ainsi que l'opportunité de ces alternatives procédurales au juge.

A. L'APPRÉHENSION DE LA NOTION DE MODES AMIABLES DE REGLEMENT DES CONFLITS DE L'ENTREPRISE

Observer que les acteurs économiques, dont les petites et moyennes entreprises, sont responsabilisés par une déjudiciarisation de la résolution du contentieux économique est une chose, mais comprendre ce qu'implique le concept en est une autre ; dans ce sens, il va s'agir ici de déterminer ce que signifie la notion de modes amiables de règlement des différends, et notamment les disparités qui peuvent exister. *Alors qu'est-ce que sont les modes amiables de règlement des conflits ?* Déjà, en terme de définition, ils correspondent à l'ensemble des procédés visant à résoudre des conflits ou des litiges, sans recourir à un juge, par la formalisation d'un accord contractuel ; bien que les procédés seront plus précisément étudiés d'avantage par la suite, il est possible de citer à titre d'illustration, la « voie de la convention de procédure participative, de la conciliation ou de la médiation conduite par un tiers, ainsi que par le truchement de la transaction, mode conventionnel de solution de la contestation »⁴¹⁷. Une

⁴¹⁶ J. FAGET, *L'impensé de la médiation : contre-culture ou soft power*, Op. Cit.

⁴¹⁷ Voir sur ce point : Terme « Modes alternatifs de règlement des conflits (ou des litiges) », Droit civil / procédure civile, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

contractualisation de la résolution des différends, une privatisation par la responsabilisation des acteurs économiques, voire des justiciables dans leur ensemble en fonction des procédures, qui ne doit pas s'interpréter comme une possibilité de se faire justice soi-même dans le sens anarchique de l'expression. En effet, l'adage juridique qui veut que « *nul ne peut se faire justice à soi-même* » est un principe fondateur de la procédure civile qui exprime que la justice est une mission fondamentale de l'État qu'il ne saurait ni concéder ni aliéner ; reposant sur un état de droit, le service public de la justice est le gardien de l'application de la loi et du respect des droits de chacun⁴¹⁸. De nombreux débats sont à l'œuvre concernant la privatisation de la justice par les MARC, néanmoins il est possible de retenir que « *dès lors qu'un tiers s'interpose dans le processus de solution du conflit, que ce tiers soit juge, arbitre ou médiateur, le rapport à l'autre est médiatisé par l'institution du tiers* »⁴¹⁹ et relève dès lors d'un système de « Justice ». L'auteur qui émet ce postulat s'en remet d'avantage au sentiment de justice procurée traditionnellement par le juge mais qui peut être incarnée par un autre tiers ; il cite pertinemment les propos d'Aristote qui considère que le juge est « *pour ainsi dire, la justice incarnée* » ; dans le sens où « *dans la personne du juge, on cherche un tiers impartial et quelques-uns appellent les juges des arbitres ou des médiateurs voulant signifier par-là que, quand on aura trouvé l'homme du juste milieu, on parviendra à obtenir justice* »⁴²⁰. Une assimilation des modes conventionnels de régulation sociale que l'on retrouve dans de nombreux ordres juridiques, le code de procédure civile québécois par exemple a connu une grande réforme en 2003 afin de promouvoir les modes de prévention et de résolution des différends (dits PRD) comme extension du système judiciaire découlant des valeurs démocratiques fondatrices de la nation⁴²¹. Il est nécessaire d'observer également que « *l'intégration des modes amiables dans le corpus juridique français est en grande partie le résultat de la mondialisation des échanges et de la migration des modèles : l'influence des pratiques étrangères, des ADR (alternative dispute*

⁴¹⁸ MINISTERE DE LA JUSTICE, *Les fondements et principes de la Justice*, 1789.

<http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/les-fondements-et-principes-10032/>.

⁴¹⁹ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁴²⁰ J. TRICOT, *Éthique à Nicomaque*, Paris, 1987 — ARISTOTELES, *ēthiká Nikomácheia*.

⁴²¹ C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, *Collection CÉDÉ*, 2011.

resolution) développés aux États-Unis et au Canada est indéniable »⁴²². Par ailleurs, il est nécessaire d'observer que les modes amiables de résolution des différends bien que consistant en une voie de justice contractualisée et privée, ne peuvent pas totalement s'absoudre du système judiciaire. Effectivement, ces processus conventionnels sont, en tant que procédures, encadrés par le droit ; sur ce point, le Code de procédure civile consacre, outre le livre IV relatif à l'arbitrage, son livre V à la résolution amiable des différends. Il advient que « *le paysage actuel des modes amiables de résolutions des différends est extrêmement diversifié, à tel point que qu'il est quasi impossible de dresser une liste exhaustive des processus existants et des textes qui les consacrent (...) les MARD ayant été intégrés dans toutes les branches du droit avec des adaptations rendues nécessaires par les enjeux propres à chaque matière* »⁴²³. Les nombreuses réglementations ont, au fil du temps et des réformes, consacré le rôle des MARC dans le système judiciaire français ; les dernières législations vont particulièrement intéresser cette contribution dans le sens où elles marquent le franchissement d'une étape capitale dans la responsabilisation des acteurs économiques, du volontariat de la justice participative à l'obligation d'une tentative de résolution amiable avant de pouvoir saisir le juge dans le cadre de son office institutionnelle traditionnelle. Tel est l'objet notamment de la loi dite de modernisation de la justice du XXIème siècle de novembre 2016⁴²⁴ qui insiste sur la nécessité de « placer le citoyen au cœur du service public de la justice », une volonté qui « impose de favoriser les modes alternatifs de règlements des litiges en permettant au citoyen de régler son litige de manière négociée avant la saisine du juge et même une fois ce dernier saisi ». Des ambitions dont l'application a été préparée préalablement par le décret de mars 2015⁴²⁵ qui a pour objectif d'obliger les parties et les

⁴²² J. FAGET, *L'impensé de la médiation : contre-culture ou soft power*, Empan, 2008, Vol. 72, n° 4, p. 74.

— N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁴²³ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁴²⁴ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JOFR*, 19 novembre 2016, n°0269.

⁴²⁵ Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, *JOFR*, 14 mars 2015, n°0062.

professionnels du droit à envisager une solution amiable avant toute saisine du juge, modifiant de ce fait la culture du droit procédural en relayant la saisine traditionnelle au second plan et en mettant en avant les MARC qui deviennent un préalable obligatoire. Un tournant en matière de procédure civile, codifiée par les articles 56 et 58 du Code de procédure civile qui disposent respectivement que l'assignation en justice doit contenir à peine de nullité, « sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige »⁴²⁶. Une obligation de tentative de résolution amiable qui marque le point d'orgue du développement des modes amiables de résolution des conflits et de leur pleine intégration dans un système judiciaire réformé, une place renforcée par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle qui consacre la volonté législative d'une justice participative. Une volonté française qui s'inscrit de manière générale dans un courant international et soutenue par l'Union Européenne qui considère notamment la médiation comme un outil de performance et de sécurité des échanges⁴²⁷. Une directive qui a permis par transposition en droit français, la codification de l'article 1528 du Code de procédure civile disposant que « les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats »⁴²⁸. Il reste que les MARC, outre de constituer une réponse à la crise de la justice, regorgent d'enjeux pour les entreprises qui peuvent trouver de nombreux avantages à cette responsabilisation en matière de gestion du contentieux économique, de la gestion des risques de litige tel que cela a été abordée dans la première partie, à la résolution amiable du différend né dont il est question ici.

⁴²⁶ Articles 56 et 58, Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1976, en sa version consolidée au 1^{er} janvier 2018.

⁴²⁷ Directive (CE) n°2008/52 du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JOUE, n° L136.

⁴²⁸ Article 1528 issu de l'article 2 du Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, JOFR, 22 janvier 2012, n° 0019 — Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1976, en sa version consolidée au 1^{er} janvier 2018.

B. LES ENJEUX DE LA RESPONSABILISATION PAR L'ADOPTION D'UNE JUSTICE PARTICIPATIVE AU SEIN DE L'ENTREPRISE

La responsabilisation des acteurs économiques par la contractualisation des modes de régulation des conflits permet de mettre à disposition des PME des processus de résolution des différends sur mesure qui soit adaptés tout à la fois aux litiges qu'elles rencontrent, à la solution à apporter à celui-ci, mais également la possibilité d'une solution juridique économiquement et financièrement appropriée à l'organisation et aux exigences du monde des affaires.

1) LA RÉOLUTION GLOBALE DU CONFLIT

« *Le processus amiable permet de résoudre le conflit sous tous ses aspects, y compris les aspects psychologiques, humains et relationnel* »⁴²⁹, et donc le rétablissement du lien social par la résolution entière du litige, c'est-à-dire de la situation dans son ensemble. En effet, contrairement au recours formé auprès des institutions traditionnelles par lequel le juge ne peut trancher que les prétentions ayant des fondements juridiques, et seulement celles qui lui sont expressément soumises, les procédures amiables de règlement des différends vont bien plus loin dans la résolution du litige. Les fonctions de la médiation par exemple, découlent « *de sa fonction ontologique de communication éthique* » par laquelle le médiateur « *en tant que tiers impartial et neutre, sans pouvoir juridictionnel ou consultatif, favorise ce rétablissement par des entretiens confidentiels* »⁴³⁰. Il advient qu'en promouvant le rétablissement du dialogue entre les parties, et non un affrontement des prétentions personnelles de chacune d'entre elles, la médiation, et les MARC en général, permettent de rétablir la communication et de parvenir à une résolution juridique et relationnelle du différend, qui bien souvent oppose autant les prétentions des parties que les parties elles-mêmes. Des modes de résolution des différends qui, pour les petites et moyennes entreprises ont l'intérêt de permettre le maintien de la relation d'affaire pour l'avenir plutôt que d'obtenir seulement une solution au conflit au moment présent.

⁴²⁹ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁴³⁰ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Paris, Presses universitaires de France, 2009.

2) L'OPPORTUNITÉ D'UNE SOLUTION A-JURIDIQUE ET INNOVANTE

Outre de permettre une résolution du litige en lui-même et des difficultés relationnelles et psychologiques qu'il soulève, les MARC ouvre la possibilité de parvenir à une résolution a-juridique du différend. Autrement dit, alors que le juge est la bouche de la loi, celui-ci étant tenu de l'application du droit et pouvant seulement apporter une solution juridique, les tiers intervenant dans le cadre des MARC disposent d'avantage de marge de manœuvre quant à la solution, la seule véritable condition consistant à respecter les règles d'ordre public. Matériellement, alors « *que le système s'avère souvent inaccessible ou inapproprié pour résoudre un grand nombre de litige* », les MARC proposent aux PME des solutions qui, si elles sont « *parfois conformes aux règles du droit, dépassent généralement ce cadre strict dans la mesure où elles tentent de répondre au plus grand nombre possible de besoins des protagonistes. Ainsi, les solutions peuvent être d'ordre économique, relationnel, émotif, politique, psychologique et social* »⁴³¹. Alors que le jugement désigne un gagnant et un perdant, voire deux perdants, par la détermination de l'application qui doit être faite du droit dans le cadre des prétentions des parties, une solution a-juridique permet de s'abstraire des règles strictes du droit pour trouver la solution la plus adaptée à la situation des parties, notamment dans le cadre du commerce international (facilitant les difficultés juridiques dues aux règles de conflits de loi et aux disparités des ordres juridiques). Par ailleurs, « *le processus amiable autorise des solutions innovantes, adaptées, que l'application rigoureuse du droit ne permet pas* », celles-ci pouvant reposer sur des fondements techniques tels que des expertises ; ou encore permettre la combinaison de plusieurs processus amiables tantôt en série dans l'idée de résoudre en priorité les difficultés relationnelles et le litige technique par la suite, tantôt en parcellant le litige à résoudre et en affectant différents modes en fonction de la spécificité de chaque aspect du litige⁴³². Il reste que, et c'est un point non négligeable pour les entreprises, les MARC permettent d'accéder à des modes de règlement des conflits qui, modulables

⁴³¹ C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, *Collection CÉDÉ*, 2011.

⁴³² N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

conventionnellement, peuvent rester confidentiels ; un secret avantageux pour les organisations désireuses d'échapper à la publicité affectant les jugements classiques.

3) LES ENJEUX ÉCONOMIQUES ET FINANCIERS DES MARC

Si les modes amiables de règlement des conflits constituent au niveau macro-économique un « *objectif de bonne gestion des deniers publics en permettant de réduire les coûts publics de la résolution des conflits, et participent de la bonne gouvernance des services publics* »⁴³³ ; qu'en est-il pour les petites et moyennes entreprises ? Il est nécessaire d'observer sur ce point que s'il est « *traditionnellement difficile de connaître la réalité du coût de la solution judiciaire des litiges* », « *le montant du coût de la solution conventionnelle des litiges (étant) une donnée incertaine, sinon inconnue (...); une question que les professionnels français du droit ne confessent pas volontiers, même si la littérature sur le sujet est abondante* »⁴³⁴. Il advient que de nombreux critères doivent être pris en compte dans l'évaluation du coût de la résolution d'un litige, qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle. Il ne s'agit pas ici de déterminer qu'une procédure est moins cher que l'autre, mais de mesurer les éléments en jeu dans l'évaluation du coût d'une solution à un litige afin que l'entreprise puisse déterminer la solution, judiciaire ou conventionnelle, et parmi la diversité des solutions conventionnelles, celle qui paraît la mieux adaptée au litige qu'elle rencontre. Ainsi, il convient de retenir que les frais entrant dans la détermination du coût d'une procédure peuvent revêtir plusieurs formes : des frais divers (de communication, de déplacement, etc) ; des frais d'honoraires divers et administratifs qui peuvent varier en fonction de l'intervention de tiers professionnels autres que les parties intéressées qui vont prodiguer leurs conseils (rédaction d'actes, accompagnement et conduite de la procédure, techniciens et experts extérieurs, institutions, etc) ; divers frais de justice puisque que les procédures conventionnelles n'excluent pas systématiquement les frais de justice (enregistrement des actes, homologation judiciaire, etc) ; les délais et le temps consacré à la résolution du litige qui représente un coût à ne pas négliger pour les entreprises ; et autres, en fonction du litige. Des frais qui peuvent se limiter à très peu de chose lorsque la

⁴³³ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁴³⁴ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

procédure choisie fait intervenir un minimum de tiers extérieurs et professionnels de conseil, mais également que le litige soulève peu de complexité technique. En revanche, dès lors que le litige se complexifie, laisse présager de durer dans le temps, ou nécessite de faire appel à plusieurs intervenants (conseil, tiers impartial, expert, etc) ; la procédure doit être choisie avec soin puisque les coûts peuvent s'accroître rapidement. Aucune statistique ne permet à l'heure actuelle d'établir avec certitude les éléments précédents, seuls certains barèmes propres aux institutions et les honoraires de professionnels qui proposent leurs services en la matière peuvent éclairer les entreprises. Néanmoins, la littérature sur le sujet a tendance à considérer que les modes amiables de résolutions des différends impliquent généralement des coûts moindres que les procédures judiciaires contentieuses traditionnelles, et cela pour plusieurs raisons. Un rapport coût avantage qui penche souvent en faveur des processus amiables puisque quel que soit les frais, ces derniers sont généralement fixés au début de la procédure et n'évoluent pas au fur et à mesure comme pour la procédure judiciaire traditionnelle ; ensuite, certaines procédures de médiation et/ou de conciliation sont gratuites, répondent à un barème préétabli (lorsqu'une institution est saisie), ou bien sont déterminés conjointement par les parties et les tiers ; de plus, lors d'un processus amiable, les frais sont répartis entre les parties alors que lors d'un procès chacune supporte ses propres frais de justice ; il reste que les processus amiables, supposés s'adapter sur mesure au litige, ont vocation à durer moins longtemps dans le temps, les délais de procédure étant conventionnellement définis au début du processus et le tiers intervenant, contrairement au juge qui brasse de nombreux dossiers, est dévoué au litige à traiter, détenant par ailleurs les compétences techniques propres à solutionner le litige rapidement, et comme le dit l'adage, pour une entreprise : « *le temps, c'est de l'argent* ». De nombreux facteurs qui font pencher la balance économique en faveur des processus amiables, néanmoins il convient de retenir que tout va dépendre du litige et qu'il peut arriver que « *le MARC choisi, qu'il s'agisse de médiation ou parfois d'arbitrage, notamment international, se révèle finalement plus complexe et plus long que le recours à la justice étatique, ce qui va engendrer des coûts de défense plus élevés* »⁴³⁵. De ce fait, même si les processus amiables sont généralement moins

⁴³⁵ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

coûteux sur du court terme, il est nécessaire de bien analyser et mesurer l'ampleur du litige préalablement au choix de la procédure de résolution.

PARAGRAPHE 2ND : LA DÉJUDICIARISATION PAR LE DÉVELOPPEMENT D'UNE JUSTICE COOPÉRATIVE

Aux antipodes de la négociation sur position utilisée traditionnellement, notamment dans le cadre d'une résolution juridictionnelle devant les institutions traditionnelles, la négociation raisonnée s'inscrit dans le courant d'une justice coopérative prônant la recherche d'une solution commune au litige, et non sur la base d'un marchandage de position entre les différentes parties. Une recherche de solution coopérative qui doit répondre, pour aboutir à un accord final optimal, à certains principes fondamentaux ainsi qu'à la mise en œuvre d'une méthode singulière quant à la conduite du processus amiable.

I. LE FONDEMENT DE LA JUSTICE COOPÉRATIVE : LE CONCEPT DE LA NÉGOCIATION RAISONNÉE

Alors que la négociation sur position peut être perçue comme une bataille de perceptions et de prétentions divergentes, la négociation raisonnée prend le contrepied en désapprouvant l'efficacité du procédé contradictoire et en préconisant la coopération entre les parties dans la recherche collective d'une solution optimale suivant une ligne de conduite dictée par des principes directeurs primordiaux.

A. LA NOTION DE CULTURE DE COOPÉRATION

*« S'il est plus important pour les parties de renouer le dialogue, de maintenir la relation familiale, économique, d'affaires ou privée, que d'obtenir une solution juridique partielle, le recours à un MARD s'impose : il traduit le passage d'une culture de la conflictualité à une culture de la coopération »*⁴³⁶. Il advient que traditionnellement, et c'est la méthode adoptée lors d'un contentieux institutionnel devant le juge, les parties appréhendent le litige à travers une culture de conflictualité en présentant leurs prétentions et en s'arrêtant sur leurs positions. Dans

⁴³⁶ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

le cadre de cette conflictualité judiciaire, l'entreprise attend de son avocat qu'il défende bec et ongle sa position afin que le juge tranche le litige en sa faveur et qu'il désigne un gagnant et un perdant. Dans ce sens, Roger Fisher et William Ury ont démontré que la résolution d'un litige sur position laisse subsister la conflictualité, une solution juridique partielle qui, au final, ne constitue pas une bonne solution qui, sinon de désigner un gagnant et un perdant en lésant une partie, les laissent toutes deux perdantes. En effet, il résulte de la résolution du litige, que ce soit dans le cadre du recours au juge ou d'une résolution conventionnelle, fondée sur une négociation sur position traditionnelle que « *le litige n'est pas tranché : les parties se contentent de confronter leurs points de vue respectifs avec ou sans l'aide d'une tierce personne, pour tenter de trouver une solution au conflit qui les oppose* ». À l'inverse, une résolution coopérative reposant sur les MARC est avant tout caractéristique d'un « *état d'esprit, qui privilégie le dialogue, le contact humain et l'écoute ainsi que la participation* »⁴³⁷. Ainsi, contrairement à la négociation sur position qui veut que chacune des parties au litige adopte une position en présentant des arguments en sa faveur, généralement surévalués, afin de pouvoir par la suite faire des concessions pour parvenir à un compromis qui satisfasse partiellement chacune d'entre elles⁴³⁸ ; la négociation raisonnée repose sur un principe de coopération par lequel les parties ne partent pas sur des positions à marchander mais renouent préalablement le dialogue afin de trouver ensemble une solution à leur différend. Ces deux auteurs décrivent « *les clés de la négociation raisonnée, une alternative efficace aux deux positions habituellement adoptées lors d'une tractation, à savoir la méthode douce (être prêt à toutes les concessions pour éviter les conflits de personnes au risque d'avoir la sensation de s'être fait avoir) et la manière forte (envisager la négociation comme un affrontement). Il s'agit de « trancher les litiges « sur le fond » plutôt que de discuter interminablement des concessions que les parties en présence sont prêtes à consentir et de celles qu'elles refusent* », de fournir des efforts partagés pour parvenir à un bon accord, c'est à dire un accord sage et efficace, qui permet d'améliorer ou, du moins, de ne pas compromettre les relations entre les parties »⁴³⁹. Il convient d'observer que

⁴³⁷ J. JOLY-HURARD et S. GUINCHARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, 2015.

⁴³⁸ R. FISHER et W. URY, *Comment réussir une négociation*. Paris, Éditions du Seuil, 2006.

⁴³⁹ D. RABOUD, *William Ury, ou l'art de la négociation raisonnée*, in *Uni-Cité*, Université de Genève, 2016, Vol. 119, p. 16.

la distinction entre la négociation traditionnelle sur position et la négociation raisonnée ne repose pas sur la démarcation entre un jeu de « gentillesse » et de « méchanceté » ; une négociation raisonnée ne signifie pas être « gentil » envers l'autre partie mais s'attache davantage à la perception que l'on a de l'autre partie. Une perception raisonnée qui opte pour un style de négociation qui traite l'adversaire en ami plutôt qu'en ennemi afin de parvenir à la recherche d'un accord plutôt que d'une victoire⁴⁴⁰. L'élément substantiel de la négociation raisonnée, sinon de parvenir à un accord qui résolve le différend qui oppose les parties, est de maintenir les relations existantes qui sont compromises lors d'une négociation sur position. Un maintien des relations particulièrement important pour les petites et moyennes entreprises, que ce soit concernant un différend opposant un dirigeant à des prestataires commerciaux qui peut avoir des conséquences économiques majeures, ou bien en interne avec les parties prenantes qui peut avoir des effets négatifs sur la gestion de l'organisation (notamment pour les PME familiales). En effet, « *on voit des entreprises qui commerçaient ensemble depuis des années interrompre toute collaboration* » puisqu'au lieu de « *mettre au point ensemble une solution acceptable par toutes les parties en présence, on se bat (...) chaque négociateur expose ce qu'il veut et ce qu'il ne veut pas (..) la discussion ainsi conçue devient un affrontement de volontés* »⁴⁴¹. A l'inverse, la négociation raisonnée propose d'effacer la colère et la rancœur que peut provoquer un différend en renouant le dialogue entre les parties, afin que celles-ci parviennent à un accord où chacune est gagnante.

B. LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA NÉGOCIATION RAISONNÉE

Le déploiement d'une justice participative et coopérative à travers le développement des modes amiables de résolution des différends comportant une culture de négociation raisonnée représente des avantages certains, ainsi que des opportunités pour les entreprises, notamment les petites et moyennes entreprises, quant à la gestion de leur contentieux économique et à la résolution de leurs litiges. Néanmoins, l'appréhension de la négociation raisonnée et son utilisation lors d'un processus amiable exigent de maîtriser les principes fondamentaux de la

⁴⁴⁰ R. FISHER et W. URY, *Comment réussir une négociation*. Paris, Éditions du Seuil, 2006.

⁴⁴¹ R. FISHER et W. URY, *Comment réussir une négociation*., Op. Cit.

justice coopérative. Matériellement, les principes qui vont être énoncés par la suite vont sonner comme des évidences tellement ils relèvent simplement du bon sens, mais comme souvent les choses les plus simples s'avèrent les plus efficaces⁴⁴². *De ce fait, quels sont ses principes qui gouvernent la négociation raisonnée et sont nécessaires à l'obtention d'un accord coopératif?* Lors d'une négociation raisonnée, il va s'agir de garder à l'esprit les éléments suivants :

(1) La négociation raisonnée prône de **bâtir la confiance sans la surcharger** puisque sans confiance, les interlocuteurs ne seront pas en mesure de renouer le dialogue et chacune des parties campera sur ses prétentions initiales, sur ses positions. En revanche, la confiance doit être octroyée entre les parties de manière modérée en raison du fait que, même si les parties travaillent ensemble à la recherche d'une solution, leurs intérêts restent distincts ; (2) Ensuite, il est nécessaire de **traiter votre interlocuteur comme vous aimeriez être traité** : il advient effectivement que si l'on s'attend à ce que l'autre nous écoute et qu'il s'intéresse à notre perception de la situation, il est nécessaire d'adopter la même attitude en retour. Par ailleurs il n'y a point de dialogue sans écoute, chacune des parties doit donc embrasser une attitude relationnelle ouverte, d'intérêt et respectueuse envers le point de vue de l'autre ; (3) Il convient de comprendre que l'on peut **céder sans s'aider**, c'est-à-dire que contrairement à la négociation sur position, les parties ne marchandent pas leurs positions respectives, où l'une arrivent à faire céder l'autre et inversement. Dans le cadre d'une négociation raisonnée les parties vont d'avantage s'intéresser aux intérêts qui se cachent derrière les prétentions de façade, non sur la demande de l'interlocuteur mais sur ce qui la motive afin de mieux comprendre ses besoins, et qu'ainsi la solution réponde mieux au litige ; (4) Réaliser que l'on peut **s'aider sans céder** : autrement dit « *contrairement à l'idée reçue qu'il ne faut jamais dévoiler vos propres intérêts sous prétexte de vous affaiblir, il convient au contraire en permanence de bien les identifier et de les affirmer (... et) vous découvrirez ensemble que si les positions sont toujours contradictoires, les intérêts cachés derrière celles-ci ne le sont pas forcément* »⁴⁴³, dès lors les parties pourront faire émerger la solution adaptée à la situation ; (5) Il faut également veiller à

⁴⁴² D. RABOUD, *William Ury, ou l'art de la négociation raisonnée*, in *Uni-Cité*, Université de Genève, 2016, Vol. 119, p. 16.

⁴⁴³ M. GHAZAL, *Les 10 principes clés de la négociation raisonnée de Harvard*, 14 février 2016, <https://fr.linkedin.com/pulse/les-10-principes-clés-de-la-négociation-raisonnée-harvard-ghazal>.

ne pas chercher *ni à acheter ni à vendre la relation* dans le sens où les concessions qui pourraient être cédées par l'une ou l'autre des parties ne résolvent pas le conflit pour l'avenir, mais vont au contraire nourrir de nouvelles rancœurs et tendre à la création de nouveaux conflits pour l'avenir, chacun conservant le sentiment d'avoir été partiellement lésé par l'autre partie. Ainsi, pour éviter d'altérer la relation il faut cesser de la conditionner aux concessions de l'autre et partir de zéro, à la recherche d'une solution commune ; (6) Il faut *traiter le problème relationnel* avant le problème rationnel : autrement dit, il va s'agir d'apaiser les tensions, de renouer la communication et de solutionner le conflit « humain » avant le litige de fond à proprement parlé puisque, si le conflit relationnel est solutionné avant le conflit de fond, les rancœurs viendront nécessairement perturber la résolution de ce dernier ; (7) Il convient d'*explorer les idées des autres* avant de les accepter ou de les refuser, dans l'idée que le dialogue et l'échange de représentations vont favoriser la créativité et permettre d'aboutir, parmi les différentes idées soulevées, à la solution optimale pour les deux parties ; (8) Les parties doivent également *éviter la réciprocité négative* du « œil pour œil, dent pour dent » puisqu'il est nécessaire de bien comprendre que, dans le cadre de la négociation raisonnée, la résolution du différend n'est pas une bataille qui implique que les parties s'attaquent mutuellement, l'objectif étant que les deux parties coopèrent quant à la recherche d'une solution commune ; (9) Il faut *donner droit de cité aux émotions* dans le sens où les parties doivent pouvoir aborder sans difficulté les questions affectives pour rétablir une communication saine. Néanmoins, il est important de garder la maîtrise desdites émotions pour « *entamer les négociations dans un climat plus actif que réactif* »⁴⁴⁴ en exprimant ses émotions sans pour autant décharger les sentiments d'agressivité et de colère qui vont emporter des surenchérissements mutuels et l'échec de la négociation ; (10) Préparez avant de démarrer ce que vous allez faire *si la négociation échoue*⁴⁴⁵ : il advient effectivement que la négociation raisonnée prône l'obtention de la meilleure solution possible pour les parties ; une solution optimale qui peut consister en l'échec des négociations si celles-ci ne sont pas satisfaisantes. Les parties doivent donc prévoir l'issue à donner à la résolution du différend dans l'hypothèse de l'échec de ladite négociation,

⁴⁴⁴ R. FISHER et W. URY, *Comment réussir une négociation*. Paris, Éditions du Seuil, 2006.

⁴⁴⁵ M. GHAZAL, *Les 10 principes clés de la négociation raisonnée de Harvard*, 14 février 2016, <https://fr.linkedin.com/pulse/les-10-principes-clés-de-la-négociation-raisonnée-harvard-ghazal>.

une porte de sortie qui permet aux parties de ne pas se sentir prises au piège quant à la recherche d'un accord à tout prix mais, au contraire de le considérer comme une opportunité.

Il advient que de tels principes de justice coopérative s'expriment à travers l'application d'une méthode singulière lors de la mise en œuvre d'un processus de résolution amiable du différend qui oppose les parties.

II. LA MISE EN ŒUVRE DE LA JUSTICE COOPÉRATIVE : LA MÉTHODE DE LA NÉGOCIATION RAISONNÉE DE FISHER ET URY

La négociation raisonnée est un concept de justice coopérative dont la méthode repose sur quatre éléments essentiels qui distinguent les différents aspects du litige à résoudre opposant les parties comme suit⁴⁴⁶ :

<i>Hommes</i>	<i>Traiter séparément les questions de personnes et le différend</i>
<i>Intérêts</i>	<i>Se concentrer sur les intérêts en jeu et non sur les positions</i>
<i>Solutions</i>	<i>Imaginer un grand éventail de solutions avant de prendre une décision</i>
<i>Critères</i>	<i>Exiger que le résultat repose sur des critères objectifs</i>

Ces différents éléments nécessaires à la conduite d'une négociation raisonnée, rejoignant les principes directeurs, méritent que l'on s'intéresse davantage à leurs significations respectives.

A. LA DIFFÉRENCIATION DES DIFFÉRENTS ASPECTS DU LITIGE

Le premier élément méthodologique de négociation raisonnée va consister à différencier tous les aspects, dans le différend qui oppose les parties, en traitant séparément les questions de personnes et de différend. Autrement dit, il faut opérer une distinction entre l'aspect relationnel qui sera traité préalablement, et le traitement du fond du conflit qui interviendra par la suite. En effet, ce premier point soulève « *le fait que les négociateurs ne sont pas des robots mais des hommes doués de sensibilité ; chacun a sa propre façon de voir les choses, et ne sait pas toujours communiquer avec ses semblables* » ; un aspect affectif et relationnel du différend qui

⁴⁴⁶ R. FISHER et W. URY, *Comment réussir une négociation*. Paris, Éditions du Seuil, 2006.

« se mêle habituellement au contenu objectif de la question débattue, et si l'amour propre s'en mêle, comme dans la négociation sur positions, la situation est encore pire »⁴⁴⁷. Le concept de la négociation raisonnée, tel qu'il est proposé par ses deux éminents auteurs, W. Ury et R. Fisher, recommande donc de dissocier l'aspect relationnel du conflit qui oppose les parties négociatrices afin d'apaiser les choses et de pouvoir par la suite parvenir à une solution commune quant au fond du litige. Pour résoudre le côté humain et émotionnel du conflit, il est nécessaire de comprendre que les intérêts des parties, dans le cadre de la négociation raisonnée et d'un processus amiable sont doubles, la résolution du conflit en lui-même mais également la poursuite des relations commerciales avec l'autre. Il ne faut donc pas hésiter à aborder cette question, et ne surtout pas l'é luder et l'ignorer, afin de pouvoir par la suite entamer une réflexion coopérative pour solutionner le conflit technique de fond. Un aspect affectif qui, pour se résoudre, nécessite que chacune des parties s'intéresse aux pensées, aux ressentiments et à la perception de l'autre ; une compréhension mutuelle qui permet indubitablement de rétablir la communication et de dépasser les émotions négatives pour construire ensemble une solution optimale.

B. LA CONCENTRATION SUR LES INTÉRÊTS EN JEU ET NON SUR LES POSITIONS

Il advient ensuite que, pour parvenir à une solution judicieuse régie par le concept de la négociation raisonnée, les parties doivent s'entendre et concilier leurs intérêts et non leurs positions. En effet, « *les deux parties possédant à la fois des intérêts communs et d'autres opposés, tout l'enjeu de la négociation consiste à trouver un terrain d'entente conciliant les intérêts des uns et des autres ; plutôt que de définir une position fixe, chacun doit d'abord identifier ses intérêts face au problème pour pouvoir ensuite cerner les intérêts communs* »⁴⁴⁸. La question est donc la suivante : *quelle est la distinction entre les positions et les intérêts des parties négociatrices ?* Alors que les positions sont caractérisées par les prétentions, les demandes des parties qui ne peuvent amener qu'à un débat contradictoire, ou les uns et les autres vont partiellement céder à tour de rôle lors d'un marchandage ; les intérêts des parties

⁴⁴⁷ R. FISHER et W. URY, *Comment réussir une négociation*. Paris, Éditions du Seuil, 2006.

⁴⁴⁸ D. RABOUD, *William Ury, ou l'art de la négociation raisonnée*, in *Uni-Cité*, Université de Genève, 2016, Vol. 119, p. 16.

correspondent en revanche, à ce qui se cache derrière les prétentions, autrement dit ce que veulent réellement les parties avant de les traduire en prétentions, et sont en réalité le cœur du conflit en jeu. Pour déterminer les intérêts en jeu dans le différend, il va falloir aborder la question des préoccupations véritables des parties. « *Dans cette recherche des raisons qui incitent à adopter telle ou telle position, il faut faire un sort particulier aux exigences fondamentales qui nous motive tous (puisqu'en y) satisfaisant, on augmente à la fois ses chances d'obtenir un accord et, cela fait, de voir son adversaire le respecter* »⁴⁴⁹. Pour mettre en avant les intérêts en jeu, un seul mot d'ordre : Pourquoi. En effet, dès lors que les parties pourront déterminer pourquoi l'adversaire exige telle ou telle position, elles seront en mesure de véritablement solutionner leur différend ; l'exigence d'une somme d'argent précise peut cacher en réalité une exigence de sécurité, un besoin d'affirmation et de reconnaissance ; ou encore les négociations portant sur un différend économique avec un État ou une communauté peut revêtir d'avantage d'exigences fondamentales qu'économique, notamment de fierté pour faire reconnaître leur droit à être accepté et traité à part entière, de manière sécuritaire et égalitaire au traitement qui serait réservé à d'autres communauté. Il s'agit donc de déterminer les véritables difficultés sous-jacentes qui régissent le différend, et non les positions de façades adoptées par les parties, pour parvenir ensuite à une solution coopérative optimale devant procurer un bénéfice mutuel à chacune d'entre elles.

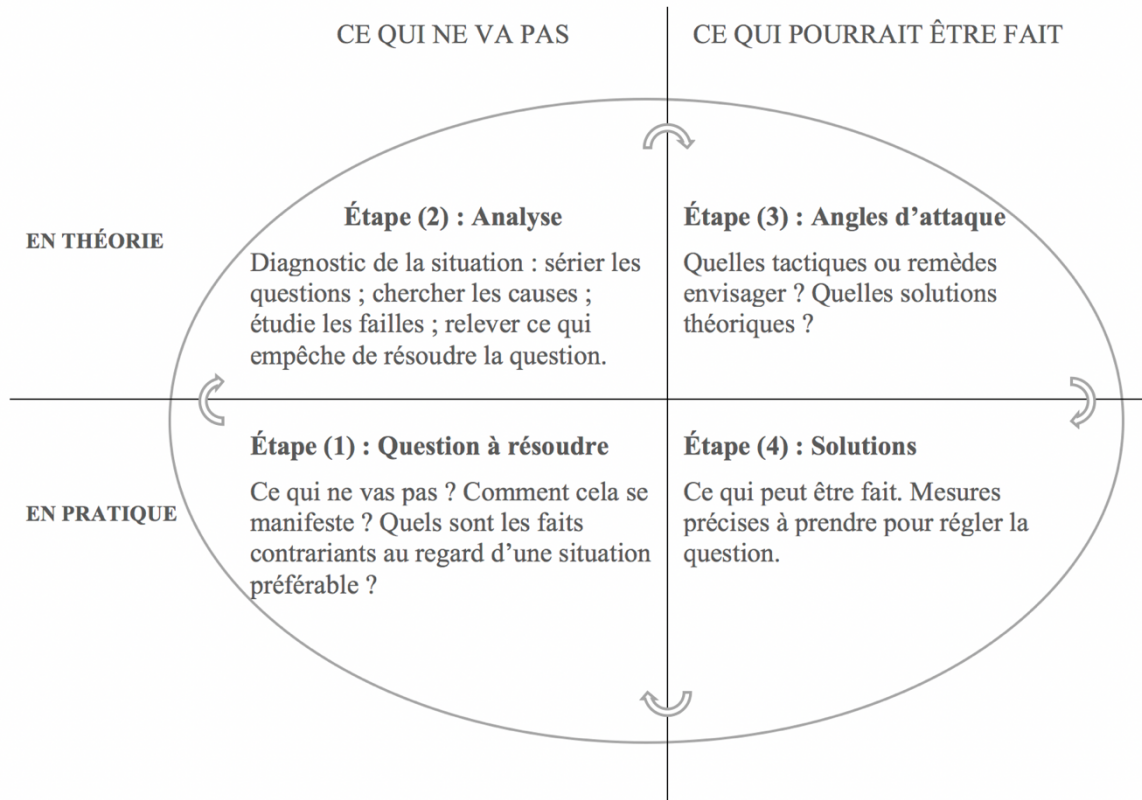
C. L'IMAGINATION DE SOLUTIONS PROCURANT UN BÉNÉFICE MUTUEL

Pour parvenir à une résolution optimale du différend procurant un bénéfice mutuel, le concept de négociation raisonnée préconise que les parties ne s'enferment pas dans une réflexion unique et bridée de la solution à donner au conflit. En effet, « *avant de parvenir à une solution unique, les auteurs insistent sur l'importance de commencer par envisager plusieurs solutions. Celles-ci doivent être obtenues au cours de phases d'invention qui encouragent l'émergence de solutions créatives et lors desquelles aucune décision n'est prise. Le but étant d'éviter à tout prix de clore la négociation avec un gagnant et un perdant, chaque partie doit s'efforcer de faire des propositions attrayantes pour l'autre de telle sorte que celle-ci puisse y donner son*

⁴⁴⁹ R. FISHER et W. URY, *Comment réussir une négociation*. Paris, Éditions du Seuil, 2006.

accord facilement (*Make a Yes-able proposal*) »⁴⁵⁰. Pour favoriser la créativité et la communication entre les parties, il est recommandé de suivre les étapes fondamentales de la théorie de « la carte en rond », comme suit :

Figure 11 : La carte en rond ⁴⁵¹



L'idée étant de parvenir à un accord reposant sur une réflexion poussée du différend et des intérêts des parties afin d'appréhender la solution de manière multiple et créative pour obtenir l'accord optimal au service d'un bénéfice mutuel. Il est possible d'observer que la carte en rond ne fait que proposer une série d'interrogation, dans le cadre de quatre étapes de réflexion distinctes qui s'enchaînent, de l'étude du conflit à la recherche de solutions. Une créativité tributaire du dialogue et de la communication qui s'établit entre les parties négociatrices et qui

⁴⁵⁰ D. RABOUD, *William Ury, ou l'art de la négociation raisonnée*, in *Uni-Cité*, Université de Genève, 2016, Vol. 119, p. 16.

⁴⁵¹ R. FISHER et W. URY, *Comment réussir une négociation*. Paris, Éditions du Seuil, 2006.

peut être encouragée par le cadre, l'environnement que les parties vont choisir pour les négociations. Effectivement, certains détails de l'environnement et du comportement lors des réunions de rencontre entre les parties négociatrices peuvent avoir des effets insoupçonnés non négligeable. Par exemple, il est possible de retenir le choix d'un lieu et d'un moment propice, de réduire le nombre de participants pour faciliter la communication, de s'adresser à l'autre par son prénom dans un cadre de détente pour permettre de faire tomber des barrières psychologiques, s'asseoir les uns à côté des autres plutôt que face à face pour permettre, sans s'en rendre forcément compte, de passer d'une optique de confrontation à une coopération par laquelle les parties regardent dans le même sens, etc. Il reste que les parties, pour coopérer doivent se sentir sur un pied d'égalité, et pour cela, rien de tel que de déterminer en amont de la négociation les critères objectifs à retenir durant le processus amiable, et qui guideront la recherche de solution.

D. L'EXIGENCE DE CRITÈRES OBJECTIFS DE NÉGOCIATION

« *Le commerçant a besoin d'être livré le lendemain, son fournisseur préfère livrer la semaine prochaine ; deux associés convoitent le même bureau, bien éclairé par une baie vitrée – autant de divergences qu'il ne faut pas passer sous silence* », une réalité des divergences entre les parties que la négociation raisonnée ne cherche pas à dissimuler mais à solutionner. Dans ce sens, et pour y remédier, « *un accord doit être fondé sur un critère juste qui n'a rien à voir avec le bon plaisir de qui que ce soit* »⁴⁵², selon des critères objectifs. À ce stade, il est loisible de s'interroger sur les caractéristiques d'un critère objectif ? Ces derniers vont pouvoir s'exprimer à travers différentes formes telles que des qualités fondamentales comme l'équité, la sécurité etc ; par des éléments neutres, à l'image de la topographie de l'environnement (une frontière naturelle lors d'un différend territorial par exemple) ou bien d'une expertise faisant intervenir un professionnel neutre extérieur aux parties négociatrices ; par des données scientifiques, des réglementations ou des antécédents juridiques, voire des coutumes professionnelles ; ou bien encore tout argument légitime qui soit neutre, qui ne proviennent pas de la volonté d'une partie ou de l'autre. Des critères objectifs qui doivent être communément recherchés, déterminés et acceptés par les parties négociatrices en jeu afin de réfléchir à une solution sur des fondations

⁴⁵² R. FISHER et W. URY, *Comment réussir une négociation*. Paris, Éditions du Seuil, 2006.

solides et collectives. Pour conclure, il convient de saisir l'état d'esprit de la négociation raisonnée, guidée par un esprit de justice coopérative où les enjeux ne sont pas de gagner ou de perdre face à la partie adverse, mais bel et bien de collaborer pour regarder dans la même direction afin d'aboutir à une solution optimale qui satisfasse les intérêts mutuels de chacun des interlocuteurs et permette le maintien de la relation pour l'avenir.

SECTION 2^{NDE} : UNE NOUVELLE ÈRE POUR LA PROCÉDURE CIVILE : L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DU DOMAINE DE LA RÉOLUTION AMIABLE DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE

« Inexorablement, une autre justice, dite amiable, hors les murs du palais de justice se substitue à la justice traditionnelle : c'est le procès qui sera un substitut au règlement amiable qui devient le nouveau droit de l'homme, alors que le droit au procès équitable devient un droit subsidiaire »⁴⁵³. Pour garantir ce droit, l'offre de justice évolue et se diversifie, tantôt de manière purement conventionnelle en tant que préalable obligatoire au recours aux institutions juridictionnelles traditionnelles, tantôt par l'intégration des processus amiables au sein même du système judiciaire en substitution au procès.

PARAGRAPHE 1^{ER} : LES MODES AMIABLES DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS : UNE OFFRE DE PROCESSUS PRÉALABLES OBLIGATOIRES

Dans un contexte où *« le procès judiciaire constitue le recours ultime non seulement parce qu'il est coûteux et long, mais surtout parce qu'il débouche sur la prise d'une décision exécutoire imposée par un tiers »*, un juge qui *« ne connaît pas toujours suffisamment les tenants et les aboutissants du litige, selon ce qu'admet le droit au plan de la qualification et de la pertinence »* et produisant une solution *« non seulement obligatoire, mais (qui) se limite aux sanctions prévues par le droit »⁴⁵⁴*, une justice dite alternative se développe. Il advient effectivement que les incitations législatives et jurisprudentielles, en vue d'un préalable amiable

⁴⁵³ C. BLERY et L. RASCHEL et S. AMRANI-MEKKI, *Quarante ans après : une nouvelle ère pour la procédure civile*, Dalloz, col. Actes, 2016.

⁴⁵⁴ C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, Collection CÉDÉ, 2011.

à l'action en justice, tendent à créer un « *droit de l'Homme subsidiaire : le droit à un procès équitable alternatif !* »⁴⁵⁵. Un droit qui répond à une économie procédurale en évolution dans laquelle la saisine du juge ne disparaît pas totalement, mais devient le recours ultime, subsidiaire et tributaire d'une tentative amiable de résolution ; et qui se développe en réponse à la codification progressive d'intégration des modes amiables rendant, pour inciter les parties à les utiliser, ce préalable obligatoire. De nombreux articles du Code de procédure civile vont dorénavant dans ce sens, il est possible de citer par exemple :

Les articles 56 et 58 du Code de procédure civile qui disposent que « *sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* » ; accompagnés de l'article 843 du même code, relatif à l'introduction de l'instance, qui précise qu'outre « *les mentions prescrites par l'article 58, la déclaration doit contenir, à peine de nullité, un exposé sommaire des motifs de la demande* ».

L'article 127 du Code de procédure civile vient affirmer cette volonté de tentative amiable préalable à toute instance en disposant que « *s'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation* ».

Il en résulte qu'en vertu de ce nouveau droit à un procès équitable alternatif, ou de cette nouvelle obligation d'une tentative de résolution amiable des litiges en fonction de la perception, le législateur a dû développer une offre de justice encadrée afin de garantir l'effectivité de ce droit aux justiciables. Une volonté de justice amiable alternative soutenue par la Cour européenne qui a affirmé que cette ambition « *poursuit un but légitime, une meilleure organisation du service public de la justice, et elle est conforme aux intérêts des parties qui, en outre ne prive pas du droit d'accéder au juge en cas d'échec de la tentative amiable* »⁴⁵⁶. De ce

⁴⁵⁵ C. BLERY et L. RASCHEL et S. AMRANI-MEKKI, *Quarante ans après : une nouvelle ère pour la procédure civile*, Dalloz, col. Actes, 2016.

⁴⁵⁶ « *Obligation de chercher à obtenir le règlement d'une action civile comme préalable indispensable à une procédure contentieuse contre l'État : non-violation* », CEDH, 26 mars 2015, Momčilović c. Croatie, n°11239/11.

fait, une grande variété de processus amiable s'est développée et a été, par la suite, codifiée pour être encadrée. Évidemment, il existe une multitude de procédures conventionnelles en France, mais également à l'étranger ; l'intérêt de cette contribution va se porter particulièrement sur les plus connues et notamment, celles qui sont codifiées. Certaines d'entre elles peuvent être conduites librement, fixées selon la volonté des parties, que ce soit par elles-mêmes ou avec l'assistance d'un tiers dont la mission sera de guider les parties, du rétablissement de la communication à la recherche d'une solution pour résoudre le conflit.

I. LA TRANSACTION : UNE SOLUTION PUREMENT PÉCUNIAIRE

Le premier des processus amiables est la transaction qui peut être définie comme un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître⁴⁵⁷. Ce mode amiable de résolution des différends, probablement l'un des plus anciens contrats du droit positif, est également le plus éloigné du concept de la négociation raisonnée puisque sa définition repose sur une négociation par « concessions réciproques » qui s'appuie d'avantage sur les positions des parties plutôt que sur leurs intérêts mutuels. Quant à son régime, la transaction est régie par le droit commun des contrats avec certaines particularités liées à son objet procédural de résolution des différends. La caractéristique principale de la transaction est que, « *plus que la volonté, même commune, de mettre fin au litige, c'est la renonciation à l'action qui est la marque propre de la transaction* » ; dans le sens où « *si l'une des deux parties venait à contester la chose transigée par voie judiciaire, elle se heurterait à une exception de transaction, soumise aux mêmes conditions et présentant les mêmes caractères que l'exception de chose jugée* »⁴⁵⁸. En effet, la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet⁴⁵⁹, et constitue donc bien une fin de non-recevoir. Souvent utilisée dans le cadre du droit du travail, de la responsabilité civile et des assurances, la transaction est

⁴⁵⁷ Article 2044 relatif aux transactions, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

⁴⁵⁸ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁴⁵⁹ Article 1052 relatif aux transactions, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

légalement imposée dans certains litiges tels que l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation⁴⁶⁰ qui a été étendue à l'indemnisation des victimes en matière de santé⁴⁶¹, pour des victimes de risques technologiques (article L.421-16 du Code des assurances) ; ou encore quant aux recouvrements en matière de sécurité sociale ; etc. « *À chaque fois, le mécanisme est peu ou prou le même : l'assureur ou le fonds de garantie est tenu de faire une offre de transaction à la victime qui peut l'accepter ou la refuser* »⁴⁶². Ce faisant, si l'offre est acceptée par la victime, la transaction est conclue et la victime renonce par la même occasion à agir en justice ; sous réserve que son consentement soit valable et que son préjudice n'évolue pas. Outre les assureurs et les fonds de garantie, la transaction est un mode de résolution des litiges prisé des entreprises pour sa simplicité, notamment en matière de rupture du contrat de travail, mais également pour son adaptabilité à de nombreux différends.

II. LA CONCILIATION CONVENTIONNELLE : L'ADAPTABILITÉ ENCADRÉE

Ensuite, initialement prévue par le décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, la conciliation conventionnelle est définie comme « 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 »⁴⁶³. Celle-ci trouve à s'appliquer de manière générale dans tous les domaines dont les parties ont la libre disposition de leurs droits, néanmoins « *il s'agit pour l'essentiel de conflits individuels avec les artisans et les entreprises, relatifs à des troubles de voisinage, des impayés, des litiges de*

⁴⁶⁰ Articles L.211-8 à L. 211-25 du Code des assurances.

⁴⁶¹ Notamment : Décret n°2001-963 du 23 octobre 2001 relatif au fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante institué par l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001, JOFR, 24 octobre 2001 ; des victimes d'accidents médicaux, d'infections nosocomiales (article L. 1142-4 et s. du Code de la Santé Publique) ; etc.

⁴⁶² L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁴⁶³ Article 1530 relatif à la médiation et la conciliation conventionnelle, dans le livre V concernant la résolution amiable des différends, Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

consommation, des problèmes locatifs, ... »⁴⁶⁴. Conformément aux dispositions du Code de procédure civile, le conciliateur peut être saisi sans forme par toute personne physique ou morale, ce qui signifie qu'elle peut se faire par écrit sur tout support, mais également verbalement ; cela que ce soit par les deux parties de manière conjointe ou bien unilatéralement⁴⁶⁵. Dans le cadre d'une conciliation, le conciliateur tente par un dialogue approprié d'amener les parties à dégager la solution qui paraît la meilleure⁴⁶⁶. Pour cela, le dispositif législatif laisse une grande liberté au processus de conciliation en ne précisant pas de méthode particulière à utiliser. Le conciliateur apparaissant simplement comme un « *facilitateur de discussion entre les parties, il peut faire des incursions dans la discussion qui s'établit entre les parties, orienter la suite des échanges, faire émerger les éléments d'une proposition de conciliation (en présentant) les arguments en faveur de telle ou telle solution de manière impartiale et objective, sans jamais imposer son point de vue* »⁴⁶⁷. La seule véritable contrainte dans la conduite d'un processus de conciliation est traduite par l'obligation de respecter des principes fondamentaux ; le tiers choisit devant exécuter sa mission avec impartialité, compétence et diligence, et le processus est soumis dans son ensemble au principe de confidentialité⁴⁶⁸. Une procédure qui se conclue, en cas de conciliation, par la rédaction d'un constat d'accord signé par les parties et le conciliateur de justice⁴⁶⁹ ; bien que dans l'hypothèse d'une exécution spontanée et immédiate, un accord verbal suffit à mettre fin au différend qui opposait les parties. L'intérêt singulier de la conciliation pour les petites et moyennes entreprises consiste en l'opportunité de trouver un arrangement amiable à la fois rapide et gratuit par

⁴⁶⁴ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁴⁶⁵ Article 1536, Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

⁴⁶⁶ Circulaire n° SJ 93-005 AB1 du 16 mars 1993 relative au recrutement et à la gestion des conciliateurs, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice n°103.

⁴⁶⁷ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Op. Cit.

⁴⁶⁸ Articles 1530 et 1531, Code de procédure civile, Op. Cit.

⁴⁶⁹ Article 1540, Code de procédure civile, Op. Cit.

l'intervention d'un tiers, le conciliateur de justice, un auxiliaire de justice bénévole nommé par ordonnance en raison de son expérience ; dès lors qu'une solution est trouvée, les parties peuvent faire homologuer le constat d'accord par le juge afin de lui octroyer une force exécutoire.

III. UN MODE DE RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS PARTICULIÈREMENT PROMETTEUR POUR LES PME : LA MÉDIATION

« Si le modèle de la conciliation n'emprunte pas une infinie variété de formes différentes, il n'en va pas de même pour la médiation qui est assurément polymorphe (et) qui se développe de plus en plus selon des chemins très divers »⁴⁷⁰. Il existe effectivement de nombreuses formes de médiation, d'une version totalement libre, organisée par les parties sans contrainte particulière ni forme imposée, à une forme institutionnalisée, en passant par des formes de médiation organisée par la loi et qui s'imposent aux parties, ces dernières intéresseront cette contribution par la suite. **La médiation extrajudiciaire purement conventionnelle** est le mode de résolution amiable des différends qui représente le mieux le concept de la négociation raisonnée puisque, contrairement à la transaction par exemple, la médiation tente d'éviter de que la négociation se construise autour des positions des parties antagonistes. En effet, si la médiation conventionnelle partage sa définition avec la conciliation conventionnelle, toutes deux codifiées par l'article 1530 du Code de procédure civile, quelques différences sont à observer entre les deux processus amiables. La médiation appartient tout particulièrement au courant de la justice participative en ce qu'elle consiste à « offrir un processus de négociation spécifique, qui fait appel au service d'un tiers impartial qui ne détient ni pouvoir coercitif ni pouvoir décisionnel, pour aider les parties en conflit à trouver des solutions à leur litige (; le tiers devant assister les parties pour qu'elles) déterminent les questions à résoudre et leurs besoins, à assurer une communication efficace entre elles, à aider à faire ressortir des options pour une solution à leur différend, et enfin à les amener à conclure une entente mutuellement satisfaisante »⁴⁷¹. En comparaison avec la conciliation, la médiation est soumise aux mêmes principes directeurs quant à la conduite du processus amiable et aux qualités du médiateur, mais les parties sont libres de choisir le tiers qui remplira cette mission, ce qui mérite d'opérer un

⁴⁷⁰ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁴⁷¹ C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, Collection CÉDÉ, 2011.

choix réfléchi en termes de compétences de ce dernier. Dans le même état d'esprit de liberté des parties, celles-ci choisissent les modalités de la procédure (date de réunion, lieux, délais de la procédure, etc) qu'elles peuvent établir sous forme de contrat de médiation. Une fois une solution mutuellement bénéfique trouvée, les parties peuvent lui laisser une forme purement consensuelle ou la rédiger sous forme écrite. Un acte qui peut lui-même être formalisé en lui conférant la valeur d'un acte sous seing privé si des avocats sont intervenus, ou bien « *l'accord de médiation peut (également) prendre la forme d'une transaction ou d'un protocole transactionnel (dont) les conditions de validité sont alors soumises aux exigences de l'article 2044 et suivants du Code civil et notamment à l'existence de concessions réciproques équilibrées* »⁴⁷². Des actes qui peuvent par la suite, être homologués par le juge afin que celui-ci leur confère la force exécutoire ; bien que l'homologation soit facultative, elle est conseillée afin de pouvoir obtenir l'exécution du contenu de l'accord dans l'hypothèse de l'inexécution de l'une des parties. Il reste à observer que certaines institutions, souvent des centres d'arbitrage qui ont étendu leur champ d'intervention, permettent aux parties de recourir à **un processus de médiation extrajudiciaire dans le cadre d'une institution privée** ; « *ces organismes proposent ainsi des règlements de médiation que les parties peuvent décider d'adopter pour résoudre leur différend* »⁴⁷³. Autrement dit, ces institutions permettent aux parties de recourir à une procédure de médiation conventionnelle dont le cadre est institutionnalisé, c'est-à-dire que le centre vient encadrer le processus par un règlement qui prévoit déjà le déroulement de la procédure, ses modalités du début à la fin ; un service qui représente un coût à prendre en compte pour l'entreprise mais qui, en contrepartie, lui garantit une certaine sécurité dans la conduite de la résolution amiable de son différend, notamment en lui proposant une liste de médiateurs sélectionnés par l'institution⁴⁷⁴.

Les relations d'affaires et/ou les différends d'entreprises sont le terrain de prédilection de la médiation, celle-ci étant considérée par de nombreux auteurs et professionnels du droit

⁴⁷² N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁴⁷³ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁴⁷⁴ Pour aller plus loin, CENTRE DE MEDIATION ET D'ARBITRAGE DE PARIS (CMAP), *règlement de médiation*, <http://www.cmap.fr/le-cmap/reglement-de-mediation/>.

comme le processus amiable le plus prometteur pour les petites et moyennes entreprises. En effet, la médiation conventionnelle se pare de nombreux atouts tels que, parmi d'autres, le fait de favoriser une meilleure communication entre les protagonistes permettant de mettre en œuvre une recherche de solutions réalistes et viables, qui auront plus de chance d'être exécutées, en cernant plus précisément les véritables enjeux du différend. Ou encore le fait qu'elle vise le maintien potentiel des liens relationnels entre les parties, ce qui n'est pas négligeable dans le cadre d'une communauté économique restreinte par le public concerné par le marché de l'entreprise ; mais elle est également intéressante puisqu'elle assure des économies significatives en matière de résolution des différends pour des entreprises majoritairement considérées comme modestes. Sur ce dernier point, les économies réalisées comparativement aux coûts d'une procédure traditionnelle ne s'entendent pas uniquement en termes économiques et financiers, mais aussi en termes de temps de procédure, de temps consacré par le dirigeant de la PME à la procédure, mais également aux difficultés affectives personnelles et relationnelles que peut comporter la résolution d'un différend. Bien que contrairement à la conciliation, la médiation ne soit pas gratuite, il advient que « *les personnes qui dirigent des PME valorisent l'indépendance, la liberté et l'autonomie que leur offre l'entrepreneuriat (souhaitant être maîtres chez eux). La justice participative offre aux PME la possibilité d'identifier elles-mêmes des solutions juridiques ou non juridiques qui répondent à leurs besoins et leurs intérêts pour prévenir et régler leurs différends (cela en requérant peu de ressources financières) comparé au procès judiciaire* »⁴⁷⁵.

IV. UNE PROCÉDURE AMIABLE SINGULIÈRE CONDUITE PAR L'ASSISTANCE D'AVOCATS RESPECTIFS : LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE

À la croisée des modes amiables de résolution des différends extrajudiciaires et judiciaires, en raison de son aspect conventionnel et de son objet de complémentarité avec le recours judiciaire traditionnel, en fonction du litige rencontré par l'entreprise, celle-ci peut recourir à la procédure participative. Venant ainsi renforcer « *le mouvement de contractualisation de la justice, et puisant son inspiration dans ce que l'on appelle le droit collaboratif, venu d'outre-Atlantique, cette convention de procédure participative porte bien*

⁴⁷⁵ C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, *Collection CÉDÉ*, 2011.

son nom puisqu'il s'agit d'un contrat sur la procédure que les parties, assistées de leurs avocats respectifs, concluent pour organiser la négociation destinée à parvenir à une solution amiable de leur litige »⁴⁷⁶. En effet, ce processus amiable a été codifié en droit français à l'occasion du décret n°2012-66 du 20 janvier 2012, intégrant les articles 1542 et suivants dans le Code de procédure civile ainsi que les articles 2062 à 2068 du Code civil qui y sont consacrés ; modifiés tout récemment par la réforme de modernisation de la justice du XXIème siècle⁴⁷⁷. L'article 2062 du Code civil, notamment, vient donner la définition de la procédure participative suivant les dispositions suivantes : « La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige ». Cela dans les conditions prévues au sein de l'article 2064 du même code qui dispose que « toute personne, assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition ». La procédure participative est un processus amiable qui répond à des caractéristiques et un régime très particulier qui méritent d'être précisés.

Matériellement, il convient d'observer que la procédure participative assistée par avocat comprend deux phases distinctes qui se traduisent par l'établissement préalable d'une convention qui va organiser la procédure et engager les parties dans le bon déroulement de celle-ci ; puis, une phase de procédure amiable à proprement parlé. Il advient également que la convention de procédure participative va donner lieu « à un processus de résolution amiable comportant une phase conventionnelle au cours de laquelle les parties cherchent un accord puis une phase judiciaire facultative au cours de laquelle les parties peuvent faire homologuer leur accord afin de lui conférer la force exécutoire (ou bien) en cas d'échec, une passerelle est prévue entre la phase conventionnelle et la procédure juridictionnelle »⁴⁷⁸. Autrement dit, les parties doivent commencer par établir une convention de procédure participative qui va encadrer le processus participatif qui intervient ensuite ; et c'est justement ce dernier qui traduit le double

⁴⁷⁶ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁴⁷⁷ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JOFR, 19 novembre 2016, n°0269.

⁴⁷⁸ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

aspect, à la fois extrajudiciaire et judiciaire de la procédure participative. Un processus extrajudiciaire dans le sens où il correspond à un mode amiable de résolution des différends qui est conduit par les parties et leurs avocats respectifs sans l'intervention du juge, qui aboutit en cas de réussite des négociations à un accord conventionnel. Néanmoins, cet aspect est doublé d'une aura judiciaire en raison du lien que la procédure participative conserve avec le recours judiciaire puisque la conclusion d'une convention de procédure participative avant la saisine d'un juge rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige⁴⁷⁹ ; ou encore parce que cette procédure peut être utilisée à titre de mise en état du différend ; mais également puisqu'en cas d'échec ou d'accord partiel, la résolution du litige conduit les parties à une procédure juridictionnelle⁴⁸⁰. Il reste que l'assistance obligatoire et la conduite de l'intégralité du processus participatif par des avocats traduit la consécration de l'intégration de la justice participative dans le système judiciaire français, prônant une justice conventionnelle à travers laquelle l'encadrement institutionnel est transmis aux avocats qui viennent incontestablement apporter une certaine sécurité juridique en raison de la stricte déontologie professionnelle qui les gouverne. Un monopole conféré aux avocats⁴⁸¹ qui disposent d'un rôle très particulier dans le processus participatif, à la fois de conseil quant à la rédaction et l'élaboration de la convention de procédure participative, de conseil au cours de la procédure en elle-même, au cours de laquelle ils vont aider les parties dans la recherche d'une solution, puis de rédacteur quant à l'accord final éventuel ; par ailleurs, tout au long du processus, l'avocat est le garant du suivi et de la régularité du processus participatif, véritable prescripteur d'une procédure qui ne peut avoir lieu sans lui.

Concernant le régime juridique et les caractéristiques de *la convention de procédure participative*, celle-ci doit répondre à des conditions de validité légale. Il est nécessaire

⁴⁷⁹ Article 2065 relatif à la convention de procédure participative, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

⁴⁸⁰ Article 1543 relatif à la procédure participative, Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

⁴⁸¹ Article 66-5 de la Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, JO, 5 janvier 1972, p.131.

d'observer que c'est un acte juridique signé par deux parties assistées par leur avocat respectif qui permet d'engager un processus amiable qui soit sécurisé, cela sur des droits dont les parties ont la libre disposition. Sur ce dernier point, il est intéressant de souligner pour les entreprises que la loi, dite « Macron » de 2015⁴⁸², a étendu le domaine de la procédure participative devant le conseil de prud'hommes alors que cela était proscrit. Ensuite, cette convention doit être formalisée par écrit et contenir certaines mentions à peine de nullité dont l'objet du différend opposant les parties ; son terme puisque la convention de procédure participative est limitée dans le temps ; les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend ou à la mise en état du litige et les modalités de leur échange ; le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État ; les exigences relatives à l'identification des parties et des avocats ainsi que les modalités de répartition des frais⁴⁸³ ; mais également, puisque c'est son objet, la définition des modalités de la procédure à suivre (réunions, périodicité, lieu, etc). Par ailleurs, aux termes de l'article 2065 du Code civil, le législateur a entendu prévoir un temps de processus amiable interdisant toute démarche judiciaire, en déclarant irrecevable toute demande en justice pendant la durée de la convention (sauf exceptions), afin que les parties s'impliquent entièrement dans le processus amiable et de ménager les chances de négocier un accord. Quant à **la procédure participative** en elle-même, la procédure se déroule en deux phases selon une procédure conventionnelle de recherche d'un accord et se poursuit, le cas échéant, par une procédure aux fins de jugement⁴⁸⁴. Une procédure conventionnelle qui est gouvernée par les mêmes principes directeurs que les autres modes amiables de résolution des différends, dont le respect est d'autant plus garanti en raison de l'application des règles déontologiques propres à la profession de l'avocat qui conduit cette procédure. Parmi ces principes, la confidentialité est une des garanties inhérentes aux modes amiables, ici assurée par le secret professionnel de l'avocat. Enfin, si les parties

⁴⁸² Loi n° 2015-990 du 06 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi Macron), JOFR, 7 août 2015, n° 0181.

⁴⁸³ Article 2063, Code civil, Op. Cit. ; Article 1545 relatif à la procédure participative, Code de procédure civile, Op. Cit.

⁴⁸⁴ Article 1545 relatif à la procédure participative, Code de procédure civile, Op. Cit.

parviennent à un accord réglant en tout, ou partie, leur différend, la convention de procédure participative prend fin et les parties formalisent cet accord sous forme contractuelle, qu'elles peuvent faire homologuer par le juge. Lorsque la procédure participative « *n'a pas abouti à un accord total soumis à l'homologation du juge, le Code de procédure civile a prévu deux types de procédures à fins de jugement : la procédure d'homologation d'un accord partiel et de jugement du différend résiduel ou la procédure de jugement de l'entier différend* »⁴⁸⁵. Il en résulte que l'intérêt de la procédure participative pour une petite et moyenne entreprise consiste à recourir à un mode amiable de résolution des différends qui soit à la fois très libre, encadré et sécurisé dans le sens où les parties prévoient entièrement leur procédure elles-mêmes de manière conventionnelle qui, obligatoirement formalisée par écrit donne un cadre au processus amiable dont la régularité est garantie par l'assistance des avocats. Ainsi, pour des petites et moyennes entreprises qui veulent mettre en œuvre un processus amiable conventionnel qui garantissent une procédure encadrée par des professionnels du droit, la procédure participative offre les avantages des modes amiables conventionnels dans le cadre d'une procédure formalisée et sécurisée.

PARAGRAPHE 2ND : LES MODES AMIABLES DE RÉOLUTION DES DIFFÉREND : UNE OFFRE DE PROCESSUS DE SUBSTITUTION AU PROCÈS

Dans l'idée d'éviter le procès traditionnel et les désavantages qui le ternissent, l'institution judiciaire se modernise et renouvelle son offre de justice par l'intégration des processus amiables comme substitut au procès traditionnel. Pour ce faire, l'office du juge évolue et se diversifie, celui-ci pouvant substituer le fait de trancher le litige opposant les parties selon la stricte application des règles de droit selon diverses possibilités, dans le cadre des différentes procédures judiciaires de résolution amiable des différends à la délégation à des entités spécifiques et/ou selon des procédures spécialement définies par la loi.

⁴⁸⁵ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

I. LES MODES AMIABLES DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS AU SEIN DES INSTITUTIONS JUDICIAIRES : LE SUBSTITUT AU PROCÈS

Dans l'esprit de proposer un système judiciaire adapté à la demande sociale et qui garantisse l'effectivité du nouveau droit à un procès équitable alternatif, le législateur a opéré une diversification de l'offre de justice en matière conventionnelle certes mais pas seulement, il a également prévu, pour faciliter l'accès aux modes amiables de résolution des différends, des processus amiables au sein même des institutions judiciaires. Il advient que, dans un dessein incitatif, le préalable amiable est intégré de manière législative dans les institutions judiciaires traditionnelles. En effet, il existe souvent un écart considérable entre la théorie, la réglementation qui prévoit une normalisation générale et souvent stéréotypée d'une situation de fait, et la pratique, beaucoup plus précise et qui ne rentre pas nécessairement dans le moule prévu par la loi. Dans ce sens, « *le traitement de la litigiosité par le juge n'est pas d'une pièce ; il ne se limite pas à trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables selon la formule éprouvée par l'article 12, alinéa 1^{er}, du Code de procédure civile* », le rôle du juge ne pouvant vraisemblablement se limiter à « *imposer une décision qu'il aura prise par application des règles du droit étatique au terme d'un syllogisme impeccable, bien que souvent factice* »⁴⁸⁶. Le développement de l'offre de justice judiciaire a ainsi permis de diversifier l'office du juge en lui conférant de nouvelles compétences, de statuer de manière amiable en vertu de moyens plus étendus que la stricte application des règles de droit. Parmi les processus amiables au sein des institutions judiciaires à disposition des petites et moyennes entreprises, il est possible de citer, et de s'intéresser particulièrement, à la conciliation judiciaire, la médiation judiciaire ainsi qu'à la faculté pour le juge, dans des conditions spécifiques, de statuer en équité lors du processus d'amiable composition judiciaire.

Aux termes de l'article 21 du Code de procédure civile, il *entre dans la mission du juge de concilier les parties* ; cela devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction⁴⁸⁷. Il advient que dans « *la*

⁴⁸⁶ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁴⁸⁷ Article 749 relatif aux principes directeurs du procès, Code de procédure civile, Op. Cit.

tradition française, la conciliation est doublement judiciaire : d'abord, parce qu'elle est mise en œuvre à l'occasion d'un procès; ensuite, parce qu'elle est mise en œuvre par le juge lui-même qui, en cas d'échec, conservera la connaissance du litige afin de le trancher »⁴⁸⁸. Une conciliation judiciaire directe qui mérite d'être nuancée par la possibilité pour le juge, à côté de pouvoir mener la conciliation lui-même, de la déléguer à un conciliateur de justice qu'il désignerait, une conciliation judiciaire dite indirecte. Ainsi, concernant la mise en œuvre de **la conciliation judiciaire**, les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, au lieu et au moment que le juge estime favorables et selon les modalités qu'il fixe, tout au long de l'instance⁴⁸⁹. Le moment favorable peut se traduire, en fonction du juge, de la juridiction et/ou des spécificités du litige, *dès la première instance*, le juge opérant à cette occasion un tri des dossiers pouvant être éligibles à ce processus amiable ; ou encore pendant la phase de mise en état, autrement dit lors d'une phase d'instruction du différend ; mais certaines juridictions privilégient la conciliation des parties lors de l'audience, après avoir écouté les plaidoiries ou les observations des parties et renvoient l'affaire à une audience ultérieure en cas d'échec de la conciliation ; ou encore, en cours de délibéré. Sur ces derniers exemples, il est possible d'observer que la méthode s'éloigne du concept de la négociation raisonnée qui prône, préalablement à toute recherche de solution, de rétablir le dialogue entre les parties puisqu'en l'espèce, les parties ont pour certaines déjà défendu leurs positions à travers les plaidoiries de leurs avocats, au lieu de rechercher une solution en fonction d'intérêts commun dès le départ ; un retour en arrière qui paraît compliqué et qui ressemble d'avantage à une transaction judiciaire à partir des positions respectives des parties plutôt qu'à la conciliation conventionnelle. À l'inverse, une conciliation judiciaire menée dès le début de l'instance peut recouvrir d'avantage d'intérêt en termes de solution. Que la conciliation soit menée directement par le juge, ou indirectement par la délégation à un conciliateur de justice dans un cadre préalablement fixé par le juge⁴⁹⁰, leur rôle est de conduire les parties, à travers des techniques de communication et de négociation raisonnée, à trouver un accord sans leur imposer une solution qu'ils imposeraient

⁴⁸⁸ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁴⁸⁹ Articles 128 et suivants relatifs à la conciliation, Op. Cit.

⁴⁹⁰ Article 129-2 relatif à la conciliation déléguée à un conciliateur de justice, Code de procédure civile, Op. Cit.

par leur autorité. Il advient que la teneur de l'accord, même partiel, est consignée, selon le cas, dans un procès-verbal signé par les parties et le juge ou dans un constat signé par les parties et le conciliateur de justice, dont des extraits du procès-verbal dressé par le juge peuvent être délivrés pour valoir titre exécutoire⁴⁹¹. Il advient que, à tout moment, les parties ou la plus diligente d'entre elles peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le conciliateur de justice qui statuera sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties à l'audience, et homologuera l'accord. Il reste que « *la conciliation par le juge permet donc à la fois d'apporter aux entreprises la possibilité de définir le contenu de leur accord en toute connaissance de cause, et de bénéficier des garanties processuelles essentielles, avec des aménagements nécessaires au bon déroulement de la conciliation (comme l'absence de publicité des audiences de conciliation ou encore la possibilité pour le juge d'avoir des entretiens individuels, des apartés, avec l'une ou l'autre des parties)* »⁴⁹².

Concernant **la médiation judiciaire**, elle était initialement entendue comme une simple modalité incidente de la conciliation judiciaire, née d'une interprétation extensive de la possibilité pour le juge de concilier les parties, qui intervient au cours de l'instance. Conformément aux dispositions de l'article 131-1 du Code de procédure civile, la médiation judiciaire ou juridictionnelle est « une tentative de résolution amiable des litiges par l'intervention d'une tierce personne désignée par le juge saisi du litige, mais avec l'accord des parties, ayant pour mission d'entendre celles-ci, de confronter leurs points de vue et de leur soumettre un projet de solution »⁴⁹³. En termes de comparaison avec la conciliation-mère, il est possible d'observer que la médiation judiciaire ne peut avoir lieu qu'avec l'accord des parties, que celle-ci est nécessairement déléguée à un tiers, que le médiateur ne dispose pas des mêmes pouvoirs que le conciliateur de justice mais également, qu'en aucun cas elle ne dessaisit le juge,

⁴⁹¹ Articles 130 et 131 relatifs à l'acte de conciliation, Code de procédure civile, Op. Cit.

⁴⁹² N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁴⁹³ Voir sur ce point : Terme « Médiation judiciaire ou juridictionnelle », Procédure civile, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

qui peut prendre à tout moment les autres mesures qui lui paraissent nécessaires⁴⁹⁴. Il advient également que le juge peut désigner un médiateur judiciaire pour procéder à une médiation, en tout état de la procédure, y compris en référé, cela quelle que soit la juridiction saisie, tant lors de la mise en état, lors de l'audience des plaidoiries propres à chaque partie, que pendant le délibéré⁴⁹⁵. Une médiation qui va être confiée aussi bien à une personne physique qu'à une personne morale qui, auquel cas soumet à l'agrément du juge le nom de la ou des personnes physiques qui assureront, au sein de celle-ci et en son nom, l'exécution de la mesure⁴⁹⁶ ; la désignation du médiateur devant tenir compte des critères de l'article 131-5 du Code de procédure civile et qui ne détiendra pas les pouvoirs d'instruction du conciliateur judiciaire. Il advient qu'en cas d'accord, même partiel, les parties pourront le soumettre à l'homologation du juge afin que celui-ci lui donne une force exécutoire, bien qu'il n'y soit pas tenu si l'accord est déséquilibré⁴⁹⁷; à l'inverse, en cas d'échec de la médiation, l'instance reprend son cours traditionnel devant le juge. Il en résulte que les petites et moyennes entreprises seront amenées à rencontrer cette procédure de médiation judiciaire, soit si telle est leur volonté au cours d'une instance, soit dans l'hypothèse où elles n'auraient pas satisfait aux exigences de tentative amiable prescrite par les nouveaux articles 56 et 58 du Code de procédure civile. Matériellement, « l'absence de justification des diligences permet donc au juge de proposer une médiation (ou une conciliation : le choix s'opérera en prenant en considération, notamment, la gratuité de la conciliation, plus adaptée aux litiges de faible valeur pécuniaire) »⁴⁹⁸.

Enfin, l'article 12 du Code de procédure civile consacre une étape supplémentaire de la pénétration du processus amiable au sein des institutions judiciaires en disposant que le juge tranche, par principe, le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, devant donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux mais que, toutefois, dès

⁴⁹⁴ Article 131-2 relatif à la médiation, Code de procédure civile, Op. Cit.

⁴⁹⁵ Article 22, Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JOFR, 9 février 1995, n° 0034, page 2175.

⁴⁹⁶ Article 131-4 relatif à la médiation, Code de procédure civile, Op. Cit.

⁴⁹⁷ Cour de cassation, Chambre sociale, 18 juillet 2001, n°99-45.534 et 99-45.535, Bull. civ. IV, n°279.

⁴⁹⁸ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

lors que le litige est né, les parties peuvent aussi, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé. Il en résulte, selon de strictes conditions, la possibilité pour le juge de statuer selon l'équité dans le cadre de l'**amiable composition judiciaire**. *Mais qu'est-ce que cela signifie ?* Il s'avère que lorsqu'il statue en amiable composition, le juge est affranchi de l'application des règles de droit ; c'est-à-dire que le juge statue « *en équité (en arbitre judiciaire), qu'il ne tranche pas le litige en application des seules règles de droit, mais qu'il se prononce pour une solution équitable et acceptable* »⁴⁹⁹, une décision qui va s'imposer aux parties. Néanmoins, il est nécessaire d'observer que la validité de ce jugement est assujettie au respect de trois conditions particulières. Tout d'abord, une condition commune à l'ensemble des processus amiables, les parties doivent *avoir la libre disposition de leurs droits*. Ensuite, celles-ci doivent conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur en vertu d'un *accord exprès*, un accord entendu de manière très restrictive par la jurisprudence. Enfin, à l'exception de l'article 1490 du Code de procédure civile relatif aux conditions de l'appel en matière arbitrale, il advient que *le litige doit être né*. Cette dernière condition tranche avec l'idéologie de prévention et d'anticipation conventionnelle de la résolution amiable des différends. En effet, « *l'amiable composition judiciaire n'est possible qu'une fois le litige né, ce qui condamne les clauses contractuelles d'amiable composition judiciaire conclues avant tout litige, alors que, de leur côté, les clauses compromissoires peuvent valablement stipuler l'amiable composition de l'arbitre* »⁵⁰⁰. Il advient néanmoins que ce processus amiable est très peu utilisé bien que cette possibilité constitue une autre manière de concilier les intérêts des parties qui vient s'ajouter aux différents modes amiables de résolution des différends à disposition des petites et moyennes entreprises. En dehors de la distinction opérée entre les processus amiables conventionnels dits extrajudiciaires et l'offre de justice amiable développée au sein des institutions judiciaires

⁴⁹⁹ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁵⁰⁰ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

auxquels les parties peuvent recourir de manière générale en fonction de la disponibilité de leurs droits, le législateur a également prévu des procédures amiables particulières.

II. LES PROCÉDURES AMIABLES PARTICULIÈRES ORGANISÉES PAR LA LOI

Outre les modes amiables judiciaires de résolution des différends, l'institution judiciaire diversifie son offre de justice en matière de processus amiable à travers l'instauration de procédures propres à certaines catégories de différend et en fonction de la qualification des parties ; cela à travers le développement d'un service public de prévention des conflits et/ou des difficultés afin de prévenir, sinon l'apparition de ces derniers, au moins leur aggravation dans l'idée de traiter la situation litigieuse au plus tôt afin d'éviter l'ultime recours contentieux. Un accroissement de l'offre de processus amiables qui touche dorénavant toutes les branches du droit, tant en matière publique que privée. Il advient que dans le cadre de l'intégration des modes amiables de résolution des différends au sein de la justice française, le législateur tend à imposer des procédures particulières pour certaines catégories de litige qui répondent à des régimes spécifiques. Des procédures spécifiques qui traduisent tantôt une volonté singulière de protection en fonction des parties visées, notamment *lorsque le différend met en cause une partie présumée plus faible que l'autre* dans le cadre d'un litige déséquilibré ; tantôt de mettre à disposition *des procédures spécialisées adaptées à la technicité de certains différends*, notamment pour les litiges, et/ou les difficultés, purement professionnels rencontrés par les entreprises. Il ne s'agit pas ici de dresser une liste exhaustive de toutes ces procédures, mais seulement d'aborder quelques exemples afin de donner un aperçu du vaste domaine des processus amiables qui s'offre aux PME dans la résolution de leurs différends.

Concernant la volonté législative de *protéger certaines parties qui sont juridiquement présumées faibles* dans le rapport de force qui les oppose à l'autre partie négociatrice, l'exemple adéquat est celui de la résolution des litiges de consommation. Le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (RELC), consacré par la transposition de la directive européenne n°2013/11/UE en droit interne⁵⁰¹, est un mécanisme de réparation européen bon marché et

⁵⁰¹ Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, JOFR, 21 août 2015, n° 0192, page 14721.

rapide facilitant « pour les consommateurs le recours à des modes de résolution amiable des litiges les opposant à des professionnels et résultant de l'inexécution, totale ou partielle, de contrats de vente de marchandises ou de fourniture de prestations de services »⁵⁰². L'objectif de cette directive européenne est que les consommateurs puissent, à titre volontaire, introduire des plaintes contre des professionnels auprès d'entités appliquant des procédures de règlement extrajudiciaires des litiges, indépendantes, impartiales, transparentes, efficaces, rapides et équitables⁵⁰³. Une procédure amiable à travers laquelle le consommateur est présumé être une partie faible vis-à-vis de l'entreprise (le professionnel) et que le législateur vient protéger en prévoyant un processus spécial, avec des conditions spécifiques, cela de manière transfrontalière sur l'ensemble du territoire du marché de l'Union européenne. Une protection particulière du consommateur qui implique une distinction entre le régime qui lui est appliqué et celui réservé à l'entreprise. En effet, il est nécessaire d'observer que c'est une procédure volontaire dans le sens où le Code de la consommation prévoit l'interdiction de toute clause ou convention obligeant le consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation préalablement à la saisine du juge (article L612-1). Par ailleurs, l'entreprise a l'obligation d'informer le consommateur de l'existence de son droit à une médiation de consommation en cas de différend et de lui fournir les informations sur les entités de RELC dont l'entreprise relève afin que le consommateur puisse les saisir. Ensuite, tout consommateur a le droit de recourir gratuitement à un médiateur de la consommation en vue de la résolution amiable du litige qui l'oppose à un professionnel ; à cet effet, le professionnel garantit au consommateur le recours effectif à un dispositif de médiation de la consommation, soit en mettant en place son propre dispositif de médiation de la consommation, soit en proposant au consommateur le recours à tout autre médiateur de la consommation répondant aux exigences du présent titre⁵⁰⁴. Un processus de médiation qui, s'il répond à un principe de gratuité pour le consommateur, représente une obligation qui, en revanche, implique un coût réel pour le professionnel. Néanmoins, bien que ce processus amiable soit payant pour l'entreprise, le rapport établi par la

⁵⁰² L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁵⁰³ Article 1^{er} de la directive n°2013/11/UE du 21 mai 2013.

⁵⁰⁴ Article L.612-1 du Code de la consommation relatif au processus de médiation.

direction générale des politiques internes du Parlement européen de 2011⁵⁰⁵ « révèle que la médiation est un outil peu coûteux permettant une économie réelle de temps et d'argent pour le professionnel qui y a recours »⁵⁰⁶. Il reste à observer que dans le cadre de l'intégration parallèle des nouvelles technologies par le système judiciaire, une plateforme de règlement en ligne des litiges de consommation est ouverte aux consommateurs, soit pour obtenir des informations, soit pour introduire une plainte électronique⁵⁰⁷. Ainsi, le législateur prévoit que les petites et moyennes entreprises doivent permettre à chaque consommateur de pouvoir recourir à un dispositif de médiation suivant un régime juridique spécifique qui leur permette de résoudre amiablement les différends qui l'oppose à l'entreprise.

Outre la volonté législative de protéger une partie présumée faible, « il est également fréquent qu'une procédure de médiation soit organisée par la loi pour régler des litiges purement professionnels »⁵⁰⁸. Il existe en ce sens de nombreuses procédures qui se sont développées dans divers secteurs d'activité et domaines du droit afin de répondre à la spécificité et à la technicité des litiges propres à chacun d'entre eux. Cela que ce soit en matière de crédit, de litiges propres aux acteurs économiques, en droit du travail, ou encore, par exemple, en matière de défaillance économique, la médiation est un processus amiable qui investit peu à peu toutes les matières litigieuses des entreprises. Dans le cadre des propos précédents relatifs à la prévention des risques de litige, l'exemple de la procédure de **médiation du crédit** a été abordé dans son objectif de prévention des difficultés économiques des entreprises ; mais cette procédure peut également avoir pour objet de résoudre amiablement des différends avec des organismes de crédits, notamment sur des problématiques de dénonciation de découvert, de refus de rééchelonnement d'une dette, un refus de crédit, de caution et/ou de garantie, ou toute

⁵⁰⁵ Voir sur ce point : DIRECTION GENERALE DES POLITIQUES INTERNES DU PARLEMENT EUROPEEN, *La quantification du coût de non-recours à la médiation, analyse des données*, 2011.

⁵⁰⁶ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁵⁰⁷ Voir pour aller plus loin :

<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=FR> .

⁵⁰⁸ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

autres difficultés avec un organisme de crédit ou de banque⁵⁰⁹. Dans le cadre des relations commerciales, la *médiation des entreprises* propose, quant à elle, un processus de résolution amiable de tout différend lié à l'exécution d'un contrat de droit privé, y compris tacite, ou d'une commande publique, qui peut faire l'objet d'une saisine. Les principaux motifs de saisine correspondent à des différends relatifs à des clauses contractuelles déséquilibrées, des modifications unilatérales ou de rupture brutale de contrat, le non-respect d'un accord verbal, les conditions de paiement non respectées (retards de paiement, retenues injustifiées, pénalités abusives), des services ou marchandises non conformes, le vol ou le détournement de propriété intellectuelle, ou bien encore, par exemple, le non-versement du Crédit d'Impôt Recherche et/ou le Crédit d'Impôt Innovation⁵¹⁰. Un mode de résolution des litiges commerciaux entre professionnels qui permet de redéfinir un équilibre entre les organisations, notamment lors d'un conflit pouvant opposer une entreprise donneuse d'ordre avec une petite et moyenne entreprise sous-traitante, présumée faible dans le rapport de force qui s'opère avec la grande entreprise. Le médiateur des entreprises pourrait connaître de nouveaux motifs de saisine relatifs à la prévention des risques abordés précédemment, en raison de l'application effective de la loi sur le devoir de vigilance entre les entreprises donneuses d'ordre et les PME. Par ailleurs, il est donné au président du Tribunal de Commerce, par l'article L.611-2 I du code de commerce, un rôle actif dans la détection des difficultés des entreprises, le plus en amont possible, afin de les aider à les surmonter. Il advient effectivement que plus les difficultés sont traitées tôt, plus l'entreprise a des chances de pouvoir redresser sa situation ; dans cette optique, les institutions judiciaires développent une offre de justice à la croisée de la prévention et des processus de résolution amiables. *Des procédures de conciliation ou de médiation organisées par la loi en matière de défaillance économique*, confiées à un mandataire ad hoc ou à un conciliateur et qui se traduisent soit par un plan conventionnel de redressement de la situation du débiteur ; soit en cas d'échec, qui aboutit à une procédure judiciaire de règlement des dettes de liquidation des biens de l'entreprise⁵¹¹. Une opportunité conventionnelle de trouver une solution alternative à

⁵⁰⁹ Voir pour aller plus loin : <https://www.economie.gouv.fr/mediateurcredit> .

⁵¹⁰ Voir pour aller plus loin : <https://www.economie.gouv.fr/mediateur-des-entreprises/mediation> .

⁵¹¹ CONSEIL NATIONAL DES GREFFIERS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE, *Entrepreneurs ne restez pas*

la liquidation judiciaire permettant, en cas de réussite, de sauver des petites et moyennes entreprises. Il reste que « *le droit du travail est aussi, traditionnellement, un terrain privilégié de la médiation* »⁵¹² que ce soit en matière de conflits collectifs de travail, mais encore sur le terrain des litiges individuels.

Ce qu'il convient de retenir de cette section, consacrée aux procédures amiables de résolution des différends, et que le système judiciaire a évolué et offre aujourd'hui une grande variété de possibilités procédurales aux petites et moyennes entreprises, qu'elles soient judiciaires ou extrajudiciaires, générales ou organisées par la loi dans le cadre d'un régime particulier dans certaines matières. D'autant plus que certaines procédures représentent pour les entreprises une offre de justice gratuite, rapide et confidentielle, préservant le secret des affaires et la notoriété des organisations. Pour les PME, le gain des processus amiables est incontestable permettant de dénouer à la fois les blocages psychologiques et relationnels qui minent les relations d'affaires et ensuite, par conséquent, de chercher la solution la plus adaptée au fond du différend, procurant ainsi un véritable bénéfice mutuel aux parties à travers la responsabilisation des acteurs économiques dans la résolution de leurs différends.

seuls face à vos difficultés !, 3^e éd., Biper Studio, *Accueil, écoute, accompagnement*, 2016.

⁵¹² L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

CHAPITRE 2ND : LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA DÉJUDICIARISATION PAR LA RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE

Le Code civil et le Code de procédure civile français témoignent de la nécessité d'encadrer juridiquement les modes amiables de résolution des différends afin d'apporter une protection minimale aux parties négociatrices. Une protection qui s'exprime « *à travers les conditions auxquelles ils subordonnent le recours à la transaction, à la clause compromissoire, au compromis et à la convention de procédure participative : conditions de forme, tenant à la nécessité de rédiger ces contrats par écrit ; conditions de fond, tenant à la nécessité, pour les parties, d'avoir la libre disposition des droits litigieux ; auxquelles la jurisprudence a pu ajouter des conditions spécifiques pour certaines de ces conventions, comme l'existence de concessions réellement réciproques* »⁵¹³. Si les modes amiables de résolution des différends, même purement conventionnel, sont peu à peu procéduralisés, ils n'offrent pas les garanties procédurales résultant des protections relative au droit au procès équitable. Néanmoins, l'encadrement juridique apporté, tantôt par des qualités et principes directeurs fondamentaux du processus amiable, tantôt par le décloisonnement des champs du procès et du contrat, se développe, consacrant au fur et à mesure un véritable régime juridique des procédures amiables tant sur les conditions de recours que sur leurs effets.

SECTION 1 : L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA DÉJUDICIARISATION AMIABLE DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE

SECTION 2 : LES EFFETS JURIDIQUES DE LA DÉJUDICIARISATION AMIABLE DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE

⁵¹³ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

SECTION 1^{ÈRE} : L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA DÉJUDICIARISATION AMIABLE DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE

Il s'avère que si l'offre de justice traditionnelle a évolué par l'intégration des modes amiables de résolution des différends au sein des institutions judiciaires, les MARD se procéduralisent également en subissant l'influence du procès étatique. Dans ce sens, bien que les parties recourant à un MARD ne bénéficient pas de l'application des garanties procédurales traditionnelles, celles-ci ne sont pas pour autant totalement livrées à elles-mêmes et dépourvues de garanties. Le processus amiable propose effectivement des garanties, pour certaines inspirées du droit au procès équitable, pour d'autres propres, et adaptées à son objet conventionnel ; des garanties procédurales spécifiques au droit au procès équitable alternatif qui s'expriment à travers l'encadrement juridique des MARD par l'établissement de certaines qualités et conditions fondamentales du recours au processus amiable.

PARAGRAPHE 1^{ER} : LA SINGULARITÉ DE L'ENCADREMENT PROCÉDURAL DE LA RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE

Les entreprises ont recours aux modes amiables de résolution des différends pour la liberté procédurale qu'ils représentent et les avantages que cette liberté implique ; la contrepartie d'une justice privée émancipée du régime juridique appliqué au procès se traduit par l'accès à des processus amiables exempts des garanties procédurales traditionnelles. Bien que celles-ci soient inapplicables aux modes amiables de résolution des différends, cette offre de justice ne laisse pas pour autant les parties sans protection aucune, et vient proposer ses propres garanties, des garanties particulières adaptées à l'objet du processus amiable.

I. L'INAPPLICABILITÉ DES GARANTIES PROCÉDURALES TRADITIONNELLES AU DROIT AU PROCÈS ÉQUITABLE ALTERNATIF

L'instauration d'une tentative de résolution amiable préalable obligatoire opérée par le législateur correspond à une offre de justice particulièrement spécifique dans le sens où les garanties procédurales, assurées par le régime juridique des procédures judiciaires, ne le sont pas en cas de recours à un mode amiable conventionnel de résolution des différends. En effet, « la loi pour la justice du XXI^{ème} siècle a renforcé le recours aux MARD en incitant, voire en obligeant les parties à les utiliser pour tenter d'aplanir un nombre croissant de différends », et

bien que « *la prise en compte des droits fondamentaux processuels par les MARD ne fait plus guère de doute, la question se pose néanmoins de savoir quel niveau de garantie ces processus accordent aux droits fondamentaux substantiels des parties qui les mobilisent* »⁵¹⁴. Il advient que l'article 6 paragraphe 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme contraint les États signataires, dont la France, à garantir aux citoyens le droit à un procès équitable ; cela suivant les dispositions suivantes :

*« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice »*⁵¹⁵.

Sur le fondement de l'impératif de l'effectivité du droit au procès équitable, de nombreuses garanties procédurales se sont développées pour assurer aux justiciables, personnes physiques et/ou morales, devant les tribunaux, une « bonne » justice dans une société démocratique. Tel est le cas, par exemple, « *au noyau dur de la garantie d'un tribunal indépendant et impartial, d'une procédure publique se déroulant dans un délai raisonnable, se sont ajoutées, comme autant d'exigences de l'équité procédurale, la garantie d'un débat contradictoire et de l'égalité des armes entre les parties, la possibilité d'assurer ou de faire assurer sa défense, le droit à un interprète et l'assurance d'un jugement motivé* »⁵¹⁶. De manière générale, l'objet du droit au procès équitable est de garantir aux justiciables la possibilité effective de recourir à un système

⁵¹⁴ R. DUMAS, *Les MARD (modes alternatifs de résolution des différends) au prisme des droits fondamentaux substantiels*, in *Théorie des droits fondamentaux*, Droit processuel, 2018, n° 1, p. 18.

⁵¹⁵ Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, 4 novembre 1950, Conseil de l'Europe.

⁵¹⁶ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

judiciaire qui, par un processus délibératif, tranchera les difficultés rencontrées de façon impartiale et légitime, notamment sur le fondement de règles légales universelles. Il en résulte que, dans le cadre du nouveau droit au procès équitable, ces garanties procédurales ne sont pas applicables, du moins telles qu'elles, mais qu'au-delà de cette inapplicabilité, celles-ci sont fondamentalement incompatibles aux modes amiables de résolution des différends ; cela en vertu de plusieurs raisons.

Déjà, il convient de préciser que les MARD, bien que ne répondant pas aux garanties procédurales du procès traditionnel, sont tout à fait légaux. En effet, « *la question peut se poser de savoir s'il n'y a pas atteinte au droit au procès équitable dans le fait même que le différend n'est pas jugé par une juridiction établie par la loi, mais fait l'objet d'un mode amiable de résolution* », dans le sens où ces derniers seraient accablés, « *de manière générale, d'un vice rédhibitoire tenant à la privation du droit d'accès à la justice* »⁵¹⁷. La réponse à cette question semble être sans équivoque, tant pour la doctrine que pour les juges de la Cour EDH, tous les considèrent légaux dès lors que, le recours amiable est issu de la libre volonté des parties et que celles-ci conservent le droit d'agir en justice devant les juridictions institutionnelles établies par la loi en cas d'échec. Une position exprimée, notamment dans l'arrêt *Golder* de 1975⁵¹⁸, dans lequel « *la Cour estime, en accord avec la Commission et avec la thèse subsidiaire du gouvernement, que le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu* », cela dans le sens où « *s'agissant d'un droit que la Convention reconnaît (cf. les articles 13, 14, 17 et 25) (art. 13, art. 14, art. 17, art. 25) sans le définir au sens étroit du mot, il y a place, en dehors des limites qui circonscrivent le contenu même de tout droit, pour des limitations implicitement admises* »⁵¹⁹. Au-delà de leur légalité au regard du droit au procès équitable, les institutions représentatives de la protection des droits fondamentaux les encouragent et les utilisent. Par exemple, en droits de l'homme, « *comme l'énonçait Leuprecht, secrétaire général adjoint du Conseil de l'Europe, et directeur des droits de l'homme, (...) la solidarité est la défense*

⁵¹⁷ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁵¹⁸ CEDH, Cour (Plénière), 21 févr. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70.

⁵¹⁹ DOCTRINE.FR, *CEDH, Cour (Plénière), 21 févr. 1975, n° 4451/70*, in *Doctrine.fr*, <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/1975/CEDH001-62054>.

collective et solidaire des droits de l'autre ; c'est dans la rencontre de l'altérité que nous rencontrons l'humain. La médiation se réfère tout particulièrement à la solidarité et à l'altérité »⁵²⁰. Considérée comme un processus éthique de la rencontre de l'humain, il est possible de saisir le médiateur du Défenseur des droits en matière nationale ; mais également en matière internationale, pour les entreprises notamment, de saisir des médiations politiques et de responsabilité sociétale des entreprises transnationales. Il en résulte que si les MARD ne proposent pas les garanties procédurales propres au droit au procès équitable, les processus amiables n'y sont pas pour autant contraire, bien que leur recours devienne un préalable obligatoire, en raison du fait que les procédures traditionnelles restent accessibles en cas d'échec ; mais également, grâce à ce nouveau droit au procès équitable qui se développe parallèlement et qui constitue dorénavant plus qu'une alternative amiable au procès, une véritable diversification conventionnelle intégrée à l'offre de justice, et donc à l'accès à la justice.

Ensuite, l'absence des garanties procédurales traditionnelles des modes amiables de résolution des différends, aux modes dits conventionnels en particulier, se traduit tantôt par leur inapplicabilité, tantôt par leur inadéquation. Concernant *l'inapplicabilité*, celle-ci est exprimée directement par les dispositions de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui précisent que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi »⁵²¹. *Alors comment cela doit-il s'interpréter ?* Et bien, la doctrine a tendance à considérer que cette disposition signifie que le droit au procès équitable, et donc les garanties procédurales qui l'accompagnent, tous deux, ne joueraient que dans l'hypothèse d'un recours devant « *un tribunal (...) établi par la loi* ». Il semblerait ainsi que les processus amiables, en tant que modes conventionnels de résolution des différends, n'ayant pas recours à un tribunal établi par la loi, entendu des institutions juridictionnelles traditionnelles, ne soient pas couverts par les obligations procédurales prescrites en vertu du droit au procès équitable. En effet, même concernant les procédures amiables pour lesquelles un tiers intervient, celui-ci étant

⁵²⁰ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁵²¹ Article 6, paragraphe 1, Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, 4 novembre 1950, Conseil de l'Europe.

nommé par les parties et non établi par la loi, le processus ne peut également y être assujéti. Il reste que pour les processus amiables au sein des institutions judiciaires, les procédures judiciaires de résolution amiable des différends, ayant lieu au cours de l'instance et/ou sous couvert du juge, ce dernier étant établi par la loi et garant de la protection des droits procéduraux des parties, il serait légitime de postuler que ces garanties sont, sinon directement appliquées par le juge, au moins implicitement contrôlées par celui-ci.

Subséquemment, s'agissant de *l'inadéquation* des garanties procédurales propres au procès, il s'avère que cette protection du procès équitable fondée sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme est principalement, et initialement, rédigée de façon à garantir les droits des justiciables face aux États. En effet, cette convention a pour objet de contraindre les États signataires à garantir un droit effectif d'accès à la justice à leurs justiciables, cela en répondant à un certain nombre de règles procédurales, à défaut desquelles, les États se verront sanctionnés. Alors que le droit au procès équitable vise un rapport justiciable - État, les procédures amiables de résolution des différends n'intègrent pas cette configuration dans le sens où l'État, représenté par les institutions judiciaires et plus particulièrement par le juge, sont exclus du processus conventionnel de résolution des litiges. À titre d'illustration, la garantie procédurale de publicité des audiences, établie en vertu du droit au procès équitable, est de nature « *à permettre d'éviter la suspicion sur l'impartialité des juges qui se prononcent au nom du Peuple français et sous son contrôle* »⁵²². Une exigence qui n'emporte pas de signification en dehors du cadre de l'administration de la justice publique, dans le contexte de la résolution conventionnelle et participative de leur différend par les parties elles-mêmes, que ce soit avec ou sans l'intervention d'un tiers facilitateur. Par ailleurs, l'un des avantages des procédures amiables de résolution des litiges, notamment pour les entreprises, réside dans la confidentialité attachée au processus ; il est donc loisible de relever l'inadéquation d'une telle garantie procédurale de publicité des audiences à une procédure conventionnelle choisi par ses parties pour sa discrétion. Et il en va de même concernant l'exigence procédurale d'un délai raisonnable, puisque dans le cadre des procédures conventionnelles, les parties sont libres de déterminer à leur gré, le calendrier et les délais du processus qu'elles souhaitent mettre en œuvre. Néanmoins, il convient de relever que

⁵²² Cour de Cassation, Chambre civile 2^{ème}, du 2 octobre 1997, *Douai*, n° 95-22.27, D. 1997. IR. 230.

s'il est avéré pour certains auteurs, que « *l'article 6 § 1 Conv. EDH n'est pas applicable formellement, en tant que tel, aux modes de solution extrajudiciaire des litiges, il n'en demeure pas moins que certaines exigences du procès équitable valent, rationnellement pour les règlements alternatifs* »⁵²³. En effet, bien que les garanties procédurales issues du droit au procès équitable soient inapplicables ou inadéquates aux procédures amiables, notamment les processus purement conventionnels, les parties ne sont pas pour autant livrées à elles-mêmes mais protégées par des garanties propres à ces procédures, propres au nouveau droit à un procès équitable qui relèvent d'avantage de principes directeurs que de garanties en tant que telles.

II. LES GARANTIES PROCÉDURALES PROPRES AU NOUVEAU DROIT AU PROCÈS ÉQUITABLE ALTERNATIF

Le système judiciaire opère un tournant juridique, « *du légalisme procédural à l'humanisme processuel* »⁵²⁴, un processus à travers lequel les procédures conventionnelles de résolution des différends prônent une justice participative et pédagogique, optant pour une attitude citoyenne considérée comme un vecteur de démocratie, plutôt qu'une justice où les entreprises sont observatrices et soumises à une décision qui leur est imposée. Plutôt qu'un régime juridique obéissant à des règles juridiques procédurales strictement fixées par la loi, les MARD, bien qu'intégrant implicitement certaines garanties procédurales, sont d'avantage régis par des principes directeurs et des qualités propres à la spécificité des processus amiables.

A. LES TECHNIQUES DE PRISE EN COMPTE DES GARANTIES PROCÉDURALES DANS LE PROCESSUS AMIABLE

Bien que les garanties procédurales soulevées précédemment ne puissent vraisemblablement s'appliquer au régime juridique des modes amiables de résolution des différends, du moins telles qu'elles, la question n'a pas pour autant été totalement éludée par le droit. En effet, « *une doctrine majoritaire estime que les MARD, juridictionnels comme*

⁵²³ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁵²⁴ S. GUINCHARD, *Belles pages 35 : Les modes alternatifs de règlement des différends*, in *Le blog de Serge Guinchard*, 30 mai 2017, <http://sergeguinchard.blogspot.fr/2017/05/belles-pages-35-les-mode-alternatifs.html>.

amiabes, doivent se dérouler dans le respect de plusieurs garanties processuelles fondamentales, énoncées en particulier à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (Convention EDH), relatif au procès équitable ». Mais cela de manière adaptée à l'objet et à la forme des MARD qui offrent « *notamment des garanties quant aux qualités attendues du tiers chargé, le cas échéant, d'animer le MARD et au bon déroulement de celui-ci (mais encore) quant au déroulement du MARD, celui-ci devra ménager (par exemple) une garantie processuelle fondamentale (tel que) le principe du contradictoire entre les parties* »⁵²⁵. Il est établi qu'une extension systématique des garanties relatives au droit au procès équitable n'est pas la solution, tant en raison de leur inadéquation que pour éviter de dénaturer l'objet même des processus amiables conventionnels qui ne seraient plus en mesure d'offrir les avantages particuliers qui les distinguent du procès étatique. Néanmoins, il est également important que l'offre de justice conventionnelle, constituant qui plus est un préalable dorénavant obligatoire, offre une certaine sécurité juridique aux parties négociatrices. Effectivement, afin « *d'éviter des stratégies déloyales, l'exploitation de la faiblesse et le manque d'information de l'une des parties (...) il est nécessaire de prévoir des procédés permettant de lutter contre l'inégalité contractuelle, d'éviter que l'une des parties n'adhère à la volonté de l'autre, et de minimiser les effets des tensions économiques dans le champ contractuel* »⁵²⁶. Dans ce dessein, la prise en compte des garanties procédurales va s'opérer à travers le vecteur représentatif des procédures amiables, traduit via le principe de la liberté contractuelle. Il advient effectivement, qu'en toutes circonstances, les parties souhaitant régler leurs différends par le recours à un processus amiable restent libres. Une liberté contractuelle qui s'exprime tant sur le libre choix des parties de recourir à un processus amiable, que sur toutes les modalités de conduite de la procédure (délais, choix du ou des tiers intervenants, dates et lieu de réunion, etc), mais encore dans la liberté du contenu de l'accord et de sa formalisation éventuelle. Le cœur des processus amiables réside effectivement dans la liberté, presque totale, des parties quant au choix de la

⁵²⁵ R. DUMAS, *Les MARD (modes alternatifs de résolution des différends) au prisme des droits fondamentaux substantiels*, in *Théorie des droits fondamentaux*, Droit processuel, 2018, n° 1, p. 18.

⁵²⁶ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

procédure de résolution de leur différend, et donc de son adaptabilité aux besoins de l'entreprise. De plus, « *exception faite de l'arbitrage, dans lequel le litige opposant les parties sera tranché par le tribunal arbitral, au moyen d'une sentence arbitrale revêtue de l'autorité de la chose jugée (dont il sera question plus tard), les modes amiables de résolution des différends pourront échouer ou réussir. Autrement dit, les parties seront libres de parvenir ou non à un accord et, en cas de succès, de le formaliser par écrit* »⁵²⁷. Sous l'égide de la liberté contractuelle, les processus amiables assimilent implicitement dans leur objet même, notamment via les principes directeurs de la négociation raisonnée, des garanties procédurales attribuées au procès équitable. Si les procédures conventionnelles sont régies par la liberté, celle-ci est particulièrement garantie par *l'égalité des armes contractuelles* entre les parties négociatrices. En effet, le tiers qui va intervenir pour guider les parties dans la conduite du processus amiable et dans la recherche d'une solution, devra s'assurer, afin de garantir le bénéfice mutuel de l'accord trouvé par les parties, de l'égalité entre ces dernières. Une égalité qui va s'exprimer par une connaissance similaire des tenants et des aboutissants du différend, de l'accès à toutes les informations nécessaires et d'une aide à la compréhension de celles-ci. Il advient que l'enjeu du processus et, au final, de l'accord entre les parties va dépendre de la distribution égalitaire effective de l'information lors de la négociation puisqu'elle va permettre d'éviter les stratégies déloyales ainsi que d'aplanir le rapport de force qui peut, initialement, les différencier. Ensuite, il advient que *le principe du contradictoire* s'adapte également tout à fait aux modes amiables de résolution des différends. En effet, « *à travers le contradictoire, l'essentiel est que la loyauté du processus de conciliation soit recherchée et garantie car elle est le moyen d'atteindre la justice. Or la loyauté est une exigence (encore une fois) contractuelle aussi bien que processuelle ; elle est au service du juste jugement aussi bien que du juste contrat* »⁵²⁸, et donc du juste accord conventionnel. Une adaptation d'une garantie procédurale du procès étatique qui s'opère par une interprétation large de la notion de la contradiction par certains auteurs qui l'entendent comme « *une opération (qu'elle soit judiciaire ou extrajudiciaire) à laquelle tous*

⁵²⁷ R. DUMAS, *Les MARD (modes alternatifs de résolution des différends) au prisme des droits fondamentaux substantiels*, in *Théorie des droits fondamentaux*, Droit processuel, 2018, n° 1, p. 18.

⁵²⁸ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

les intéressés ont été mis à même de participer, même si certains n’y ont pas été effectivement présents ou représentés, mais à la condition que tous y aient été régulièrement convoqués de telle sorte que le résultat de cette opération leur est, à tous, opposable »⁵²⁹. Une définition qui peut tout à fait s’entendre des modes de résolution conventionnels des différends puisque contrairement à l’article relatif au droit au procès équitable, le principe du contradictoire ne fait que viser une opération, peu importe qu’elle est lieu dans le cadre d’un tribunal établi par la loi ou de manière conventionnelle. Par ailleurs, un processus amiable répondant à une justice participative se conçoit difficilement sans la convocation, mais au-delà, de la participation des parties négociatrices. Dans ce sens, les modes conventionnels de résolution des litiges peuvent d’avantage exprimer, valoriser, le principe du contradictoire, ne pouvant avoir lieu sans la participation des parties, que le cadre institutionnel et réglementé du procès étatique qui n’exige, en soi que la convocation régulière des intéressés pour être conforme, que ces derniers se soient effectivement présentés ou non. Il advient que les MARD ne font pas que se réapproprier implicitement certaines garanties procédurales propres au procès étatique, mais répondent également à certaines qualités qui sont autant d’enjeux que de sécurité pour les petites et moyennes entreprises négociatrices.

B. LES QUALITÉS SPÉCIFIQUES DU PROCESSUS AMIABLE COMME NOUVELLES GARANTIES PROCÉDURALES

En dehors de l’encadrement des processus amiables conventionnels à travers l’adaptation de certaines garanties procédurales traditionnelles, la liberté contractuelle régissant les MARD est également structurée par l’application de principes, de qualités référentes qui les définissent. Encore une fois, dans le contexte d’une justice conventionnelle et participative, le but n’est pas de soumettre les parties à des règles qui entraveraient leur liberté contractuelle et impacterait l’objet des processus amiables ; mais bien au contraire de proposer aux entreprises, et aux justiciables de manière générale, une justice privée qui répond à ces qualités, précisément recherchées par les organisations. Il advient effectivement que les petites et moyennes entreprises qui vont recourir aux MARD, le feront pour solutionner un différend qui nécessite

⁵²⁹ Voir sur ce point : Terme « Contradictoire », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Presses universitaires de France, *Quadrige, Dicos poche*, 2018.

une justice répondant à des qualités spécifiques telles que la bonne foi, la transparence, l'équité, l'efficacité ; mais également garantissant que la procédure se déroulera sous l'égide du principe de confidentialité.

Il advient effectivement que « *dans le but de conserver la souplesse des ADR, gage de leur efficacité, il n'est pas opportun d'insérer ces principes dans un instrument juridique unique et contraignant mais dans une recommandation* »⁵³⁰, notamment via ***l'assimilation de certaines qualités propres aux processus amiables***. Des qualités parmi lesquelles, et garantie par le droit commun des contrats qui encadre la contractualisation de la procédure et de l'accord amiable, il est intéressant de mentionner la ***bonne foi***. En effet, l'article 1104 nouveau⁵³¹ du Code civil, précise, et cela dans le cadre d'une disposition d'ordre public, que les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Une obligation générale qui s'applique en raison de la conventionalité propre aux processus amiables de résolution des différends, mais également à travers un rappel effectué au cas par cas au sein du régime juridique de chaque procédure. Tel est le cas, par exemple, de l'article 2062 du même code qui rappelle que les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige dans le cadre d'une convention de procédure participative. Mais celle-ci se retrouve dans la mise en œuvre de tous les processus amiables et est garantie, en principe, par le respect de l'égalité des armes assurée par le tiers intervenant qui doit veiller à l'équilibre et à la loyauté entre les parties négociatrices. Mise à part le principe contractuel de bonne foi, les MARD se traduisent également par l'accès pour les PME à des procédures ***équitables et transparentes***. Des principes directeurs qui permettent aux parties d'accéder aux informations nécessaires à tout stade du processus, assurant notamment l'égalité des armes entre les parties négociatrices, que ce soit avant et pendant sa mise en œuvre, des informations relatives aux modalités générales du processus (la langue, le calendrier, ...), à son déroulement,

⁵³⁰ CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS, *Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial*, CCI Paris, 2002.

⁵³¹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JOFR, 11 février 2016, n° 0035.

à son coût ainsi qu'à la valeur de l'accord, s'il intervient⁵³². Des qualités, entre autres, qui permettent de garantir l'efficacité des MARD à travers l'effectivité du processus de négociation raisonnée que ces principes ne font que traduire.

Par ailleurs, l'atout des processus conventionnels amiables qui intéresse particulièrement le monde des affaires, et donc les entreprises, réside en la soumission des MARD, de manière générale, au **principe de confidentialité**. En effet, « *la confidentialité est une garantie essentielle des modes alternatifs de règlement des conflits (qui) est expressément exigée des textes organisant les MARC, à l'instar de l'article 131-14 du Code de procédure civile, relatif à la médiation judiciaire, et de l'article 1531 (du même code) en ce qui concerne la conciliation et la médiation conventionnelles* »⁵³³. Un tel principe de confidentialité implique pour tous les intervenants, que ce soit les parties négociatrices, les tiers (médiateur, conciliateur, etc) mais encore les conseils, de ne peut pas divulguer aux tiers, les déclarations recueillies, tant invoquées que produites au cours du processus amiable. Autrement dit, par ce principe, toutes les parties prenantes à la procédure sont tenues au secret quant aux déclarations et informations divulguées lors des négociations, couvrant tout élément des débats de manière générale. Cela est particulièrement important pour les parties qui engagent une procédure amiable tant en raison des sanctions qu'elles risquent ; une clause de confidentialité pourrait donner lieu à des dommages et intérêts en cas de violation, mais la responsabilité de l'entreprise contrevenante pourrait être recherchée si la violation mène à un préjudice. Si la confidentialité est primordiale, c'est qu'elle correspond à l'une des caractéristiques que les entreprises recherchent lorsqu'elles ont recours à un MARD ; évitant ainsi la publicité des débats des instances publiques dès lors qu'elles souhaitent conserver le différend, et son contenu, secret. Matériellement, il advient que le respect du principe de confidentialité tient à l'objet même des procédures amiables, dites privées, marquant l'opposition avec l'exigence de publicité des débats et des jugements issus du procès étatique. Par ailleurs, le processus amiable, et notamment celui de la négociation raisonnée, exigent que les parties puissent avoir confiance et participer librement au processus

⁵³² CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS, *Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial*, CCI Paris, 2002.

⁵³³ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

de discussion pour pouvoir parvenir à la solution, à l'accord optimal ; cela sans craindre que les informations qui seront révélées pourraient être, ensuite divulguées et retournées contre elles.

PARAGRAPHE 2ND : LES CONDITIONS PARTICULIÈRES DES PROCÉDURES DE RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE

Au sein d'une société démocratique s'exprimant par le droit, il n'y a qu'un pas à franchir entre le processus et la procédure, et les MARD n'y font pas exception. En effet, « *un encadrement des pratiques se développent (...) pour que soit respecté ce qui fait l'originalité de ces modes, à savoir leur souplesse, tout en assurant leur sécurité juridique dans la qualité du processus choisi et la déontologie de leurs acteurs* »⁵³⁴. Le législateur opère effectivement une codification progressive, en faveur des MARD, mais qui vient leur fournir un régime juridique en posant certaines conditions, tant quant au recours à ces procédures conventionnelles, qu'à la saisine des tiers intervenants, chargés de conduire les parties au cours des processus amiables.

I. LES CONDITIONS QUANT À L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE AMIABLE

Bien que le recours à un mode amiable de résolution des différends soit soumis à la liberté contractuelle et qu'il dépende d'un régime juridique particulièrement souple, il est tout de même nécessaire de remplir certaines conditions pour recourir à une procédure amiable. Les principales conditions tiennent notamment à la libre disposition des droits relatifs à l'objet du différend par les parties ; mais également, et cela en vertu de la nature contractuelle des MARD, de l'expression du consentement des parties quant à l'ouverture et la tenue de ladite procédure.

A. LA LIBRE DISPOSITION DES DROITS RELATIFS À L'OBJET DU DIFFÉREND

Il advient que la première condition, et pas des moindres, pour recourir aux modes amiables de résolution des différends est que l'objet du litige appartienne aux droits dont les parties ont la libre disposition. En effet, le droit désigne, en son sens de droit objectif, un ensemble de règles visant à organiser la conduite de l'Homme en société et dont le respect est

⁵³⁴ S. GUINCHARD, *Belles pages 35 : Les modes alternatifs de règlement des différends*, in *Le blog de Serge Guinchard*, 30 mai 2017, <http://sergeguinchard.blogspot.fr/2017/05/belles-pages-35-les-modes-alternatifs.html>.

assuré par la puissance publique ; un ensemble de normes parmi lesquelles, le droit objectif reconnaît et sanctionne lui-même des droits subjectifs, des prérogatives attribuées aux individus dans leur intérêt et qui leur permettent de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui ou de l'État une prestation et/ou le respect d'un droit⁵³⁵. Dans le cadre de l'exercice et de la protection de leurs droits, et notamment afin de s'en prévaloir via des procédures juridiques conventionnelles, il s'avère que les parties ne peuvent pas contracter à propos de tout, et de n'importe quels droits ; certains ne sont pas à leur libre disposition, et cela dans le dessein de les préserver. Une limitation de la disposition de leurs droits par les parties négociatrices qui se traduit par l'incapacité de mettre en œuvre une procédure amiable conventionnelle en fonction du litige qu'elles rencontrent. Cette restriction quant à l'objet du différend n'entrave pas particulièrement les entreprises puisque, sauf exception particulière, les modes amiables de résolution des conflits, et notamment la médiation conventionnelle, intéressent presque tous les différends privés. Une mesure inscrite dans l'article 1529 du Code de procédure civile qui encadre le recours aux procédures amiables à travers les mentions suivantes :

« Les dispositions du présent livre s'appliquent ***aux différends relevant des juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale ou rurale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction.*** Elles s'appliquent en matière prud'homale sous la réserve prévue par le troisième alinéa de l'article 2066 du code civil. Ces dispositions s'appliquent également aux conventions de procédure participative aux fins de mise en état du litige conclues dans le cadre d'instances pendantes devant les juridictions précitées ».

En effet, « *en raison de l'accroissement des difficultés économiques et des risques psychosociaux, toutes les entreprises sont confrontées à la question du choix du mode de résolution : elles doivent analyser la meilleure solution de rechange (MESORE, que les anglo-saxons nomment BATNA, best alternative to a negotiated agreement), dans une dynamique à moindre coût* » ; et dans ce contexte, « *c'est dans le cadre général des relations d'affaires ou des conflits*

⁵³⁵ Voir sur ce point : Terme « Droit », Droit général, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

*en entreprises que les (MARD et notamment) la médiation conventionnelle*⁵³⁶ *devrait trouver un terrain de prédilection* »⁵³⁷. Il devient, en revanche, plus compliqué d'envisager un processus de résolution des différends conventionnels pour un conflit en matière pénale ou d'état des personnes, bien que ces procédures touchent, au fur et à mesure de leur développement, de plus en plus de branche du droit. Bien que les différends économiques d'entreprise soient le terrain privilégié des procédures amiables, il est tout de même nécessaire d'apporter quelques réserves et notamment, quelques exceptions à ce principe.

Évidemment, il est possible d'observer que ces exceptions vont principalement mettre en avant des procédures au cours desquelles une partie est présumée plus faible que l'autre. Dans ces circonstances, et spécifiquement en matière de droit du travail, soit il sera prohibé de contractualiser la résolution des différends dont l'objet porte sur une matière juridique qui l'interdit, soit le législateur aura prévu ***une procédure amiable spécifique*** à mettre en œuvre quant à la résolution dudit différend. Bien que la seconde option soit la plus répandue, la tendance du développement juridique des MARD visant leur extension, ils sont largement plébiscités par les pouvoirs publics actuels. Dans cet état d'esprit, la loi n°2015-990 du 6 août 2015 a ouvert, par exemple, la médiation aux litiges individuels de travail, qu'ils soient internes ou transfrontaliers ; abrogeant ainsi l'article R.1471-1 du Code du travail qui ne permettait l'accès à la médiation conventionnelle qu'à l'occasion d'un litige relatif à un contrat de travail de nature transfrontalière. Il en résulte que, dorénavant, dans la majorité des litiges rencontrés par une petite et moyenne entreprise, si l'objet du différend ne relève pas de la libre disposition des parties, celui-ci appartient généralement à une réglementation protégée qui lui octroie une procédure amiable particulière, dont les procédures organisées par la loi qui ont été soulevées précédemment. En dehors de certaines prohibitions et/ou de redirection des procédures amiables en fonction de l'objet du différend de l'entreprise, celle-ci devra également veiller à ce que le litige ne porte pas sur ***une matière inhérente à l'ordre public***. Une exception à la possibilité de recourir aux MARD qui tient à la nature contractuelle de ces modes de résolution des différends

⁵³⁶ DALLOZ AVOCATS, *La médiation, une nouvelle opportunité ?*, in *Exercer et entreprendre*, Dalloz, janvier 2014, n° 1, p. 23.

⁵³⁷ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

puisqu'à défaut de caractéristiques précises relatives à la définition de l'ordre public, il faut se référer aux matières quant auxquelles il est prohibé de contractualiser. Dans ce sens, il est possible de se référer tantôt à l'article 6 du Code civil qui dispose qu'il est interdit de déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ; tantôt à l'article 1128 ancien du même code qui précise que les MARD, en tant que processus conventionnels, ne peuvent pas s'intéresser aux choses hors du commerce. Il en résulte que si l'entreprise ne peut recourir à un MARD qu'à la condition que l'objet du différend relève d'un droit qui soit à sa libre disposition et ne dérogeant pas à l'ordre public, ces conditions n'entravent pas réellement l'accès à une procédure amiable conventionnelle pour les petites et moyennes entreprises. Cela en raison de la nature même de ses activités, relevant principalement des matières civiles et commerciales ; il s'agira seulement de prêter attention aux quelques exceptions soulevées.

B. L'EXPRESSION DU CONSENTEMENT DES PARTIES AU PROCESSUS AMIABLE

Une fois n'est pas coutume, la nature contractuelle des modes amiables de résolution des différends traduit l'exigence de la seconde condition permettant aux entreprises de recourir à une procédure amiable. En effet, « *dans les MARC, les parties conservent la maîtrise de leur différend, qu'elles peuvent commencer, suspendre ou arrêter, mais à la condition d'être d'accord* »⁵³⁸ et que cet accord soit formalisé pour garantir leur consentement, libre et éclairé, respectif. *De ce fait, il est légitime de se demander comment les parties peuvent formaliser leur consentement à une procédure conventionnelle ?* Déjà, il convient de préciser que les parties peuvent consentir au recours à un MARD et cela que ce soit de manière préventive et anticipée via des clauses de différends, mais encore par convention une fois que le litige est né. En effet, la liberté contractuelle leur octroie le pouvoir d'envisager un éventuel désaccord résultant de l'exécution de leurs relations contractuelles, et ainsi de prévenir le risque de contentieux économique en prévoyant les modalités de règlement dudit désaccord, cela dans l'hypothèse où il surviendrait. Une possibilité qui se traduit lorsque les cocontractants « *vont jusqu'à prévenir ou anticiper les litiges éventuels qui pourraient survenir entre eux grâce à des clauses*

⁵³⁸ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

d'adaptation du contrat ou de solution des différends »⁵³⁹ via des dispositions appelées **clauses de différend**. Des clauses de différend qui se distinguent des autres clauses contractuelles de par leur objet ; là où les autres dispositions contractuelles régissent l'organisation des rapports d'obligation entre les parties, les clauses de différend ont un objet procédural qui marque leur singularité. Celles-ci viennent organiser, de manière préventive et anticipée, la manière de régler le conflit qui surviendrait à propos des rapports d'obligation établis liant les parties. Une singularité mise en exergue par l'article 1230 du Code civil qui, en disposant que la résolution du contrat n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence ; consacre une pleine autonomie à ces clauses procédurales. Il existe autant de clauses de résolution des différends que de contrats, les parties pouvant les adapter en fonction de leurs besoins et de la situation, toutes auront pour objet d'écarter le règlement judiciaire. Les parties peuvent tout aussi bien opter pour une clause d'arrangement amiable leur imposant de rechercher une solution négociée à leurs possibles différends, mais encore pour des clauses plus précises telles que des clauses d'expertise, de médiation, de conciliation, etc⁵⁴⁰. À l'inverse, « *la clause de différend est aussi particulière au regard des modes ordinaires de règlement des différends qui, transaction, compromis ou demande en justice, supposent tous un litige d'ores et déjà né* »⁵⁴¹. En effet, à défaut d'une clause de résolution des différends, l'entreprise peut encore recourir à un MARD une fois le litige né, d'un commun accord avec l'autre partie en jeu, par convention, bien que l'accord verbal soit également envisageable. Cette formalisation peut simplement avoir pour objet de mettre en œuvre la procédure amiable, ou plus précisément, d'encadrer l'ensemble des modalités du processus, telle que la convention de procédure participative. Il advient que l'effet de la formalisation, par clauses contractuelles anticipées ou par conventions à la naissance du litige, est de rendre irrecevable toute demande en justice tant que les parties n'ont pas réalisé une tentative amiable de résolution. Pour être valables, ces

⁵³⁹ L. CADIET, *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, in *Les petites affiches*, Lextenso, 5 mai 2000, n° 30.

⁵⁴⁰ J.M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris, Éd. Jurid. Lefebvre, 1988, p. 540.

⁵⁴¹ L. CADIET, *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, in *Les petites affiches*, Lextenso, 5 mai 2000, n° 30, p. 155.

clauses doivent exprimer la commune volonté des parties et établir sans ambiguïté leur commune intention ; elles doivent donc être raisonnablement précises pour ne laisser subsister aucun doute relatif à cette intention de recourir à un processus amiable et sur les modalités de sa mise en œuvre.

Dès lors que la commune intention des parties de recourir à un MARD ne fait aucun doute, la formalisation du consentement aux procédures amiables de résolution des différends a pour effet de contraindre les parties à une tentative de négociation quant à la recherche d'une solution à leur litige. Cela dans le cadre d'une double obligation, tantôt de résultat quant à la tentative de négociation amiable, tantôt de moyen quant à l'obtention d'un accord ou non à l'issue de la négociation. En effet, si les parties à une clause de différend ou une convention amiable sont soumises à une obligation de résultat quant à la mise en œuvre matérielle de la tentative amiable, à l'organisation concrète du cadre dans lequel se déroulera la négociation entre les parties, la désignation d'un tiers intervenant, des démarches devront être entreprises en ce sens. À l'inverse, une fois le processus amiable en place, elles doivent faire leur possible pour aboutir de bonne foi à un accord et « *déployer les efforts nécessaires en vue de parvenir, en toute loyauté, à une issue négociée du litige qui naitrait du contrat principal* »⁵⁴² dans le cadre d'une obligation de moyen⁵⁴³. Il advient que cette obligation n'étant que de moyen, et non de résultat, chacune des parties est libre de suspendre et/ou mettre fin à la procédure amiable de résolution des différends en cas d'échec de la négociation. À défaut, outre le litige qui opposait les parties, l'entreprise pourra engager la responsabilité contractuelle, ou pourra engager la sienne, sur le fondement de la violation de la clause de différend ou de la convention de procédure amiable. Il reste que les MARD représentent de nombreux avantages pour les entreprises et leurs cocontractants, tant en termes de coûts que de recherche de solution optimale et adaptée aux besoins de l'entreprise ; d'autant plus que, par ailleurs, une tentative amiable est dorénavant obligatoire avant toute saisine judiciaire. Les parties ont donc tout intérêt à mettre en œuvre, et de bonne foi, le processus amiable de résolution de leur litige. Outre les conditions

⁵⁴² X. LAGARDE, *L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation*, Revue de l'arbitrage, 2000, 377.

⁵⁴³ CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS, *Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial*, CCI Paris, 2002.

de libre disposition de ses droits et l'expression de son consentement, la petite et moyenne entreprise souhaitant recourir à un mode amiable de résolution des différends devra également veiller à remplir quelques conditions quant au choix du tiers qui va intervenir pour la guider tout au long du processus de négociation raisonnée.

II. LES CONDITIONS QUANT À LA SAISINE DES TIERS INTERVENANTS

Plus que de véritables conditions nécessaires à la validité du recours à une procédure amiable de résolution des différends, l'entreprise doit s'assurer que le tiers qui sera désigné pour aider les parties à conduire leur processus de négociation satisfasse à certaines qualités. Il advient effectivement, ainsi que l'écrivait Aristote, que « *quand on aura trouvé l'homme du juste milieu, on parviendra à obtenir justice* »⁵⁴⁴. Dans ce sens, « *le tiers est celui qui n'est pas partie, qui ne prend pas parti* » et qui doit, justement, « *au contraire maintenir la balance égale entre les parties, rester à la juste distance qui seule confère légitimité à son intervention* »⁵⁴⁵. La qualité du tiers qui va intervenir lors d'un processus amiable va varier en fonction de la procédure choisie par les parties ; dans le cadre d'une procédure participative, par exemple, celles-ci sont respectivement assistées de leur avocat. En revanche, lors d'une procédure de médiation, l'article 1532 du Code de procédure civile prévoit que le médiateur peut être une personne physique ou morale qui, le cas échéant, devra désigner, avec l'accord des parties, la personne physique chargée d'accomplir la mission de médiation. Concernant sa mission, encore une fois les pratiques peuvent être très variables, la plupart des médiateurs par exemple, se bornent à mettre les parties en relation, pour faciliter le rétablissement du dialogue, et ce sont les conseils (avocats) qui rédigent l'accord et vont vérifier sa régularité vis-à-vis de l'ordre public⁵⁴⁶. Pour cela, bien que le droit ne réglemente ni les méthodes utilisées par les processus amiables, ni les missions attribuées aux tiers qui y interviennent ; le Code de procédure civile leur impose, en revanche, de réunir de nombreuses conditions de fiabilité permettant de garantir

⁵⁴⁴ J. TRICOT, *Éthique à Nicomaque*, Paris, 1987 — ARISTOTELES, *ēthiká Nikomácheia*.

⁵⁴⁵ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁵⁴⁶ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

aux parties, sinon des garanties procédurales, au moins des procédures structurées autour de principes essentiels. En effet, il est primordial, pour que les parties aient toutes les cartes en main quant à la recherche d'une solution négociée, que le tiers qui encadre la procédure amiable réponde à quelques exigences. « *Celui-ci se doit notamment d'être indépendant et impartial au cours de sa mission et de garantir l'égalité des armes entre les personnes désireuses d'utiliser cette voie d'apaisement, en dépit de leur situation conflictuelle* »⁵⁴⁷. En effet, ces qualités sont prévues, notamment dans le cadre de la médiation et de la conciliation conventionnelle, par l'article 1530 du Code de procédure civile qui dispose que : « La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, *avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ».

La première, et essentielle, qualité du tiers qui aura pour mission d'intervenir auprès des parties au cours du processus amiable est *l'impartialité*. Principe issu du droit au procès équitable, l'impartialité est désignée comme une exigence déontologique et éthique à toute fonction juridictionnelle, bannissant tout a priori, excluant pareillement faveur et préférence, préjugé et prévention, ne céder à aucune influence de quelque source qu'elle soit, ne pas se mettre en situation de conflit ou de conjonction d'intérêts avec l'une des parties. L'obligation première du tiers étant de tenir la balance égale entre les parties et, sinon de départager leurs prétentions par référence au droit comme le ferait un juge, au moins de les guider dans les différentes étapes du processus de négociation raisonnée par référence à l'équité et à la justice, sans autre considération⁵⁴⁸. La Cour EDH considère que l'exigence d'impartialité est double ; à la fois subjective, dans le sens où le tiers ne doit pas manifester de parti pris personnel relativement au for de celui-ci, mais également objective, ou organique, l'impartialité du tiers

⁵⁴⁷ R. DUMAS, *Les MARD (modes alternatifs de résolution des différends) au prisme des droits fondamentaux substantiels*, in *Théorie des droits fondamentaux*, Droit processuel, 2018, n° 1, p. 18.

⁵⁴⁸ Voir sur ce point : Terme « Impartialité », Procédure générale, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

ne devant offrir aucune prise à un doute légitime, donnant toutes les apparences d'impartialité. Il advient qu'il n'est pas aisé de distinguer l'impartialité d'autres qualités, telle que la neutralité que l'on retrouve dans certains codes de déontologie des médiateurs. « *A. Pekar Lempereur, J. Salzer et A. Colson distinguent ainsi les notions⁵⁴⁹ : l'impartialité qualifie la perception qu'ont les personnes de l'attitude du médiateur, c'est ce qui se donne à voir, alors que la neutralité désigne la situation vécue par le médiateur, elle lui impose une mise à distance de sa subjectivité, une prise de conscience de ses projections de ses affects et de ses résonances existantes entre la situation des personnes et son propre vécu* »⁵⁵⁰. Dans ce sens, l'impartialité doit également être distinguée de l'indépendance du tiers qui, quant à elle, consiste en l'une des conditions permettant l'effectivité de l'impartialité. En effet, l'indépendance signifie que le tiers ne doit entretenir aucune relation avec l'une ou l'autre des parties de telle sorte qu'il ne serait plus libre de mener le processus de négociation en toute équité ; cela peu importe qu'il s'agisse d'une dépendance de nature financière, hiérarchique, politique, personnelle, et qu'elle soit directe ou indirecte⁵⁵¹. Il en résulte que l'indépendance comme la neutralité, bien que distinguées de l'impartialité, en constituent des corollaires essentiels.

Ensuite, en vertu de l'article 1533 du Code de procédure civile⁵⁵², le tiers désigné doit satisfaire aux conditions suivantes : « (1) Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une

⁵⁴⁹ A. LEMPEREUR et J. SALZER et A. COLSON, *Méthode de médiation : au cœur de la conciliation*, Paris, Dunod, 2008.

⁵⁵⁰ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁵⁵¹ Des préoccupations qu'il est possible de retrouver dans la Directive UE n° 2013/11 du 21 mai 2013.

⁵⁵² « (1) Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire ; (2) N'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ; (3) Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige ; (4) Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ; (5) Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation », Article 131-5 qui précise que le tiers doit satisfaire aux conditions suivantes, notamment en matière de médiation, Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

incapacité ou d'une déchéance mentionnée sur le bulletin n° 3 du casier judiciaire ; (2) Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ou justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ». Autrement dit, le tiers médiateur ou conciliateur, qu'il intervienne dans le cadre d'une procédure purement conventionnelle ou judiciaire, doit mener sa mission avec **compétence et diligence**. Il advient donc que le Code de procédure civile conçoit la compétence du tiers à travers une double approche. « *Selon une approche plutôt technique en lien avec le différend, le médiateur peut posséder la qualification requise eu égard à la nature du différend ; selon une approche plus fonctionnelle, le médiateur peut ne pas être un expert dans la matière du différend, mais justifier d'une formation à la pratique de la médiation, voire d'une simple expérience adaptée à la pratique de la médiation* »⁵⁵³. Une compétence du tiers, que ce soit en matière de procédure de négociation amiable ou dans la matière même tenant à la spécialisation technique du différend, qui est essentielle. En effet, ce qui fait la spécificité des modes amiables de résolution des différends est de permettre l'accès aux entreprises à une justice privée sur mesure qui s'adapte parfaitement aux besoins du différend ; et cela tant sur le choix des modalités procédurales que sur l'expertise des professionnels qui interviennent pour garantir l'efficacité du processus amiable. En conséquent, les parties qui feraient appel à un tiers intervenant qui ne maîtrise ni les principes directeurs des procédures amiables, ni le domaine d'expertise tenant au fond du différend, retrouveraient certaines difficultés reprochées au procès étatique, notamment quant au défaut de compétence technique des juges sur des matières relevant du domaine des affaires. Les parties missionneraient donc un tiers qui ne serait pas réellement en mesure de les aider à la recherche d'une solution amiable optimale et, au pire, les conduirait à un accord non homologable par le juge par méconnaissance des principes directeurs des modes amiables de résolution des différends. Par ailleurs, en tant que corollaires de la compétence, le tiers missionné par les parties doit faire preuve de **diligence, de probité et d'honnêteté** dans l'exercice de la mission qui lui est confiée. En effet, la qualité de diligence suppose une obligation de moyen à la charge du tiers qui devra mettre en œuvre tous les moyens dont il dispose pour exercer sa mission de facilitateur au cours de la négociation amiable des

⁵⁵³ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

parties. Autrement dit, de faire en sorte que le processus suive les phases nécessaires à la négociation et au rétablissement du lien social entre les parties négociatrices, cela afin qu'elles parviennent aussi bien à un accord solutionnant le fond du différend qu'à la préservation et la poursuite de leurs relations pour l'avenir. Il est nécessaire d'observer, qu'en tant qu'obligation de moyen, la responsabilité du tiers ne pourra être engagée que dans l'hypothèse d'un défaut de qualité du processus de négociation qu'il a mené, et non en cas d'échec de la procédure amiable. Effectivement, l'aboutissement du processus de négociation, formalisé par un accord, dépend majoritairement de la bonne volonté des parties, le tiers n'étant au final qu'un facilitateur qui est chargé de les aider à renouer le dialogue et à conduire les modalités de la procédure choisies par les parties. Il advient que pour exercer sa mission avec diligence, le tiers doit faire preuve d'honnêteté et de probité ; deux caractéristiques traduisant la qualité de quelqu'un qui observe parfaitement les règles morales, qui respecte scrupuleusement ses devoirs, les règlements, ...⁵⁵⁴ et cela de bonne foi et loyalement⁵⁵⁵. Des qualités qui, selon le Code de procédure civile, s'exprime a priori par l'absence de condamnation ou d'une déchéance de droits suite à une sanction judiciaire, ou encore d'une incapacité juridique sanctionnant les actes consentis par la personne qui fait l'objet d'une telle mesure. A posteriori, l'honnêteté et la probité du tiers intervenant va se traduire par la bonne foi de celui-ci quant au respect de toutes les qualités et les principes directeurs des procédures amiables soulevés précédemment, et dans l'accomplissement scrupuleux de ses devoirs envers les parties lors du processus de négociation raisonnée. À cet égard, il reste que pour guider les parties dans le choix de cette personne physique, nommée directement ou via une personne morale qui l'aura missionné, la directive européenne n°2013/11 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation⁵⁵⁶ a incité les États à accréditer des autorités de contrôle des médiateurs conventionnels. Une incitation qui s'est traduite par l'accréditation de certaines associations de médiateurs et des travaux sur l'élaboration d'un Code national de déontologie de la médiation⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ Probité. *LAROUSSE*, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>.

⁵⁵⁵ Honnêteté. *LAROUSSE*, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>.

⁵⁵⁶ Directive UE n° 2013/11 du Parlement européen et du Conseil, du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le Règlement CE n°2006/2004.

⁵⁵⁷ F. VERT, *La médiation dans le domaine judiciaire en France*, in *Annonces de la Seine*, 2014, n° 21.

SECTION 2^{NDE} : LES EFFETS JURIDIQUES DE LA DÉJUDICIARISATION AMIABLE DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE

Bien que la tentative amiable soit dorénavant un préalable obligatoire, l'objectif n'est pas que l'entreprise remplisse une simple formalité procédurale précontentieuse avant de recourir, ou d'être assignée devant les tribunaux étatiques pour résoudre le différend en question. L'entreprise doit saisir l'opportunité de véritablement mettre en œuvre les moyens nécessaires à la négociation raisonnée pour parvenir à une solution optimale de résolution du différend pour chacune des parties négociatrices. Dès lors qu'elles ont enclenché un processus de négociation amiable, celles-ci vont devoir concourir à l'obtention d'une solution permettant la résolution de leur différend à travers un accord amiable. Cet accord trouvé par les parties pour résoudre leur différend devra être formalisé suivant certaines conditions, une matérialisation qui permettra de lui octroyer une force contraignante garantissant son efficacité.

PARAGRAPHE 1^{ER} : LA MATÉRIALISATION DE L'ACCORD AMIABLE OBTENU ENTRE LES PARTIES NÉGOCIATRICES

« Comme la roue, l'institution contractuelle est l'une des créations les plus utiles et les plus simples de l'Humanité »⁵⁵⁸. Il advient que c'est effectivement via le biais de l'institution contractuelle que l'accord obtenu par les parties lors d'une procédure amiable devra être formalisé. Une contractualisation qui, malgré le principe de liberté contractuelle qui régit les modes amiables de résolution des différends, devra répondre à quelques critères de forme et de rédaction pour être valable et obtenir la force contraignante nécessaire à son exécution.

I. LA FORMALISATION DE L'ACCORD AMIABLE OBTENU

Face aux infinies possibilités qu'offre la liberté contractuelle pour les parties, il est nécessaire que la formalisation de l'accord issu de la procédure amiable qu'elles ont engagé réponde à certaines caractéristiques pour garantir l'efficacité de la solution trouvée par celles-ci au cours du processus. Cela tant sur la qualification de l'accord amiable qui sera retenue que sur

⁵⁵⁸ J.M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris, Éd. Jurid. Lefebvre, 1988.

les différentes formes qu'il peut recouvrir, un choix de caractéristiques contractuelles desquelles sera tributaire l'efficacité de la solution.

A. LES FIGURES DE L'ACCORD AMIABLE

L'aspect processuel de l'accord amiable ne doit pas tromper puisque celui-ci, bien que permettant de mettre fin conventionnellement à un litige qui oppose les intérêts des différentes parties négociatrices en jeu, reste et demeure un contrat. En effet, les qualifications sont complexes, elles peuvent être hybrides mais la qualification contractuelle doit être d'avantage retenue puisque les parties seront partie à un contrat et non à un procès. Dans ce sens, le droit commun des contrats dispose donc que chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi⁵⁵⁹. À propos de la forme justement, à défaut d'application d'un régime spécial, les parties peuvent tout à fait opter pour un contrat dit consensuel ; c'est-à-dire lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression. Il advient effectivement, qu'en dehors de toute disposition spéciale, un accord amiable conclu entre les parties peut se former valablement de manière purement orale. Néanmoins, cette possibilité laissée aux parties négociatrices de former *un accord verbal* convient d'être nuancée sur différents aspects en raison du fait que cette figure se présente à la fois comme une évidence et comme une erreur de casting en termes d'efficacité. Matériellement, il s'avère que si tout contrat, quel qu'il soit, est précédé d'une période de négociation qui constitue un accord verbal amiable substantiel, ou bien que la période de négociation amiable puisse s'entendre comme une phase de pourparlers par laquelle les parties sont soumises à des règles, notamment de bonne foi et évitant une rupture abusive, tout conseiller juridique avisé privilégiera une formalisation écrite de l'accord amiable⁵⁶⁰. En effet, la période précontractuelle, et notamment dans le cadre d'une procédure amiable de résolution des différends, se construit sur la base de discussion, de proposition, d'acceptation, même d'accords gestuels et autres qui, au final conduisent à l'obtention d'un accord sur la résolution du différend. Si ces mini-accords, dits accords

⁵⁵⁹ Article 1102 relatif au contrat, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

⁵⁶⁰ D. MAINGUY, *L'accord amiable purement oral*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.

intermédiaires, ne posent pas de difficulté sous forme orale et/ou gestuelle en raison de leur nature temporaire, éphémère et d'exécution immédiate ; l'accord final quant à lui, mérite d'avantage de sécurité juridique qui vienne garantir son efficacité. En effet, si la mise en œuvre de l'accord amiable n'est pas immédiate, et que celui-ci est non-exécuté par l'une ou l'autre des parties, il s'agira de prouver l'existence et le contenu de l'accord pour obtenir son exécution. Pour cela, la réglementation relative à la preuve en matière d'accord amiable n'étant pas clairement définie, des conseils juridiques prudents préféreront la formalisation de celui-ci par écrit, à défaut d'exécution spontanée, pour limiter les risques pour les parties⁵⁶¹. Par ailleurs, en fonction de la procédure amiable de résolution des différends choisie par les parties pour trouver une solution à leur litige, un régime juridique spécial va s'appliquer et exiger une formalisation de l'accord amiable par écrit. Tel est le cas de la transaction qui doit être rédigée par écrit⁵⁶² ; mais également, de la convention de procédure participative, tant celle régissant la procédure qui, par ailleurs, doit contenir des mentions obligatoires à peine de nullité⁵⁶³, que l'acte mettant fin au litige. Dans ce sens, différentes formes d'écrits sont possibles ; l'acte juridique constatant l'accord des parties peut prendre, tantôt la forme d'un acte sous seing privé, tantôt d'un acte sous seing privé contresigné par un avocat, tantôt celui d'un acte authentique s'il fait intervenir un notaire. **L'acte sous seing privé** est un acte écrit, généralement instrumentaire, plus rarement nécessaire à l'existence de la situation juridique, rédigé par un particulier et comportant la signature des parties⁵⁶⁴. Celui-ci est soumis aux dispositions des articles 1372 et suivants du Code civil⁵⁶⁵, et n'a de force probante qu'autant qu'il n'y a pas dénégation ou méconnaissance de l'écriture ou de la signature par celui auquel on l'oppose, à moins que la partie qui s'en

⁵⁶¹ D. MAINGUY, *L'accord amiable purement oral*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.

⁵⁶² Article 2044 relatif à la transaction, , Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

⁵⁶³ Articles 2062 et 2063, relatif à la convention de procédure participative, Code civil, Op. Cit.

⁵⁶⁴ Voir sur ce point : Terme « Acte sous seing privé », Droit civil, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

⁵⁶⁵ Articles 1372 et suivants, Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JOFR, 11 février 2016, n° 0035 ; et les articles 1322 et suivants anciens du Code civil pour les contrats antérieurs à la réforme de février 2016

prévaut n'en démontre la sincérité⁵⁶⁶. Par ailleurs, l'accord amiable synallagmatique établi par acte sous seing privé ne fait preuve que s'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, à moins que les parties ne soient convenues de remettre à un tiers l'unique exemplaire dressé ; et chaque original doit mentionner le nombre des originaux qui en ont été faits. Il peut être intéressant pour un accord amiable dont l'exécution est simple, sinon immédiate, au moins dans un court délai, et ne semble, à priori, ne pas pouvoir poser de difficulté quelconque entre les parties. **L'acte contresigné par avocat**, en revanche, est un acte privé comportant, outre la signature des parties, celle de leur avocat commun ou des avocats de chacune d'entre elles par laquelle l'avocat atteste avoir éclairé pleinement son client sur les conséquences juridiques de cet acte. Contrairement à l'acte sous seing privé ordinaire, l'acte contresigné par avocat fait pleine foi de l'écriture et de la signature des parties tant à leur égard que vis-à-vis de leurs héritiers et ayants cause, tout en étant dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi. Il reste que, pour renforcer l'efficacité de l'accord amiable, dont il sera question dans la suite de cette contribution, celui-ci peut être rédigé par un notaire lui conférant l'efficacité d'un **acte authentique**. En effet, l'accord de médiation, par exemple, « peut également être rédigé par un notaire sous la forme d'un acte authentique (C. civ., art. 1317 s.⁵⁶⁷; aux termes de l'article L.111-3, 4° du CPCE, l'acte notarié revêtu de la forme exécutoire constitue un titre exécutoire, l'homologation par le juge n'est pas nécessaire) »⁵⁶⁸. Une distinction quant au type d'acte juridique qui sera tributaire tant de la volonté des parties que de l'état de leur relation dans la formalisation de leur accord pour garantir son efficacité.

⁵⁶⁶ Voir sur ce point : Terme « Acte sous seing privé », Droit civil, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

⁵⁶⁷ Articles 1369 et suivants, Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JOFR, 11 février 2016, n° 0035 ; et les articles 1317 et suivants anciens du Code civil pour les contrats antérieurs à la réforme de février 2016.

⁵⁶⁸ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

B. LA QUALIFICATION DE L'ACCORD AMIABLE

La qualification est une opération intellectuelle consistant à rattacher une situation de fait ou de droit à une catégorie juridique déjà existante (concept, institution) et permet de déterminer le régime applicable à la situation qualifiée ; autrement dit, la qualification légale est l'acte par lequel le législateur définit une catégorie juridique en précisant les conditions nécessaires de sa définition⁵⁶⁹. En matière contractuelle, la qualification du contrat ou du type de contrat va permettre de déterminer les règles qui devront lui être appliquées et qui vont significativement se différencier en fonction de la nature de la qualification juridique qui sera retenue quant à l'accord amiable formalisé entre les parties. Il advient donc que la qualification retenue par les parties, ou qui pourra être modifiée par le juge lors d'une procédure judiciaire (celui-ci ayant le pouvoir et le devoir de vérifier l'exactitude de la qualification présentée par les parties) ou de l'homologation d'un accord conventionnel, est primordiale puisque le régime et les conditions juridiques qui vont en découler seront tributaires de cette qualification. Pour cela, il est nécessaire de bien distinguer la qualification de la procédure amiable de résolution des différends choisie par les parties, autrement dit le processus amiable, du résultat de ce processus, formalisé conventionnellement dans l'accord amiable. La qualification dont il est question ici n'est pas celle du processus, mais bien celle de l'accord contractuel tel qu'il résultera du processus de négociation.

Bien que la liberté contractuelle soit, une fois n'est pas coutume, le fil conducteur de la formalisation des accords procéduraux, il advient que la transaction est le modèle le plus fréquent de contractualisation d'un accord amiable⁵⁷⁰. En effet, en vertu de l'article 2044 du Code civil, la transaction peut être envisagée tantôt comme un processus amiable par lequel les parties résolvent leur différend en se consentant réciproquement des concessions par convention ; tantôt par comme le contrat, constituant seulement la formalisation contractuelle finale, par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou

⁵⁶⁹ Voir sur ce point : Terme « Qualification », Droit général et droit civil, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

⁵⁷⁰ C. BOILLOT, *La qualification de l'accord amiable : transaction ou non ?*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.

préviennent une contestation à naître. L'enjeu de l'attribution d'une telle qualification, celle d'accord amiable transactionnel, est qu'un régime spécial vient, non se substituer au régime général, mais s'adjoindre aux règles de droit commun des contrats. En l'espèce, l'accord transactionnel devra être rédigé par écrit pour être valable mais également faire état de véritables concessions réciproques⁵⁷¹ ; de plus, celle-ci fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet. Il est possible d'observer que la forme contractuelle transactionnelle est une forme caméléon qui s'adapte à de nombreuses situations. En effet, « la Cour de cassation a jugé le 1^{er} avril 2013⁵⁷² que le procès-verbal établi et signé à l'occasion d'une médiation pénale, qui contient les engagements de l'auteur des faits incriminés, pris envers sa victime en contrepartie de la renonciation de celle-ci à sa plainte, constitue une transaction à l'exécution de laquelle peut être condamné le signataire défaillant » ; il s'avère que « même si cette solution a été rendue à propos d'une médiation pénale, **on admet qu'une médiation civile ou commerciale peut donner lieu à une transaction** »⁵⁷³. Par ailleurs, il est également envisageable d'opter pour un protocole d'accord transactionnel lors d'un litige avec une personne publique mais qui répondra à des conditions particulières relevant du droit public. Déjà, les établissements publics de l'État ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Premier ministre⁵⁷⁴ ; ensuite, il doit répondre à des conditions particulières cumulatives comprenant : un objet licite ne remettant pas en question l'indisponibilité des droits des personnes ; par exemple l'administration ne peut pas renoncer aux règles de compétence obligatoire (police, réglementaire, etc) et ne peut déroger à sa responsabilité (notamment l'interdiction faite à l'administration d'accorder une libéralité indemnifiant sans responsabilité ou de réparer des préjudices non indemnifiables tels qu'issue de la jurisprudence du Conseil d'État) ; de plus, l'exécutif local ne peut signer un accord amiable sans autorisation et sans contrôle de légalité. Il est également possible de signer une transaction

⁵⁷¹ Cour de cassation, Chambre civile 1^{ère}, 3 mai 2003, n° 98-12.819, Bull. civ. I, n°130.

⁵⁷² Cour de cassation, Chambre civile 1^{ère}, 10 avril 2013, n° 12-13.672, Bull. civ. I, n°80 ; D.2013. 1005.

⁵⁷³ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁵⁷⁴ Article 2045 tel qu'il est issu de l'art. 158 de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011, Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôse an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

participative, puisqu'effectivement, rien n'interdit aux parties de s'accorder sur une transaction à l'issue du processus participatif, mais dans un tel cas qui permet de revenir sur l'importance de la qualification retenue par les parties, l'accord transactionnel est soumis au régime juridique prévu aux articles 2044 et suivants du Code civil et non à celui de la procédure participative. La qualification transactionnelle est largement prioritaire mais il advient que ce n'est pas la seule option à disposition des parties pour formaliser leur accord, soit que les parties expriment la volonté de ne pas relever du régime juridique de la transaction, soit que celle-ci ne soit pas adaptée à la situation. En ce sens, « *comme l'indique un auteur l'absence de concessions réciproques n'entache pas le contrat en tant que tel mais supprime l'élément qui lui confère sa qualification spéciale de transaction* » ; et qu'ainsi, « *à défaut de concessions réciproques, l'acte juridique ne devrait pas produire les effets spécifiques de la transaction, mais il devrait avoir la force obligatoire d'un contrat* »⁵⁷⁵. Les parties conservent donc la possibilité de choisir la qualification de l'accord amiable qu'elles souhaitent mettre en œuvre, il reste qu'à défaut de qualification spéciale, celui-ci sera soumis **au droit commun des conventions**. En conséquent, dès lors que les parties entament l'étape rédactionnelle de l'accord qu'elles ont obtenu après les phases de négociation, il convient de porter une attention toute particulière à la qualification de l'accord en raison du fait que celle-ci sera le corollaire de l'attribution d'un régime juridique contraignant. L'accord pouvant relever soit du régime de la transaction, plus contraignant mais encadrant d'avantage l'efficacité juridique de la convention ; soit du droit commun des contrats, un régime plus libre mais qui encadre moins la spécificité processuelle de l'accord amiable.

II. L'ENJEU DE LA RÉDACTION DE L'ACCORD AMIABLE

Bien que le contenu de l'accord amiable soit issu du processus de négociation, il est primordial de ne pas négliger l'étape de retranscription de l'accord, de la rédaction contractuelle de la solution permettant de résoudre le litige pour garantir son efficacité. Il advient effectivement qu'une mauvaise retranscription rédactionnelle, voire une étape de rédaction négligée, que ce soit par les parties et/ou leurs conseils, peut conduire non seulement à ne pas réellement traduire la volonté des parties mais également, de ce fait à des difficultés d'exécution

⁵⁷⁵ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

de l'accord, et indubitablement à de nouveaux conflits. En effet, les parties vont pouvoir formaliser l'accord issu du processus amiable à travers la forme d'une convention amiable, laquelle va créer entre les parties négociatrices une ou plusieurs obligations quant à la résolution de leur différend⁵⁷⁶. Il s'avère que la contractualisation de l'accord amiable, bien qu'il revête un aspect processuel, est un outil créateur d'obligations qui va formaliser l'accord de volonté commune des parties pour mettre fin à leur litige. L'institution contractuelle est un mécanisme qui s'exprime à travers une technique se traduisant par un ensemble des procédés d'un art, d'un métier employé pour produire une œuvre ou pour obtenir un résultat déterminé⁵⁷⁷. « *Rien de plus utile, en effet, (que la maîtrise de la technique contractuelle) dans la mesure où le contrat substitue le dû au spontané et, par-là, le durable à l'instantané en permettant la création d'engagements prolongés à tous les niveaux de relations des plus amples aux plus simples ; comme la roue, le contrat est un dispositif adaptable à la plus grande variété de situations : du prêt d'un stylo à la construction d'une raffinerie* »⁵⁷⁸. Dans ce sens, il convient d'être attentif, lors de la rédaction de l'accord amiable, à la construction de la convention qui constitue en elle-même une procédure secondaire, a posteriori de la recherche d'une solution au litige, de discussions, d'échanges et de négociation. Il advient que « *les parties ne sont pas dispensées de suivre un ordre d'élaboration de leur création mais puisent dans leur liberté une source renforcée d'inspiration dans l'organisation de leur rapports* »⁵⁷⁹ de résolution des différends. Outre une méthodologie rédactionnelle conçue à partir d'un ordre d'élaboration, les parties et leurs conseils doivent garder à l'esprit la nature et l'objet de la convention, il s'agit de conserver l'aspect amiable de l'accord tel qu'il est issu de la négociation des parties. Pour cela, il conviendra de maintenir deux lignes directrices lors de la rédaction de l'accord amiable qui se traduisent à la fois par le fait de rendre compte du processus amiable qui a eu lieu, de le transposer et le reproduire par écrit ; mais également de ne pas dénaturé le processus de négociation amiable lors de sa constatation par des mentions et dispositions formalisées.

⁵⁷⁶ Voir sur ce point : Terme « Contrat », Droit civil, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

⁵⁷⁷ Technique. *LAROUSSE*, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>.

⁵⁷⁸ J.M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris, Éd. Jurid. Lefebvre, 1988, p. 632.

⁵⁷⁹ J.M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Op. Cit.

Concernant *les mentions rendant compte du processus amiable* ayant eu lieu avant l'étape de rédaction de l'accord, il paraît particulièrement pertinent de leur réserver une importance toute particulière. En effet, cet intérêt peut être mis en avant de diverses manières dans la construction rédactionnelle de l'accord ; soit en consacrant une partie de l'accord à ces mentions, soit en les mentionnant de manière générale dans le préambule. Celui-ci a la même autorité que les autres dispositions contractuelles, il vient simplement les introduire et expliquer le contexte propre à la conclusion des dispositions contractuelles à suivre ; et c'est justement cette fonction visant à expliquer le contexte qui va être intéressante. Le préambule tend à donner des informations sur le passé, cela en restituant tout aussi bien la situation conflictuelle avant de commencer la procédure de résolution amiable du différend, que les différentes étapes de la négociation. Il s'agira ainsi de « raconter » l'histoire des parties, de leurs relations avant la naissance du litige, le contexte de sa naissance ainsi que l'élaboration et la conduite du processus amiable de résolution de leur différend. Il existe autant de possibilités que d'accord amiable en raison de la singularité de chaque situation ; néanmoins, à titre de dispositions indicatives et non exhaustives, les parties et leurs rédacteurs peuvent faire état des éléments suivants :

(1) La situation pré conflit ainsi que le contexte et les raisons de la naissance du litige afin de rapporter l'état de la relation qu'elles entretenaient avant la survenance du différend ; (2) L'objet même du différend qui les opposait et leurs intentions respectives initiales pour que le juge, le cas échéant, puisse comprendre les enjeux du différend et le guider dans l'interprétation de l'accord qui lui est soumis ; (3) Dans cet ordre d'idée, si les parties y sont confrontées, les différents rapports de force qu'il a pu exister avant et pendant le processus de négociation amiable ; ce peut être le cas notamment, dans le cadre d'une relation entre une petite et moyenne entreprise sous-traitante et une grande entreprise donneuse d'ordre, mais également à l'inverse, entre une PME et un consommateur ; (4) Il peut être intéressant également de mettre en évidence dans le préambule, les efforts entrepris par chacune des parties négociatrices dans le processus, cela permettant de retracer l'implication de celles-ci dans la procédure amiable dans l'hypothèse d'une difficulté d'exécution de l'accord ; (5) Les intérêts en jeu, de manière objective, tantôt pour chacune des parties de manière individuelle mais également ceux de la procédure amiable, peuvent être également présentés et permettent d'analyser l'accord au regard des attentes initiales des différents intervenants au processus ; (6) Dans l'état d'esprit du préambule visant à

retracer le contexte du contrat qu'il introduit, les parties peuvent aussi faire le choix, et cela est recommandé, de pondérer le choix du cadre juridique choisi, tant sur l'explication de la procédure amiable suivie que sur le droit applicable, et autres ; (7) Dans la continuité, le rédacteur peut inscrire les modalités de conduite du processus amiable en relatant les différents échanges et réunions qui ont pu avoir lieu durant la procédure amiable, en précisant tant le calendrier procédural comportant le nombre de séances, le lieu et les horaires, que le contenu des échanges et les documents transmis ; (8) Il est également important pour permettre d'apprécier la qualité et l'encadrement juridique du processus de négociation amiable, de rappeler la présence, ou non, de conseils juridiques, tels que des avocats, aux côtés des parties durant les phases de négociation ; (9) Et autres, dans le sens où les parties sont libres d'adapter le contenu du préambule à leur situation et d'y mentionner tous les éléments qu'elles peuvent juger nécessaires⁵⁸⁰. L'enjeu du préambule et de ces dispositions est primordial dans l'hypothèse d'une mésentente des parties lors de l'exécution de l'accord, ou simplement de l'homologation de la convention amiable par une juridiction ; celui-ci doit refléter sans équivoque, l'essence de la commune intention des parties, rendre compte de la qualité de la procédure et expliquer clairement la situation ayant conduit à l'accord final emportant l'adhésion des parties.

Concernant *les dispositions relatives au contenu de l'accord amiable obtenu* entre les parties, il advient que le rédacteur est confronté à plusieurs écueils qu'il est nécessaire d'appréhender avec attention et de ne pas négliger. L'accord amiable, bien qu'ayant un objet processuel, est avant tout un contrat dont la construction générale peut s'apparenter à toute autre convention. En effet, « *pour que le contrat puisse se former et que les relations contractuelles puissent prendre naissance, un certain nombre d'éléments doivent, ordinairement, faire l'objet de précisions* » ; tel est le cas des mentions relatives aux partenaires à l'accord, à l'opération en jeu ainsi qu'à l'ouvrage ou la chose qui fait l'objet de l'accord⁵⁸¹. Ces éléments sont nécessaires à la validité de la convention de résolution amiable des différends de manière générale, mais des

⁵⁸⁰ S. BRUNENGO, *La rédaction de l'accord amiable : aspects pratiques*, in *L'accord amiable : et après ?*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.

⁵⁸¹ J.M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris, Éd. Jurid. Lefebvre, 1988.

mentions spéciales peuvent être nécessaires si les parties font le choix d'un contrat nommé répondant à un régime spécial, telle que la transaction. Parmi les partenaires, les parties doivent être désignées précisément, notamment dans le cadre de la nomination d'un représentant pour une entreprise, et conforme aux règles de compétence et de représentation spécifiées dans les statuts de l'organisation. Si un tiers est intervenu pour aider les parties à se concilier ou à organiser le processus amiable, ou encore que celles-ci ont été assistées par leurs avocats, l'identité et les coordonnées des différents intervenants peuvent, encore une fois, être pertinentes. À propos de l'opération, il est nécessaire d'indiquer très tôt, notamment dès le titre attribué à la convention, la nature de l'opération qui vient lier les parties en désignant l'instrument juridique qu'elles entendent utiliser. Cela se traduit, en l'espèce, par la qualification de la procédure amiable retenue et mise en œuvre par les parties quant à la résolution des différends qui les opposent, que ce soit une simple transaction, une médiation, une conciliation mais encore une procédure participative. Une qualification de l'accord amiable qui a son importance puisque celle-ci va conduire à la désignation soit du régime de droit commun, soit d'un régime spécial de rattachement à l'accord, et donc à des conditions de validité particulières. Outre une simple qualification de l'opération, il s'agira également de présenter les diverses modalités du processus amiable engagé par les parties négociatrices. Ensuite, intéressant l'ouvrage ou la chose de l'opération, il appartiendra au rédacteur de l'accord de désigner avec précision l'objet du différend opposant les parties et la solution trouvée pour le résoudre. Une disposition singulièrement importante puisqu'elle porte le cœur de la convention ; son objet va être de retranscrire la solution retenue par les parties lors des négociations réalisées durant le processus amiable et d'explicitier l'accord obtenu et à mettre en œuvre afin de mettre fin au litige. Il est donc nécessaire d'y consacrer un second ou un troisième rang de négociation dans le sens où la rédaction même de ces dispositions va impliquer une nouvelle période de négociation per se. En effet, les enjeux de la rédaction de l'accord sont primordiaux tant la formulation peut emporter des sens ou des interprétations diverses et variées ; ainsi, lorsque des points ont été oubliés, il paraît inévitable de revenir sur des positions après le commencement du travail de rédaction⁵⁸². Une telle phase permet de se rendre compte de l'apparition de certains

⁵⁸² S. BRUNENGO, *La rédaction de l'accord amiable : aspects pratiques*, in *L'accord amiable : et après ?*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.

risques pour les parties dans la formulation de leurs nouvelles obligations, mais également de mettre en avant l'oubli ou la création, par ricochet, de la constitution d'autres obligations. Par ailleurs, bien que les MARD permettent aux parties de parvenir à un accord amiable a-juridique plus adaptable et diversifié qu'une solution purement juridique, il convient aussi de ne pas omettre la sécurité juridique et la conformité de l'accord vis-à-vis de la loi qui pourrait constituer des difficultés d'exécution. En effet, quel que soit l'objet de l'accord, en vertu du droit commun des contrats, celui-ci se doit d'être déterminé, possible et licite ; et en vertu du droit spécial des MARD, notamment de la transaction, soit de mettre à la charge de chacun des nouvelles obligations équilibrées, soit d'établir des concessions réciproques entre les parties. Par ailleurs, il paraît également nécessaire *d'anticiper les modalités et les difficultés éventuelles d'exécution de l'accord*, des dispositions pour lesquelles il est primordial de conserver la philosophie du processus en prévoyant la poursuite des échanges en cas de difficultés d'exécution, ou autrement dit d'inexécution par l'une ou l'autre des parties. Pour cela, celles-ci peuvent convenir de recourir à nouveau aux MARD ou de prévoir les effets rattachés à l'accord contractualisé, notamment son homologation ou non, mais encore la mise en œuvre d'une clause pénale pour défaut d'exécution. Il en résulte que l'idée des MARD est de pérenniser la relation entre les parties et il convient, lors de la rédaction de l'accord obtenu, de ne pas dénaturé la nature amiable du processus mis en œuvre par les parties. L'enjeu est ici de donner une formalisation technique et humaine à la solution retenue par les parties et permettant de mettre fin au litige ; cela en consacrant une étape entière de négociation à la rédaction de la recherche d'accord.

PARAGRAPHE 2ND : LES EFFETS TENANT AU RÉSULTAT DES PROCÉDURES AMIABLES DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE

Pour les parties, parvenir à un accord et le formaliser est une grande étape dans la résolution de leur différend. Néanmoins, l'objectif même du processus amiable n'est pas seulement de trouver un accord, mais bel et bien la résolution effective du différent par l'exécution de l'accord trouvé par les parties. Une efficacité de l'accord qui tient à sa force contraignante, que celle-ci soit issue de sa nature contractuelle ou bien procurée par l'homologation prodiguée par le juge et qui permet aux parties négociatrices, le cas échéant, de se prévaloir de recours quant à son exécution. Toutefois, il arrive également que les parties ne parviennent pas à solutionner leur différend, ou du moins sa totalité ; dans ces circonstances, elles conservent des droits procéduraux à faire valoir quant à la résolution de leur différend.

I. L'EFFICACITÉ DE L'ACCORD AMIABLE : LA FORCE CONTRAIGNANTE

L'utilité d'un accord conventionnel obtenu via un processus amiable par les parties se traduit principalement par son efficacité ; une effectivité de la résolution du différend qui les opposait qui s'exprime à travers la force contraignante que recouvre cet accord. L'efficacité des modes amiables de résolution des différends tient à sa nature contractuelle qui lie les parties à la volonté commune qu'elles ont exprimé lors des négociations et formalisé par une convention ; mais également via la procédure d'homologation procurant à l'accord conventionnel, après sa validation par le juge, la force exécutoire d'un jugement étatique traditionnel.

A. LA FORCE OBLIGATOIRE EN VERTU DE L'ASPECT CONTRACTUEL DE L'ACCORD

Comme le rappelle A. Loysel, un adage de droit français veut que l'on « *lie les bœufs par les cornes et les hommes par la parole* »⁵⁸³. En effet, en vertu du principe dit du Mutuus Dissensus, le contrat créé par la volonté commune des parties ne peut en principe être rompu que par un nouvel accord des volontés⁵⁸⁴, cela suivant le principe du parallélisme des formes. Cette règle constitue le corollaire nécessaire de la force obligatoire du contrat qui est codifiée aux termes de l'article 1134 alinéa 1 du Code civil (reproduit à l'article 1103 tel qu'il résulte de

⁵⁸³ A. LOYSEL, *Institutes Coutumières*, 1846 éd., Hachette Livre-BNF, 2012.

⁵⁸⁴ Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 6 avril 2004, n° 00-18.097.

l'Ordonnance avec pour seule modification qu'il est désormais question de contrat et non de convention) suivant les dispositions suivantes : « **Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits** ». Il en advient donc que le contrat valablement formé constitue la loi des parties ; celui-ci s'imposant à elles, mais aussi au juge. S'inscrivant comme un instrument d'une prévision opérée par deux ou plusieurs partenaires dans le but de mettre en œuvre des obligations, il ne peut en principe être ultérieurement déjoué. En effet, toute l'exécution du contrat est gouvernée par cette recherche de la volonté commune des parties, et le respect par celles-ci de la loi contractuelle qui se manifeste lorsqu'elles expriment ladite volonté commune lors de la conclusion de l'accord amiable. Il en résulte que, dès lors que les parties négociatrices engagées dans une procédure de résolution amiable des différends formalisent l'accord né du processus de négociation par la formation contractuelle de celui-ci, les parties sont liées par les obligations qui y sont inscrites et sont tenues de les exécuter. De plus, le législateur a opportunément conservé l'ancien article 1135, devenu l'article 1194 du Code civil, selon lequel les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi⁵⁸⁵; cela sous l'égide du principe de la bonne foi dans l'exécution des obligations naissant de l'accord amiable conclu entre les parties. Par ailleurs, la force obligatoire liant les parties signataires à l'exécution des obligations issues de l'accord amiable qu'elles ont obtenu peut être, sinon accentuée, au moins enrichie par la constatation de l'accord par un tiers intervenant. Effectivement, il est intéressant de s'interroger sur l'apport de la mission du tiers intervenant, outre celle de concilier les parties et de conduire le processus amiable, quant à l'efficacité de l'accord. *Par exemple, la question peut se poser de mesurer quelle peut être la plus-value d'un accord accompagné du visa d'un médiateur ou d'un conciliateur ?* Le visa du tiers ne va pas permettre d'aller contre la volonté des parties, pourtant il est faux de dire que cela n'a aucun intérêt : l'accord visé par un tiers apporte des garanties de compétence juridique ou technique, mais aussi d'impartialité avec des qualités de rédaction et de formulation supérieure⁵⁸⁶. Dans ce sens, l'apport d'un accord visé par

⁵⁸⁵ F. CHENEDE, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, 1^{er} éd, Paris, Dalloz, 2016.

⁵⁸⁶ M. DEPINCE, *L'accord amiable constaté par les médiateurs ou conciliateurs*, in *L'accord amiable : et après ?*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.

un médiateur ou un conciliateur de justice quant à l'efficacité de l'accord amiable sera visible lors de l'exécution ; si celui-ci s'exécute sans accros, il est raisonnable de supposer que les compétences juridiques et techniques du tiers ont apporté l'équilibre et une certaine sécurité juridique à l'acte. Mais également, et surtout, dans l'hypothèse d'une inexécution de l'accord amiable en raison du fait que si celui-ci est contesté (vice de consentement, incapacité, etc) par l'une ou l'autre des parties qui refuserait de le mettre en œuvre, le tiers recouvre un rôle de certification quant à la qualité du processus amiable qui a été orchestré. En effet, le tiers a un rôle de contrôle de la validité des éléments juridiques de l'accord amiable, et offre des gages procéduraux devant le juge tant en termes de qualité quant à la mise en œuvre de la procédure amiable de résolution du différend, que d'efficacité, des garanties qui vont dépendre de l'ampleur de la mission que les parties lui auront confiée. Dans le même ordre d'idée, les médiations, par exemple, qui se sont déroulées sous l'office d'une structure institutionnelle spécialisée et reconnue par les professionnels du droit, offrent des gages de qualité au juge qui aurait à trancher de la contestation d'un accord amiable dont l'exécution serait contestée. Il advient également que les procédures de médiation proposées, notamment par le CMAP, sont structurées dans leur forme, dans le temps et soumises à des règles consignées dans le règlement de médiation consultable sur le site du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris⁵⁸⁷. Une structure et un règlement qui attribuent de véritables règles procédurales au processus de médiation et permet aux parties de parvenir à un accord qui, grâce à une procédure correctement guidée et un contenu équilibré et valable, offre des garanties d'efficacité et d'efficience⁵⁸⁸. Il reste que, tel que cela a pu être mentionné à propos de la qualification de l'accord amiable, les parties peuvent décider de confier la rédaction de l'acte constatant leur accord et la fin du litige à un notaire ; le dépôt auprès d'un officier public de l'État lui conférant dès lors, outre la « simple » force obligatoire contractuelle, la force propre à l'acte authentique, l'accord amiable obtenu entre les parties valant ainsi titre exécutoire. Il advient que si les parties ne souhaitent pas l'exécuter, il est possible de s'interroger sur le but du processus amiable qui a été conduit ;

⁵⁸⁷ Pour aller plus loin : CENTRE DE MEDIATION ET D'ARBITRAGE DE PARIS,

<http://www.cmap.fr/wp-content/uploads/2015/12/reglement-de-mediation-interentreprises.pdf>.

⁵⁸⁸ S. HENRY, *L'efficacité des accords amiables obtenus dans un cadre institutionnel : l'exemple du CMAP*, in *L'accord amiable : et après ?*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.

néanmoins, si celles-ci souhaitent sécuriser l'exécution de leur accord, il en résulte que le contrat n'est pas un titre exécutoire mais a seulement une valeur conventionnelle qui tient de loi à ceux qui l'ont conclu ; la force exécutoire suppose, quant à elle, l'homologation de l'accord par un juge étatique.

B. LA FORCE EXÉCUTOIRE EN VERTU DE L'HOMOLOGATION DE L'ACCORD

Pour garantir d'avantage d'efficacité et de sécurité juridique à l'accord amiable obtenu par les parties que la seule force obligatoire propre à sa nature conventionnelle, l'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée. Lequel juge, à qui est soumis l'accord, ne peut en revanche en modifier les termes. Il advient que « *comme l'indique l'article 1565 du Code de procédure civile, l'accord auquel sont parvenues les parties peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée* »⁵⁸⁹. Matériellement, l'homologation est une procédure par laquelle un juge approuve un acte juridique et lui confère la force exécutoire après avoir opéré un contrôle succinct de légalité et, généralement, d'opportunité⁵⁹⁰. En effet, conformément à l'article L.111-3 du Code des procédures civiles d'exécution, « *seuls constituent des titres exécutoires :*

(1) Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire, ainsi que les accords auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire ; (2) Les actes et les jugements étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarés exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution, sans préjudice des dispositions du droit de l'Union européenne applicables ; (3) Les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ; (4) Les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ; (4 bis) Les accords par lesquels les époux consentent mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresignée par avocats, déposés au rang des minutes d'un

⁵⁸⁹ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁵⁹⁰ Voir sur ce point : Terme « Homologation », Droit civil, Procédure civile, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

notaire selon les modalités prévues à l'article 229-1 du code civil ; (5) Le titre délivré par l'huissier de justice en cas de non-paiement d'un chèque ou en cas d'accord entre le créancier et le débiteur dans les conditions prévues à l'article L. 125-1 ; (6) Les titres délivrés par les personnes morales de droit public qualifiés comme tels par la loi, ou les décisions auxquelles la loi attache les effets d'un jugement ». L'homologation est donc une décision gracieuse, c'est-à-dire une décision prise par un juge saisi, en l'absence de litige, d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire, ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle⁵⁹¹, et permet ainsi aux parties de sécuriser l'efficacité de leur accord et de pouvoir prétendre à l'exécution de celui-ci en cas de difficultés de mise en œuvre des nouvelles obligations qu'il porte. Dans ce sens, le bénéficiaire du titre pourra donc contraindre l'autre partie à s'exécuter, au besoin en recourant aux procédures civiles d'exécution prévues par le code régissant lesdites procédures si l'un ou l'autre des débiteurs ne s'exécute pas ; une faculté rappelée dans l'article 21-5 de la loi du 8 février 1995, mais également dans l'article 131-12 du Code de procédure civile. Néanmoins, pour octroyer la force exécutoire dans le cadre de son imperium, le juge doit effectuer un contrôle sur l'accord ; lequel a été défini par un arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 2011⁵⁹² dans le cadre de la détermination des pouvoirs du Président du TGI lorsqu'il octroie la force exécutoire aux transactions : « son contrôle ne peut porter que sur la nature de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». Autrement dit, le juge va uniquement vérifier « la régularité formelle de l'acte, notamment la signature des parties, leur identité, le nom et l'identité (du tiers intervenant), sa signature, la date ... » ; mais également que « l'accord ne porte pas atteinte à des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition et d'une façon plus générale qu'il est conforme aux lois d'ordre public substantiel »⁵⁹³.

Malgré le fait que le contrat amiable puisse exister sans juge, l'intervention judiciaire est utile à plusieurs égards ; que ce soit pour introduire une certaine forme de pression et cristalliser

⁵⁹¹ Voir sur ce point : Terme « Décision gracieuse », Procédure civile, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

⁵⁹² Cour de cassation, Chambre civile 2^eème, 26 mai 2011, n°06-19.527, Bull. Civ. IV, n°120.

⁵⁹³ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

le conflit, notamment auprès des créanciers lors des procédures collectives, ou encore grâce au renforcement de la force obligatoire par la force exécutoire. Néanmoins, bien que le contrôle du juge soit limité, il convient d'observer que le fait de réintroduire l'accord amiable obtenu par les parties dans le cadre d'une procédure amiable de résolution des différends dans la « machine judiciaire » comporte des risques. En effet, il s'avère que l'homologation de l'accord amiable peut présenter quelques inconvénients pour l'entreprise qui peuvent la dissuader d'engager cette procédure gracieuse. Déjà, l'homologation ne transmute pas la transaction, ou tout autre accord amiable, en décision judiciaire qui garde son aspect conventionnel ; tout en présentant des incertitudes quant au concept de la procédure et à l'aspect obscur de la véritable intensité du contrôle opéré par le juge. Ensuite, l'homologation peut présenter un danger pour l'entreprise puisque le contrat judiciaire ouvre droit à des recours juridiques mais remplace également le processus amiable au cœur de la publicité des audiences. Dans ce sens, si dans un premier temps la procédure d'homologation semble réunir tous les avantages à la fois du contrat et de la justice, elle représente des inconvénients qui en constituent au final un mode cumulatif de résolution du différend⁵⁹⁴. Pour parer aux limites de l'homologation judiciaire de l'accord amiable qui ont été soulevées, il est nécessaire de noter que d'autres options s'offrent aux PME pour sécuriser l'efficacité juridique de l'accord obtenu.

II. LES SUITES DE LA PROCÉDURE AMIABLE

L'objectif premier du recours à un mode amiable de résolution des différends, pour les parties, est de conserver leur liberté en toutes circonstances ; une faculté qui leur permet tantôt de parvenir à une solution amiable de l'entier différend, tantôt de le résoudre partiellement, mais encore de sortir de la procédure à tout moment si celle-ci n'aboutit pas. Dans cette dernière hypothèse, les parties conservent leurs droits procéduraux et notamment celui du droit au procès équitable devant le juge étatique.

⁵⁹⁴ D. HOUTCIEFF, *L'accord amiable constaté par les juges*, in *L'accord amiable : et après ?* Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.

A. LES SUITES EN CAS D'INEXÉCUTION DE L'ACCORD OBTENU

Bien que l'accord amiable obtenu entre les parties négociatrices lors d'une procédure amiable de résolution bénéficie de la force obligatoire issue de sa nature contractuelle, ou encore de la force exécutoire en vertu d'une procédure d'homologation, il arrive que son exécution effective pose des difficultés et que l'une ou l'autre des parties refusent de le mettre en œuvre. Dans ce cas, la force obligatoire attachée aux conventions permet à l'entreprise de réclamer son exécution sur le fondement de la responsabilité contractuelle de la partie cocontractante à l'accord amiable ; et la force exécutoire, quant à elle, offre la faculté à l'entreprise de recourir à l'exécution forcée de l'accord en contraignant, via des procédures particulières, le débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard. Il faut bien admettre à ce stade que, si l'entreprise doit recourir à ces différents moyens pour assurer l'exécution des obligations issues de l'accord amiable, il est possible de postuler que le processus de négociation amiable, dont l'objet est de concilier les parties à un litige pour parvenir à un accord satisfaisant pour chacune d'entre elles, et d'éviter le recours au procès étatique, constitue un échec. En effet, le refus par l'une des parties d'exécuter l'accord amiable peut se traduire par un échec de la conciliation de leurs intérêts communs qui implique un échec de la négociation ; mais l'insuccès peut résider également dans le fait que les parties se retrouvent, contrairement à leur volonté initiale, devant le juge pour trancher leur litige persistant. Pour éviter les déboires juridiques d'une inexécution de l'accord amiable, l'entreprise peut appliquer les méthodes relatives au management des risques en anticipant cette difficulté et en prévoyant des mécanismes contractuels d'efficacité supplémentaires. Dans le cadre d'un *différend de droit interne*, l'homologation peut s'avérer ne pas être absolument nécessaire, les parties souhaitant renforcer l'efficacité de leur accord amiable peuvent le sécuriser grâce à des mécanismes de prévention des risques contractuels. Dans le silence de la loi, l'entreprise engagée dans un processus amiable peut anticiper et prévoir contractuellement des mécanismes d'exécution sur le modèle des décisions de justice et/ou arbitrale. À titre d'illustration, il est possible d'envisager l'insertion d'une clause pénale dans l'accord amiable, ou encore une clause de résolution spécifiant que l'accord est nul et non avenu en cas d'inexécution. Outre l'inexécution, les parties peuvent prévoir les modalités de traitement

de l'inexécution à travers l'introduction d'une clause compromissoire dans l'accord amiable⁵⁹⁵. En revanche, *en matière internationale*, et contrairement au célèbre adage de Balzac, l'outil juridique efficace reste une décision de justice puisque celui qui va exécuter l'accord est un juge étatique. Pour cela, si l'entreprise souhaite éviter totalement le recours à un juge étatique même pour l'unique étape d'homologation de l'accord amiable, autant recourir directement à une procédure arbitrale dont il sera question dans la suite de la contribution. En effet, à la croisée des procédures amiables et alternatives de résolution des différends, il arrive fréquemment que les parties en procédure arbitrale parviennent à un accord amiable ; dès lors, celles-ci peuvent demander au tribunal arbitral de reprendre l'accord sous forme de sentence, mettant ainsi fin à l'instance. Cette *sentence d'accord-partie*⁵⁹⁶ permet, dans certaines conditions, de convertir un accord amiable en une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée tant en droit interne que dans l'ordre international.

Par ailleurs, il convient également d'envisager l'éventualité pour laquelle une PME refuserait d'exécuter un accord amiable conclu lors d'une procédure amiable de résolution des différends, et viendrait à le contester. En effet, bien que les MARD prônent une résolution du différend à travers un processus de négociation raisonnée véhiculant l'écoute, le dialogue et le rétablissement du lien social sur le fondement d'une négociation de bonne foi ; il peut arriver qu'une partie ne soit pas tout à fait honnête et loyale aux principes du processus amiable. Pour cela, la partie adverse peut être tentée de mettre en œuvre des pratiques déloyales couramment utilisées, tels que le mensonge délibéré ou l'emploi de faux renseignements ; sur ce point, il convient de ne pas confondre tricher et cacher une partie de son jeu. Il peut arriver également que l'interlocuteur de l'entreprise impliqué dans le processus de négociation amiable ne dispose pas de la compétence en matière de représentation, ni de la marge de manœuvre qu'il prétend détenir pour prendre les engagements promis. Pour éviter d'être confronté à ce type de manœuvre, mieux vaut ne pas faire entrer la confiance en ligne de compte, ni prendre les

⁵⁹⁵ L. WEILLER, *L'efficacité interne*, in *L'accord amiable : et après ?*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.

⁵⁹⁶ F.X. TRAIN, *L'accord amiable constaté par les arbitres*, in *L'accord amiable et après ?* Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.

informations de l'adversaire pour argent comptant ; effectivement, « *si les adversaires savent que l'on vérifie systématiquement tous les renseignements qu'ils fournissent, ils seront moins tentés de mentir et l'on risquera moins d'être victime d'un mensonge* »⁵⁹⁷ qui anéantirait le processus de résolution amiable du différend. Il s'avère que si, en dépit des précautions précédentes, l'entreprise se retrouve engagée par des obligations issues d'un accord amiable qui ne lui convient pas, elle dispose de voies de recours pour le dénoncer. Déjà, la procédure d'homologation, aussi risquée soit-elle pour les parties, permet au juge de vérifier que celui-ci préserve les droits des parties, notamment par des concessions équilibrées⁵⁹⁸. Dans ce sens, « *il doit pouvoir refuser une homologation si le consentement des parties n'a pas été libre, s'il n'a pas été éclairé par une information effective et correcte sur l'étendue des droits* »⁵⁹⁹. La procédure d'homologation peut ainsi se traduire comme une protection, par une vérification succincte réalisée par le juge, des droits de l'entreprise. Il advient également, qu'en vertu de la nature contractuelle de l'accord amiable, celui-ci peut être dénoncé au regard des conditions de validité des contrats de droit commun ; tel est le cas notamment, de l'incapacité du signataire de l'accord amiable qui aurait méconnu les règles de représentation, des éléments qui auraient pu vicier le consentement de l'entreprise, l'illicéité du contenu de l'accord, etc. Par exemple, à propos d'un accord amiable transactionnel, « *les règles relatives aux vices du consentement sont plus restrictives qu'en droit commun, car la transaction, qui n'est critiquable qu'au moyen d'une action en nullité contractuelle, ne peut être annulée que pour certaines causes limitativement définies par la loi (art. 2053 à 2057 C. civ.) : elle ne peut être attaquée ni pour erreur de droit, ni pour lésion, mais seulement pour erreur sur la personne ou sur l'objet de la transaction, ainsi que pour dol et violence, ce qui comprend la contrainte économique* »⁶⁰⁰. Il en résulte que l'entreprise qui serait engagée par des obligations issues d'un accord amiable déséquilibré, et auquel elle ne consent pas réellement, pourrait, pour éviter d'être contrainte de l'exécuter, dénoncer cet accord amiable via différents moyens juridiques.

⁵⁹⁷ R. FISHER et W. URY, *Comment réussir une négociation*. Paris, Éditions du Seuil, 2006.

⁵⁹⁸ Cour de cassation, Chambre sociale, 18 juillet 2011, n° 99-45.534 et 99-45.535, Bull. civ. IV, n° 279.

⁵⁹⁹ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁶⁰⁰ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

B. LES SUITES EN CAS D'ACCORD PARTIEL OU D'ÉCHEC QUANT À L'OBTENTION D'UN ACCORD ENTRE LES PARTIES

L'objectif des modes amiables de résolution des différends est de permettre à l'entreprise d'accéder à une procédure adaptée à ses besoins lui offrant la possibilité de régler la totalité du litige qu'elle rencontre, et cela via une solution tout aussi bien a-juridique que fondée sur des règles de droit pour concourir à la pérennisation des relations entre les parties négociatrices. Malgré le recours à une justice amiable et participative sur mesure, qui s'adapte aux besoins des parties et à la technicité du différend, il arrive, pour des raisons très diverses, que les parties ne parviennent pas à ce concilier et à aboutir à un accord satisfaisant pour chacune d'elles. Il s'avère que « *si les parties n'aboutissent pas à définir un accord à l'issue de la médiation conventionnelle (par exemple), l'une d'entre elles pourra saisir le juge compétent pour obtenir une décision juridictionnelle conformément à la procédure ordinaire* ». C'est également le cas lorsque « *les parties ne sont parvenues qu'à un accord partiel à l'issue (du processus amiable), elles pourront solliciter du juge l'homologation de cet accord, et la poursuite de l'instance s'agissant des points qui font l'objet d'un désaccord persistant* »⁶⁰¹. En effet, conformément à l'article 1560 du Code de procédure civile relatif à la procédure participative, lorsque les parties ne sont parvenues qu'à un accord partiel et à moins qu'elles ne demandent que son homologation conformément à l'article 1557⁶⁰², elles peuvent saisir le juge à l'effet qu'il statue sur le différend résiduel soit conformément aux règles régissant la procédure applicable devant lui, soit par une requête conjointe signée par les avocats les ayant assistés au cours de la procédure participative dans les conditions prévues par la loi. Une possibilité de recourir à une procédure juridictionnelle en cas d'échec, total ou partiel, de la procédure amiable qui trouve son fondement dans le droit au procès équitable. En effet, celui-ci oblige les États à garantir à toute

⁶⁰¹ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁶⁰² « *La demande tendant à l'homologation de l'accord des parties établi conformément à l'article 1555 est présentée au juge par requête de la partie la plus diligente ou de l'ensemble des parties. A peine d'irrecevabilité, la requête est accompagnée de la convention de procédure participative* », Article 1557, Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

personne un droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi. Une obligation contraignante qui permet aux parties, et donc à la PME, de **conserver son droit d’agir par la suspension de la prescription extinctive**. Matériellement, « *les justiciables peuvent toujours renoncer aux garanties du procès équitable dès lors que cette renonciation est libre et éclairée et que le chemin des juridictions reste toujours ouvert en cas d’échec (CEDH 21 févr. 1975, Golder)* »⁶⁰³. Il advient que l’article 2238 du Code civil vient garantir la survie du droit d’agir des parties en encadrant l’effet de l’ouverture d’une procédure amiable de résolution des différends sur les délais de prescription. Celle-ci est suspendue à compter du jour où, après la survenance d’un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d’accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation ; mais également à compter de la conclusion d’une convention de procédure participative. Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l’une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. En cas de convention de procédure participative, le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois. En cas d’échec de la procédure prévue au même article, le délai de prescription recommence à courir à compter de la date du refus du débiteur, constaté par l’huissier, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois. Il résulte de ce qui précède, qu’en cas d’échec partiel ou total de la procédure amiable, les parties conservent leur droit d’accès à une juridiction pouvant trancher, soit le litige résiduel, soit l’entier différend qui les oppose encore pour mettre fin au litige. En revanche, il advient que la conservation du droit d’agir en justice va pouvoir s’exercer aussi bien devant un juge étatique, que dans le cadre de procédures juridictionnelles alternatives de résolution des différends, autrement dit devant un tribunal arbitral qui recèle d’enjeux procéduraux pour les petites et moyennes entreprises.

⁶⁰³ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

CONCLUSION DE TITRE

Le dessein de ce premier titre avait vocation à mettre en lumière l'une des deux facettes d'un phénomène global de désétatisation de la Justice. Un terme lourd de sens pour exprimer la combinaison d'une demande sociale de justice plus adaptée, individuelle, et d'une dés-implication de l'État dans la résolution du contentieux économique de l'entreprise, conduisant de manière sinéquanone, à une responsabilisation des acteurs économiques pour une gestion plus autonome de leurs différends. Face à un système judiciaire en crise (manque de moyens publics, engorgement des tribunaux, ...), la procédure civile trouve un nouvel essor dans la proposition d'une justice conventionnelle préalable déjudiciarisée ; une aubaine pour les petites et moyennes entreprises pour une gouvernance juridique de l'organisation permettant d'éviter le contentieux économique. En effet, le décret du 11 mars 2015 et la loi du 18 novembre 2017 viennent poser les bases d'une nouvelle ère procédurale prônant une justice directe et participative à travers l'obligation de recourir, préalablement à toute saisine des juridictions étatiques, à une procédure conventionnelle parmi l'offre proposée par les modes amiables de résolution des différends (MARD). Une nouvelle offre de justice conventionnelle qui regorge d'enjeux pour les PME tant en termes d'accessibilité, d'accès à la justice, qu'en vertu des intérêts véhiculés par cette gamme de justice conventionnelle. En effet, si régler le différend technique rencontré par l'entreprise, c'est bien ; parvenir à un accord mutuellement bénéfique permettant de solutionner l'entier différend qui oppose les parties, pour assurer la continuité des relations d'affaire, c'est mieux. Et c'est là tout l'intérêt des modes amiables de résolution des différends qui, de manière plus contrastée en fonction de la procédure choisie par les parties, va permettre, à travers l'utilisation des procédés de la négociation raisonnée, d'aller au-delà de la seule résolution technique du différend, pour trouver une solution qui règle l'entier différend, grâce à la possibilité d'une solution sur mesure qui repose sur la conciliation d'intérêts et non de positions. Une justice conventionnelle participative qui replace l'entreprise au cœur de la résolution de ses différends par la recherche d'une solution bénéfique et adaptée à sa situation, et qui répond à ses besoins dans un cadre juridique sécurisé. En effet, si les garanties procédurales traditionnelles ne sont pas nécessairement transposables telles qu'elles aux modes amiables de résolution de différends, en raison de l'objet même et du but poursuivi par ces

procédures conventionnelles, qui se verraient, le cas échéant dénaturées, l'entreprise est protégé par l'application du régime juridique de ces procédures, limité mais existant, ainsi que par les garanties propres aux MARD, et particulièrement l'exigence de confidentialité très prisée par les acteurs économiques. Une protection de l'entreprise qui va s'exprimer également par l'exigence du respect d'un certain formalisme dans la concrétisation de l'accord obtenu par les parties, issus d'un mode amiable de résolution des différends. Un formalisme juridique qui va permettre de garantir l'efficacité de l'accord conventionnel en question, et ainsi, son exécution effective par les parties. Il advient que si les parties ne parviennent pas à un consensus dans le cadre de leur tentative de résolution déjudiciarisée de leurs différends ; le second volet du phénomène de désétatisation de la Justice met à disposition des petites et moyennes entreprises des modes juridictionnels privés de résolution des différends, permettant ainsi aux entreprises d'éviter une résolution contentieuse étatique traditionnelle.

TITRE 2ND : LA DESETATISATION PAR L'OPPORTUNITÉ D'UNE GOUVERNANCE ALTERNATIVE EN MATIÈRE DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE

La désétatisation est un phénomène complexe qui connaît divers aspects et s'exprime via différents instruments juridiques. Tantôt elle se traduit par une obligation de tentative amiable conventionnelle avant de recourir aux modes juridictionnels dans l'hypothèse des MARD, tantôt à travers l'opportunité pour les petites et moyennes entreprises d'accéder à des procédures de résolution des différends juridictionnelles établie par la loi, alternatives au tribunal étatique. A contrario, les entreprises ne sont pas contraintes de recourir à un mode alternatif de résolution des différends ; la raison de cette distinction réside dans la nature simplement conventionnelle des MARD à l'inverse des modes alternatifs qui, quant à eux, recouvrent une nature juridictionnelle dont il sera question dans la suite de ce développement. Des modes alternatifs qui, outre de reposer sur une nature différente, constituent un autre aspect de la désétatisation puisqu' « à côté des modes amiables qui s'organisent dans l'orbite de la justice ordinaire, d'autres existent dont la caractéristique principale est qu'ils se déroulent hors l'institution judiciaire. C'est même leur principale raison d'être »⁶⁰⁴. En effet, si les MARD consistent en des procédures conventionnelles qui interviennent préalablement, le cas échéant, à l'instauration d'un véritable recours juridictionnel, les modes alternatifs de résolution des différends répondent à un état d'esprit différent. Ces derniers interviennent comme une procédure juridictionnelle en tant que telle, mais en dehors des institutions judiciaires traditionnelles établies par la loi, des procédures juridiques authentiques par lesquelles le juge est remplacé par des tiers choisis par les parties, ces dernières leur instituant un véritable pouvoir juridictionnel. Et cela qu'ils constituent un tribunal arbitral dans le cadre de la procédure arbitral ou qu'ils disposent de la qualité d'avocats à qui le pouvoir juridictionnel peut être transmis par la procédure de droit collaboratif. Une telle délégation du pouvoir régalien de juger appartenant par principe exclusivement à l'État, via le juge, qui doit répondre à un régime juridique

⁶⁰⁴ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

particulier, notamment de forme, permettant de consacrer la validité de la délégation de pouvoir, qu'il conviendra de préciser. Il advient qu'un tel phénomène de désétatisation, outre de proposer des procédures préalables conventionnelles de résolution des différends et/ou des modes juridictionnels alternatifs privatisés, emporte des conséquences organiques sur le fonctionnement de la justice. Des conséquences qui se traduisent par une redéfinition du système judiciaire impliquant une réorganisation tout à la fois du rôle des petites et moyennes entreprises dans la gestion et la résolution de leur contentieux économique, des compétences et pouvoirs attribués aux professionnels du droit dans ce système judiciaire renouvelé, ainsi que de l'office du juge qui ne dispose plus, dorénavant, du monopole de « *rendre la justice* » et qui voit sa fonction évoluer. Il s'agira donc de relever la teneur de la dés-implication de la justice dans le processus de désétatisation, et son impact sur le rôle de chacun des intervenants à la résolution d'un différend économique pour analyser la redistribution des attributions respectives de chaque protagoniste.

**CHAPITRE 1: LA DESETATISATION DE LA GOUVERNANCE DU
CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE PAR LA DÉLÉGATION DU POUVOIR
JURIDICTIONNEL À L'ARBITRE**

**CHAPITRE 2: LA DESETATISATION DE LA GOUVERNANCE DU
CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE PAR LA PRIVATISATION DU
POUVOIR JURIDICTIONNEL**

CHAPITRE 1^{ER} : LA DESETATISATION DE LA GOUVERNANCE DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE PAR LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL À L'ARBITRE

Les petites et moyennes entreprises plongées au cœur du phénomène de désétatisation peuvent se saisir des opportunités qu'offrent cette évolution du système judiciaire, notamment de la diversification de l'offre de justice. Parmi cette diversité procédurale, outre les modes amiables de résolution des différends purement conventionnels qui interviennent avant le procès, les PME peuvent recourir, en cas d'échec, à une véritable procédure juridictionnelle alternative au procès étatique, la procédure arbitrale. Une procédure juridictionnelle privée qui met à disposition des entreprises un mode de résolution des différends sur mesure, parfaitement adaptable au litige économique qu'elles rencontrent, et disposent d'une solution efficace dont les modalités et les effets sont similaires à une solution étatique. Une telle délégation du pouvoir juridictionnel à un tiers trouve nécessairement un fondement légal dont le régime juridique se distingue tout de même du pouvoir accorder au juge et dont il est nécessaire de préciser les limites. Outre la nature de cette délégation du pouvoir de juger, il faut également s'intéresser aux conséquences juridiques qui emportent une compétence exclusive des arbitres pour trancher le différend que l'entreprise et son adversaire leur soumet. Pareillement, et de manière sinéquanone, l'expression de la volonté des parties d'octroyer une telle compétence aux arbitres va avoir pour effet secondaire, le retrait de cette même compétence au juge dans l'idée que la clause compromissoire et/ou le compromis d'arbitrage va transférer la compétence sus visée. Un transfert de pouvoir qui, en raison de sa nature régaliennne initiale, va devoir répondre à un régime juridique particulier. Celui-ci, malgré l'importance que peut revêtir une telle attribution, est particulièrement souple, le législateur ayant favorisé en la matière la flexibilité et l'adaptabilité recherchées par les parties qui recourent à l'arbitrage en comparaison à l'apparente rigidité du procès étatique traditionnel, conservant ainsi les atouts de cette procédure alternative. L'arbitrage permettant ainsi à l'entreprise d'accéder à une solution juridictionnelle privée impérative et exécutoire du fait de sa nature juridictionnelle, cela que ce soit sur le territoire français aussi bien qu'à l'international. Il conviendra également d'aborder la question de

l'accessibilité économique de la procédure arbitrale pour les PME, celle-ci ayant mauvaise presse quant aux coûts qu'elle implique. Le sujet fait particulièrement débat entre les intéressés, mais la démocratisation des modes amiables et alternatifs de résolution des différends, notamment grâce au développement des nouvelles technologies, permet de soulever certaines opportunités et solutions d'accès des PME à l'arbitrage, une justice privée sur mesure quant à la résolution de leurs litiges économiques.

SECTION 1: LA NATURE DE LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL DU JUGE À L'ARBITRE DURANT L'INSTANCE ARBITRALE

SECTION 2: L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL DANS LE CADRE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

SECTION 1^{ÈRE} : LA NATURE DE LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL DU JUGE À L'ARBITRE DURANT L'INSTANCE ARBITRALE

Contrairement aux modes amiables de résolution des différends, l'arbitrage en tant que procédure juridictionnelle alternative ne prive pas le juge de ses compétences en suspendant l'instance le temps de concilier les parties ; elle défère une attribution conventionnelle de compétence des tribunaux étatiques au tribunal arbitral où l'arbitre est un véritable juge privé. Une telle délégation conventionnelle du pouvoir juridictionnel mérite de s'intéresser plus en détail au fondement juridique qui permet l'établissement d'une co-justice privée, la nature de cette justice alternative, les conditions de formes qui entourent l'investiture juridictionnelle du tribunal arbitral, ainsi que les effets juridiques de la convention d'arbitrage sur la répartition et le partage des compétences juridictionnelles entre le juge étatique et le juge privé, l'arbitre.

PARAGRAPHE 1^{ER} : LES FONDEMENTS JURIDIQUES DE LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL DU JUGE À L'ARBITRE

L'institution d'un pouvoir juridictionnel, traditionnellement réservé au juge étatique, entre les mains du ou des arbitres choisis par les parties, se doit d'être précisée que ce soit quant au fondement juridique d'une telle délégation contractuelle d'un pouvoir initialement régalien, à l'étendu desdits pouvoirs transmis, mais également quant aux conditions juridiques de formes garantissant la validité à la fois de la délégation et de l'efficacité des pouvoirs attribués aux arbitres grâce à une véritable convention processuelle autonome.

I. LA PORTÉE DE LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL À L'ARBITRE

Si la coexistence entre les tribunaux étatiques publics et les tribunaux arbitraux privés n'est pas nouvelle, le phénomène de désétatisation a renforcé l'attrait des entreprises pour ce mode juridictionnel contractuel de résolution des différends. Une procédure alternative qui se distingue des MARD par son aspect juridictionnel, mais dont le contenu de la délégation de pouvoir attribuée aux arbitres doit être nuancé et distingué vis-à-vis des attributions propres au juge étatique.

A. LA PROCÉDURE ARBITRALE : L'INSTITUTION D'UNE CO-JUSTICE

Dans ce contexte de responsabilisation des acteurs économiques, il est nécessaire d'aborder le sujet de la procédure arbitrale et notamment de la singularité de sa nature juridictionnelle. L'arbitrage, imprégné du modèle institutionnel de la justice et gouverné par l'institution contractuelle, constitue une forme de co-justice. Une procédure juridico-contractuelle qui fait débat parmi les auteurs, ces derniers étant partagés, la considérant tantôt comme une procédure de confrontation envers le système judiciaire institutionnel, tantôt comme un modèle complémentaire. « *La confrontation de la justice étatique et de l'arbitrage ne date pas d'hier. Longtemps les deux justices ont été opposées, dans une sorte de quête du meilleur des deux modèles. Une fois dépassée cette recherche stérile de la prévalence et de la précession, c'est la nature de la relation qu'elles entretiennent qui a été questionnée* ». Et il advient qu'au fond, « *en quatre mille ans de cohabitation (...) les choses n'ont pas beaucoup changé en ce qui concerne les rapports de la justice étatique et de l'arbitrage* »⁶⁰⁵ présentant une certaine pérennité entre la justice publique et la justice privée. Il s'avère qu'avec l'ascension cumulative des intérêts particuliers et de la puissance de l'État, s'est opérée une dissociation entre les notions du juste et de la justice dans le sens où « *la justice s'éloignant du juste à mesure que la civilisation se développe, nécessité lui est faite d'imposer ses décisions au nom de l'autorité régnante : elle cesse d'être humaine pour devenir exemplaire, pis encore : représentative (au nom du Roi, au nom du peuple français)* »⁶⁰⁶. Devenant une émanation de l'État, la justice s'est éloignée du juste en constituant des obligations générales imposées aux citoyens, une fin processuelle au lieu d'un sentiment substantif sacré. De plus, « *l'époque contemporaine a encore renforcé cette tendance, en provoquant le passage du modèle legaliste-libéral de justice au modèle normativo-technicien (; une) étatisation du droit et de la justice qui a pu justifier l'engouement pour un autre type de justice tel que l'arbitrage, perçu comme un type moins formaliste et plus expéditif de règlement des différends, car procédant d'un modèle de solution des litiges dans lequel l'élément contractuel équilibre largement* »⁶⁰⁷. Un modèle hybride,

⁶⁰⁵ L. CADIET, S. DAUCHY, J-L HALPERIN, *Itinéraires d'histoire de la procédure civile. Regards français*, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, IRJS Éditions, 2014, p. 230.

⁶⁰⁶ S. HECQUET, *L'homme accusé*, Nagel. Essai, 1952.

⁶⁰⁷ B. OPPETIT, *Justice étatique et justice arbitrale*, Litec, 1991.

mêlant à la fois le régime des institutions juridictionnelle et contractuelle, qui permet à la justice de renouer avec le sentiment du « juste » en proposant un mode alternatif de résolution des différends plus proche de ses intéressés et donc plus adapté et flexible aux intérêts conflictuels en jeu.

Bien qu'étant une institution ancienne, l'arbitrage détient un rôle majeur au sein du phénomène de désétatisation et de responsabilisation des entreprises quant à la gestion de leur contentieux économique contemporain dans le sens où ce n'est pas seulement un mode préalable de résolution du contentieux permettant de concilier les parties, mais constitue bel et bien une procédure alternative adaptée à la dynamique du monde des affaires. En effet, il va se distinguer des MARD puisqu'il ne suppose plus seulement l'existence d'un simple conflit mais d'une véritable opposition de prétentions juridiques dont la résolution ne va pas répondre au même état d'esprit que les MARD. Ces derniers exigeaient, pour garantir leur pleine efficacité que les parties se concilient sous l'égide des principes de la négociation raisonnée par laquelle la réconciliation s'opérait via une écoute active mutuelle et la recherche commune d'une solution. A l'inverse, l'arbitrage repose d'avantage sur une confrontation de prétentions respectives défendues par les avocats de chaque partie, le cas échéant, s'apparentant quant à la conduite de la procédure, bien plus à un procès privé qu'à un mode amiable de résolution des différends. A défaut d'une définition légale ou jurisprudentielle, l'arbitrage a été caractérisé doctrinalement par la plume des auteurs qui s'y sont intéressés comme une procédure de règlement des litiges conventionnellement prévue par les parties, celles-ci s'engagent au terme d'une convention d'arbitrage, dont les caractéristiques seront abordées ensuite, à soumettre la résolution de leur litige à une ou plusieurs personnes privées, dénommées arbitres, leur conférant ainsi un véritable pouvoir juridictionnel⁶⁰⁸. Il advient que, contrairement aux MARD, l'arbitrage dispose d'une double nature, constituant à la fois un mode conventionnel et juridictionnel de résolution des différends. La procédure arbitrale est donc « *le jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention* »⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ Voir sur ce point : Terme « Arbitrage », Droit civil, Procédure civile, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

⁶⁰⁹ H. MOTULSKY, *Écrits, études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 2010.

Un autre auteur définit l'arbitrage comme « *l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci* »⁶¹⁰. Les définitions sus visées permettent de bien saisir la double nature de la procédure arbitrale, tantôt de la concevoir comme une véritable institution à l'image de la Justice traditionnelle par laquelle l'arbitre est investi d'un pouvoir juridictionnel qui lui permet de rendre un jugement, une co-justice ou une justice privée alternative aux institutions étatiques ; tantôt un contrat en raison de son origine conventionnelle et sa conduite qui dépend de la volonté des parties. En conséquent, il convient de s'intéresser à ces différents aspects et d'en préciser les frontières juridiques.

B. LA NATURE DE LA DÉLÉGATION DE POUVOIR À L'ARBITRE

Il advient que « *l'arbitrage n'est plus réductible à un pur phénomène contractuel, ainsi que le proclamaient les philippiques enflammées de Merlin : sa nature juridictionnelle n'est plus contestée, même si son origine reste contractuelle ; l'arbitrage est une justice privée, certes, mais une justice : elle procède de la volonté des parties de confier à un tiers le pouvoir de juger ; l'arbitre est investi de la *jurisdictio* dans toute sa plénitude, avec la souplesse qu'autorise le cadre dans lequel elle s'exerce ; ce cadre processuel lui-même ressemble de plus en plus à celui des tribunaux étatiques* »⁶¹¹. Exprimer le fait que la procédure arbitrale consiste en une véritable justice par laquelle les parties confient le pouvoir de juger au tribunal arbitral à travers une convention privée de la même façon que la loi investi le juge de ce pouvoir par représentation du service public de la justice confié à l'État est une affirmation qui, pour être correcte, se doit d'être précisée et nuancée par l'analyse de la nature des pouvoirs respectifs du juge et ceux de l'arbitre. En effet, en y regardant de plus près, il existe des différences fondamentales entre le pouvoir délégué à l'arbitre, et celui dont dispose le juge traditionnel. Il advient que le juge est investi, en tant que représentant de l'État, de deux types de pouvoirs distincts constitués par la « *jurisdictio* » qui est le pouvoir de rendre des jugements pour résoudre des conflits, compétence qu'il partage avec l'arbitre, et, d'autre part, l'« *imperium* » qui, en

⁶¹⁰ C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 408.

⁶¹¹ B. OPPETIT, *Justice étatique et justice arbitrale*, Litec, 1991.

revanche, est le pouvoir de donner des ordres et de disposer de la force publique, un pouvoir de nature régaliennne dont ne dispose pas l'arbitre qui tient ses pouvoirs non de l'État, mais investi contractuellement de la seule volonté des parties⁶¹². Une distinction qui va se traduire par le pouvoir octroyé à l'arbitre de dire le droit, quel qu'il ait été choisi par les parties, mais non de pouvoir contraindre à son exécution, à son commandement. En effet, le droit reconnaît la délégation aux arbitres par l'État du pouvoir juridictionnel conformément aux dispositions de l'article 1465 du code de procédure civile qui mentionnent que le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel. Autrement dénommé la *jurisdictio*, un terme latin qui désigne le pouvoir dont est investi le juge de dire le droit en répondant à une situation de fait dont il est saisi, par une déclaration rendue selon les règles légales, la procédure prescrite et les preuves autorisées⁶¹³, permettant de prendre des actes juridictionnels ayant pour spécificité notamment, le dessaisissement du juge, l'autorité de la chose jugée et le caractère déclaratif du jugement. Un pouvoir de *jurisdictio* qui va donc permettre au tribunal arbitral d'être investi d'une mission juridictionnelle, de rendre une décision pour trancher un différend qui leur aura été soumis conventionnellement par les parties en litige, et de conduire la procédure, en comprenant tous les accessoires juridiques nécessaires pour parvenir à la décision. Dans ce sens, par exemple, et conformément aux dispositions de l'article 1467 du Code de procédure civile, le tribunal arbitral peut procéder aux actes d'instruction nécessaires à moins que les parties ne l'autorisent à compromettre l'un de ses membres, entendre toute personne dans le cadre d'une audition ayant lieu sans prestation de serment, enjoindre de produire un élément de preuve selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte si une partie en détient.

En revanche, « *parce que l'arbitrage met en œuvre une justice privée, l'arbitre ne dispose pas de l'imperium* »⁶¹⁴. L'*imperium* est un mot latin exprimant une prérogative du juge, anciennement le « prêtre », qui doit être distinguée de la *jurisdictio*, ayant un caractère dont

⁶¹² S. BRAUDO, *Dictionnaire du droit privé*, in *Dictionnaire du droit privé*, 2018, <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/imperium.php>.

⁶¹³ Voir sur ce point : Terme « *Jurisdictio* », Procédure civile (principes généraux), S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

⁶¹⁴ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

l'objet est d'avantage administratif que juridictionnel. Ce pouvoir consiste en la faculté pour le juge de pouvoir donner des ordres aux plaideurs et aux tiers, d'accorder des autorisations, des mesures d'instruction, d'organiser le service du tribunal et des audiences, etc. Une absence d'imperium qui va, en comparaison des facultés attribuées au juge, venir limiter le pouvoir du tribunal arbitral. Par exemple, pour reprendre l'hypothèse de la production de preuve dans le cadre de l'instance arbitrale, le pouvoir de l'arbitre disparaît à l'égard des tiers et il s'avère, qu'en cas de refus de la partie interpellée, il pourra seulement tirer des conclusions de son inaction, et non la contraindre. Pareillement, « *on ne saurait attirer en intervention forcée devant un tribunal arbitral des personnes qui n'ont pas été parties à la convention d'arbitrage, sauf à faire jouer l'un de ces aléatoires expédients que la pratique s'efforce laborieusement de mettre en place ...* »⁶¹⁵. De même, bien que le tribunal arbitral puisse ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune, la juridiction de l'État demeure seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et des sûretés judiciaires⁶¹⁶. Par ailleurs, l'absence d'imperium de l'arbitre a pour conséquence pour celui-ci de pouvoir rendre une sentence qui, bien que recouverte de l'autorité de la chose jugée, ne peut être constituée de la force exécutoire. A vrai dire, « *ce dernier inconvénient est mineur car, en droit français, la procédure d'exéquatur est simple et rapide* »⁶¹⁷ et permet d'obtenir du juge la force exécutoire de la sentence ; il conviendra néanmoins de revenir sur ce point dans la suite de cette contribution. Il advient que « *s'il y a beaucoup plus en commun entre le juge étatique et l'arbitre qu'entre celui-ci et le médiateur ou le conciliateur* »⁶¹⁸, son pouvoir juridictionnel à la fois contractuel et juridictionnel lui permet de rendre une sentence arbitrale adaptée qui s'impose et repose sur le mimétisme du jugement étatique bien que celui-ci se réserve encore certaines caractéristiques, notamment en termes de prérogatives procédurales, de mesures forcées et d'exécution.

⁶¹⁵ B. OPPETIT, *Justice étatique et justice arbitrale*, Litec, 1991.

⁶¹⁶ Article 1468 relatif à l'instance arbitrale, Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

⁶¹⁷ C. JALLAMION, *Théorie et définition de l'arbitrage*, Université de Montpellier, 2015-2016.

⁶¹⁸ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

II. LA FORME DE LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL DU JUGE À L'ARBITRE : UN CONTRAT PROCESSUEL

En vertu de la nature conventionnelle de la procédure d'arbitrage, l'institution du pouvoir juridictionnel du juge à l'arbitre doit respecter un certain formalisme contractuel pour que l'institution soit valable et effective quant à la détermination des compétences respectives entre le juge et l'arbitre ; une forme contractuelle expresse traduisant la volonté des parties qui connaît quelques exceptions implicites.

A. UNE ORIGINE CONTRACTUELLE EXPRESSE : LA CONVENTION D'ARBITRAGE

En tant que procédure alternative juridictionnelle à l'origine contractuelle, la saisine d'un tribunal arbitral, et donc la délégation de la « jurisdictio » du juge aux arbitres, doit s'effectuer en répondant à un formalisme particulier qui mérite de s'y intéresser. Conformément à l'article 1442 du Code de procédure civile, en vertu de son fondement contractuel, le recours à la procédure arbitrale va nécessiter, une convention d'arbitrage qui va formellement se traduire par l'utilisation tantôt d'une clause compromissoire, tantôt d'un compromis d'arbitrage. Le recours à l'arbitrage, bien que le formalisme soit nécessaire, ne dépend pas simplement d'une simple formalité contractuelle mais va s'exprimer via un véritable engagement des parties à l'arbitrage. En effet, l'engagement à l'arbitrage d'une société ne s'apprécie pas seulement par référence à une quelconque loi nationale mais par *la mise en œuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties*, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion de courante qui lie la société⁶¹⁹. Matériellement, l'article 7 de la loi type relative à l'arbitrage commercial de la CNUDCI dispose que la convention d'arbitrage est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, cela sous la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée qui doit se

⁶¹⁹ Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 8 juillet 2009, n°08-16.025, V. D. Cohen, L'engagement des sociétés à l'arbitrage, Revue de l'arbitrage, n°35, 2006.

présenter sous forme écrite⁶²⁰. Il semble ainsi que certaines conditions tant de formes que de fonds soient nécessaires à la validité d'une convention d'arbitrage, peu importe la forme choisie par les parties, et se traduisent par : (1) *l'engagement des parties, élément fondamental du à sa nature contractuelle nécessitant un consentement des parties* ; (2) *l'existence d'un rapport de droit déterminé en raison de son objet processuel* ; (3) *et le caractère potentiel ou actuel du différend, objet de la convention d'arbitrage*. Si les conditions de validité sont réunies, la clause compromissoire, ou le compromis d'arbitrage si le litige est déjà né, va constituer un acte par lequel la stipulation compromissoire vise à soustraire le différend à la compétence des juridictions étatiques, au profit d'une juridiction arbitrale privée. Un acte singulièrement important en ce qu'il va permettre d'instituer une compétence juridictionnelle au tribunal privé qu'il va constituer, mais également d'en prévoir l'organisation, les modalités de sa mise en œuvre, ainsi que son cadre juridique. La convention d'arbitrage rédigée par les parties va effectivement permettre à celles-ci de déterminer à l'avance les modalités de résolution d'un litige futur et potentiel par l'arbitrage. Il va s'agir de prévoir le type de procédure souhaitée que ce soit dans le cadre d'une institution spécialisée ou de manière totalement privée, autrement dénommée en tant que procédure « ad hoc » ; mais également toutes les modalités procédurales telles que les délais, le siège de l'arbitrage ainsi que parfois, le droit applicable et la langue de la procédure ; mais encore la composition du tribunal arbitral, notamment à propos du nombre et de la qualité des arbitres. Il en résulte que la convention d'arbitrage est le fondement contractuel de cette procédure juridictionnelle et la soumet, en conséquent, aux principes fondamentaux du droit des contrats entendue comme *une convention de procédure*.

Néanmoins, il est nécessaire d'observer que dans le cadre de l'arbitrage commercial, et tout particulièrement du commerce international, le consentement d'une entreprise à une telle convention de procédure peut s'entendre de manière très large. En effet, une convention d'arbitrage se présente sous forme écrite si son contenu est consigné *sous une forme quelconque*, que la convention elle-même ou le contrat aient ou non été conclus verbalement,

⁶²⁰ Article 7 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, relatif à la définition de la convention d'arbitrage.

du fait d'un comportement ou par d'autres moyens⁶²¹. A cet égard, il est possible de parler de clause compromissoire « *par référence* » car elle est contenue dans un document annexe auquel renvoie le contrat principal soumis à signature. En pratique, il n'est donc pas rare que le contrat contienne une clause qui fait référence à un autre document comportant un engagement compromissoire. En effet, les relations commerciales internationales sont souvent conclues en une forme simplifiée, d'autant plus qu'elles sont fréquemment répétées entre les mêmes parties. De plus, il est reconnu que l'arbitrage est « *un mode normal de règlement des litiges du commerce international, conforme à l'attente légitime des opérateurs et aux intérêts du commerce international* »⁶²². En ce sens, la doctrine⁶²³ a pu observer que « *les exigences légales relatives aux modes d'expression du consentement ne prennent leur valeur que par référence aux idées de bonne foi, de justice objective, de confiance ou d'attente légitime, donc en définitive en termes d'équilibre des intérêts en présence* ». Elle admet que « *le consentement puisse résulter des circonstances pour peu que ces dernières laissent apparaître une volonté non équivoque* », il en ressort que « *l'inclusion dans un contrat conclu entre professionnels d'une clause arbitrale par référence n'offre rien d'exceptionnel, ni de dangereux, tant l'arbitrage aussi bien que l'utilisation de documents contractuels annexes sont de pratique courante* ». Quant à la jurisprudence, elle admet cette « *souplesse circonstanciée* » des conditions de formation de l'engagement compromissoire en la faisant rentrer dans le régime plus général de l'expression tacite de la volonté contractuelle, fondée sur la recherche de la volonté réelle des parties ; autrement dit, à partir du comportement des parties, on entend en déduire leur volonté juridique. Des circonstances qui peuvent s'entendre par exemple, dans le cadre de l'extension de la clause compromissoire que ce soit d'étendre les effets d'une convention d'arbitrage signée par une société à une ou plusieurs autres sociétés du même groupe non parties au contrat (groupe de sociétés) ; mais encore, l'extension dans les groupes de contrat qui se transmet à titre

⁶²¹ Article 7 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, avec les amendements adoptés en 2006, relatif à la définition de la convention d'arbitrage.

⁶²² D. VIDAL, *Droit français de l'arbitrage commercial international*, éd. bilingue Français-Anglais, Paris, Gualino, 2004.

⁶²³ B. OPPETIT, *La clause compromissoire par référence*, in *Revue de l'arbitrage*, 1990.

d'accessoire avec le contrat principal en cas de cession de contrat, dans les chaînes de contrat emportant un effet translatif de propriété. Tel est le cas des chaînes de vente, de sorte que l'action engagée par le sous-acquéreur contre le vendeur initial permet à ce dernier de ce prévaloir contre le sous-acquéreur de la clause compromissoire qu'il avait inséré dans le contrat conclu avec le revendeur, quand bien même d'ailleurs et c'est très souvent le cas, le sous-acquéreur ignorait le contenu du contrat conclu entre le vendeur initial et le revendeur⁶²⁴, et ce que ce soit dans l'ordre interne ou international. Une acception large du consentement à la procédure arbitrale qui permet de mettre en avant un autre aspect tout aussi singulier de la convention d'arbitrage qui doit s'entendre comme un contrat processuel autonome du contrat qui la contient.

B. UN CONTRAT PROCESSUEL ACCESSOIRE A PART ENTIERE : L'AUTONOMIE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Le principe d'acceptation large du consentement à l'arbitrage « *n'est que la dernière étape d'un autre principe, de plus en plus affirmé, celui de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat qui la contient, principe forgé par la jurisprudence, pour l'arbitrage international aussi bien que pour l'arbitrage interne, avant d'être consacré par la loi* »⁶²⁵. En effet, bien qu'étant une clause de résolution des différends insérée dans le contrat principal relatant les relations d'affaire entre les parties, la stipulation compromissoire est considérée, en vertu de son caractère processuel, comme une véritable convention de procédure autonome vis-à-vis de son support initial, mais de bien plus encore. Son objet se rapportant à l'exercice du droit d'action résultant du contrat initial, la convention d'arbitrage constitue une relation plus large entre les parties impliquées dans la résolution de leur différend, qui va au-delà des seules obligations contractuelles. Les parties signataires, dès lors que le litige survient, remettent principalement en cause leurs obligations réciproques, et parfois l'existence même du contrat. L'objet de la clause compromissoire étant de permettre la résolution dudit différend, il était nécessaire d'assurer son efficacité en lui attribuant un régime particulier, un fondement distinct de celui du contrat qui la contient. En conséquent, « *il est communément*

⁶²⁴ Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 6 février 2000, Rev. Arb., 2000, p. 765, note D. Cohen.

⁶²⁵ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

admis, aussi bien dans les juridictions civilistes que du Common Law, que la clause compromissoire est autonome par rapport au contrat principal qui la contient, qu'elle en est séparable »⁶²⁶. Une autonomie de la convention d'arbitrage qui signifie que « la convention d'arbitrage, bien qu'elle soit liée par nature au contrat principal sans lequel elle n'aurait guère de raison d'être, demeure toutefois autonome par rapport à ce contrat au point que son sort ne dépend plus des tourments pouvant affecter celui-ci »⁶²⁷, ceci ayant pour conséquence qu'elle ne puisse être affectée par l'invalidité éventuelle ou avérée du contrat principal. De ce fait, « la clause verra ses effets maintenus bien que le contrat principal soit nul, ait été résilié ou résolu, ait pris fin, ou même ait fait l'objet d'une novation »⁶²⁸ ; et inversement, si la clause compromissoire est nulle, elle est réputée non écrite, ce qui signifie que la nullité de la clause compromissoire n'emporte pas la nullité du contrat dans son ensemble⁶²⁹. La séparabilité de la convention d'arbitrage est de jurisprudence constante depuis sa consécration dès 1963 dans l'arrêt Gosset par lequel la Cour décida qu'un arbitre avait pu rendre une sentence sur la base d'une clause compromissoire figurant dans un contrat dont la nullité était alléguée, dès lors que « l'accord compromissoire présente toujours une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte »⁶³⁰. Par la suite, la formule a été maintes fois répétées⁶³¹ et le principe consacré dans l'arbitrage interne⁶³² notamment par

⁶²⁶ CLUNET et J.M. JACQUET, *Cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale*, in *Journal du droit international, Chronique des sentences arbitrales*, 2015, n° 1.

⁶²⁷ J. BEGUIN, *Droit du commerce international*, 2 éd., Traités, Paris, Lexis Nexis, 2011.

⁶²⁸ CA Paris, 4 mars 1986, Cosiac, Rev. arb., 1987, P 167.

⁶²⁹ Cour de cassation, Chambre civile 1ème, 15 mai 2008, n° 06-20806.

⁶³⁰ Cour de cassation, Chambre civile, 7 mai 1963, Ets Raymond Gosset c/ Carapelli, JCP G, 1963, II, 13, p. 405, note B. Goldman ; JDI, 1964, p. 82, note J.-D. Bredin ; Rev. crit. DIP, 1963, p. 615, note H. Motulsky ; D., 1963, p. 545, note J. Robert..

⁶³¹ « La résolution du contrat n'est pas de nature à faire obstacle à l'application d'une clause compromissoire », Cour de cassation, Chambre commerciale, 12 novembre 1968, publication n°316. ; Cour de cassation, Chambre civile 1ème, 18 mai 1971, Impex, n° 69-14130 ; Cour de cassation, Chambre civile 1ème, 4 juillet 1972, Hecht, n° 70-14163.

⁶³² Cass. 2e civ., 4 avr. 2002 et Cass. Com., 9 avr. 2002 « En droit interne de l'arbitrage, la clause compromissoire présente, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut,

l'article 1447 du code de procédure civile français et l'apport de la loi type de la CNUDCI. Un principe qui se retrouve également dans la plupart des législations étrangères, souvent de façon explicite⁶³³, mais encore dans les principaux règlements d'arbitrage qui sont aujourd'hui unanimes pour consacrer ce principe⁶³⁴. En conséquence, force est de constater ici que le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, très largement répandue, est bien une règle matérielle de l'arbitrage commercial.

Une règle matérielle qui dépasse la simple indifférence du sort du contrat principal quant à la validité de la convention d'arbitrage, et inversement, du sort de celle-ci sur le contrat qui la contient. En effet, il est possible de s'en remettre encore une fois au principe d'autonomie pour renforcer l'interprétation *in favorem* dont bénéficient les clauses compromissoires lorsque leur rédaction présente un vice, aux fins de protéger le consentement à l'arbitrage des mentions de la clause elle-même avec, pour objectif, de faire droit au consentement à l'arbitrage⁶³⁵. Il arrive en pratique que la stipulation compromissoire puisse être « défectueuse » ou « pathologique » dans le sens où elle ne remplit pas l'une de ses fonctions essentielles, à savoir « *produire des effets obligatoires entre les parties, écarter l'intervention des tribunaux étatiques tout au moins avant le prononcé de la sentence, donner aux arbitres le pouvoir de régler les litiges, permettre la mise en place d'une procédure conduisant dans les meilleures conditions d'efficacité au prononcé d'une sentence* »⁶³⁶. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation considère que « *dès lors que les parties étaient convenues de soumettre leur litige aux arbitres, seul leur accord prévoyant la faculté d'appel de la sentence était réputé non écrit, la convention d'arbitrage*

sauf convention contraire, qu'elle puisse être affectée par une éventuelle inefficacité de cette convention », Cour de cassation, Chambre civile 2ème, 4 avril 2002, n° 00-19822; et Cour de cassation, Chambre commerciale, 9 avril 2002, n° 99-10028.

⁶³³ Voir en ce sens : au Royaume-Uni, l'Arbitration Act de 1996 à la Section 7 ; ou encore l'article 178, alinéa 3, de la LDIP suisse ; Cass. civ. 7 mai 1963, Ets Raymond Gosset c/ Carapelli ; Prima Paint Corp c/ Flood & Conklin Mfg Co. 388 US. 395, 402, 1967 ; Cour suprême, Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna, 546 US 440 (2006).

⁶³⁴ Voir en ce sens : le règlement de la CCI, de l'AAA, de la LCIA ou celui de la CMAP.

⁶³⁵ L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE et T. CLAY, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Arbitrage 4, Bruxelles : Bruylant, 2012.

⁶³⁶ F. EISEMANN, *La clause d'arbitrage pathologique*, in *Essais Memoriam Eugenio Minoli*, 1974, p. 120.

n'étant pas, du fait de son autonomie, entachée de nullité ». Un isolement du consentement à l'arbitrage des autres stipulations de la convention d'arbitrage qui permet de tracer « *une ligne qui passe à l'intérieur de la clause compromissoire* »⁶³⁷ en vertu du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage et permet de sauver certaines clauses lorsque le recours à l'arbitrage a été consenti au préalable, ce qui est bel et bien conforme à la finalité du principe d'autonomie. Pour conclure, il s'agit avant tout d'un principe fonctionnel qui permet de protéger soit la convention d'arbitrage entièrement, soit le consentement à l'arbitrage plus particulièrement, duquel il ressort que le seul critère à prendre en considération pour déterminer le sort des clauses compromissoires défectueuses est la volonté des parties à recourir à l'arbitrage. Selon la jurisprudence, « *dès lors que la volonté des parties d'avoir recours à l'arbitrage était acquise dans son principe, le juge étatique ne pouvait se saisir du litige* »⁶³⁸, permettant ainsi la délégation du pouvoir juridictionnel, appartenant au juge, à l'arbitre via la volonté des parties.

PARAGRAPHE 2ND : LES CONSÉQUENCES DE LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL DU JUGE À L'ARBITRE

L'établissement d'une convention d'arbitrage constitue un contrat processuel à part entière dont l'efficacité est garantie par son autonomie ; une efficacité qui va se traduire, par syllogisme, à la délégation du pouvoir juridictionnel à travers le retrait de la compétence du juge pour trancher le différend opposant les parties, et l'institution dudit pouvoir aux tribunal arbitral dont la compétence exclusive est garantie par la convention d'arbitrage.

I. LE PRINCIPE DE LA DELEGATION DU POUVOIR DU JUGE

Point d'orgue de la désétatisation, le consentement des parties à une convention d'arbitrage, que ce soit via un compromis ou une clause compromissoire, implique l'application du principe dit de *compétence-compétence* qui a pour double effet, tantôt négatif, de retirer la compétence aux tribunaux étatiques, tantôt positif, de consacrer une compétence exclusive au tribunal arbitral pour trancher du différend qui oppose les parties.

⁶³⁷ Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 13 mars 2007, Chefaro, n° 05-16627, Rev. arb. 2007, L. Jaeger, note.

⁶³⁸ Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 20 février 2007, Société UOP NV, n° 06-14107.

A. L'EFFET NÉGATIF DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE : L'INCOMPÉTENCE DES TRIBUNAUX ÉTATIQUES

Lorsque les parties ont recours à une convention d'arbitrage, « *il s'agit non plus seulement de choisir un modèle de résolution du conflit qui se distingue de la manière usuelle dont les litiges sont tranchés, mais encore – et c'est là que la différence est accentuée- d'écarter le juge ordinaire de la résolution du différend, quand bien même celui-ci offrirait un autre modèle de solution que celui qu'il emploie habituellement. Sont donc ici rejetés non seulement le modèle traditionnel, mais même le juge étatique qui l'applique* »⁶³⁹. Tel est l'objet d'un des deux aspects de l'effet de la clause compromissoire, dit l'effet négatif, qui établit que « *le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande* »⁶⁴⁰. En conséquence, il en résulte une obligation pour le juge de déférer aux arbitres les litiges visés par la convention d'arbitrage et rend les juridictions nationales incompetentes pour statuer sur un différend couvert par une clause compromissoire, ou un compromis. Un effet qui revient matériellement à solliciter du juge étatique un déclinatoire de compétence au profit de la juridiction arbitrale. « *C'est dire qu'il constitue très précisément une exception d'incompétence au sens de l'article 75 du NCPC*⁶⁴¹ (*s'il est prétendu que la juridiction saisie est incompétente*) »⁶⁴². Dans ce sens, il est nécessaire de préciser, et de comprendre, qu'en matière d'arbitrage, le pouvoir juridictionnel n'est pas retiré au juge, il est délégué des tribunaux étatiques vers un tribunal arbitral privé. En conséquence, la partie qui soulève l'exception d'incompétence du tribunal étatique saisi en méconnaissance d'une clause compromissoire ne conteste pas le pouvoir juridictionnel du juge saisi, mais revendique la compétence d'un autre juge⁶⁴³ ; ce qui distingue,

⁶³⁹ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁶⁴⁰ Article 8 de la loi type relative à l'arbitrage commercial de la CNUDCI.

⁶⁴¹ « *S'il est prétendu que la juridiction saisie en première instance ou en appel est incompétente, la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée* », Article 75, Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

⁶⁴² O. POMIES, *Chronique de droit de l'arbitrage*, in *Revue juridique de l'Ouest*, 1997, Vol. 10, n° 1, p. 95 et s.

⁶⁴³ Cour de cassation, Chambre civile 2ème, 13 juillet 2006, n° 05-17095.

en matière procédurale, l'exception d'incompétence dont le régime s'applique à la convention d'arbitrage d'une fin de non-recevoir qui va s'appliquer en présence d'une clause de conciliation, par exemple. Une distinction procédurale fondamentale puisque le juge ne perd pas le pouvoir de juger (dont la sanction est une fin de non-recevoir⁶⁴⁴), mais les parties ayant spécifiées une compétence exclusive à un juge privé via la convention d'arbitrage, le juge étatique saisi est simplement incompétent pour trancher le différend qui les oppose⁶⁴⁵. Une distinction de qualification procédurale qui implique, outre une différenciation théorique fondamentale, une dissemblance de régime juridique. « *Dans ces conditions, « l'exception d'arbitrage » nous semble devoir être soulevée in limine litis (par l'une ou l'autre des parties,) et ce à la grande différence de la fin de non-recevoir* »⁶⁴⁶. Le juge étatique ne pouvant soulever d'office son incompétence, il appartient effectivement à la partie assignée devant un tribunal étatique en violation d'une convention d'arbitrage de soulever une exception d'incompétence, et cela *in limine litis*, autrement dit avant l'évocation des faits et du fond du litige, dès le commencement du procès devant le juge étatique normalement incompétent.

Une exception d'incompétence du juge étatique en présence d'une convention d'arbitrage qui connaît certaines limites. Ainsi, conformément aux dispositions de l'article 1506 du Code de procédure civile en matière d'arbitrage international, renvoyant à l'article 1449 du même Code, qui disposent effectivement que « *l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire* ». Une limite relative puisque le juge conserve cette faculté de prononcer des mesures d'instruction, conservatoires ou provisoires à la condition que le tribunal arbitral ne soit pas encore constitué ; mais une limite qui traduit à la fois le statut commun entre le juge public

⁶⁴⁴ *Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* », Article 122, Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

⁶⁴⁵ Voir sur ce point : Cour de cassation, Chambre commerciale, 22 octobre 1996, n° 93-18632 ; Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 9 octobre et 6 novembre 1990, n° 89-13.740.

⁶⁴⁶ O. POMIES, *Chronique de droit de l'arbitrage*, in *Revue juridique de l'Ouest*, 1997, Vol. 10, n° 1, p. 95 et s.

et le juge privé qui restent tout de même des juges, ainsi que la complémentarité d'action entre l'un et l'autre. Dans le même esprit, ne pouvant pas relever son incompetence d'office, la compétence d'une juridiction nationale saisie d'un litige couvert par une clause compromissoire se limite au simple contrôle de l'arbitrabilité du litige. Il advient que le contrôle opéré par les juridictions étatiques est très limité puisque le juge saisi au mépris d'une clause d'arbitrage doit se déclarer incompetent à moins que la clause lui apparaisse manifestement nulle ou manifestement inapplicable. Une règle appuyée par l'article 1448 du code de procédure civile français, et la jurisprudence de la Cour de cassation, qui dispose que lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompetente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, ne pouvant relever d'office son incompetence. Au surplus, sur la qualification de « **nullité ou d'inapplicabilité manifeste** » de la clause compromissoire, la Cour de cassation nous dit que le juge étatique qui « *pour écarter la clause d'arbitrage contenue dans le contrat [...] se borne à relever que la commune intention des parties de recourir à l'arbitrage n'est pas établie [...] Qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage, seules de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage, (la juridiction) a excédé ses pouvoirs et violé les textes et le principe susvisés* »⁶⁴⁷. Un contrôle particulièrement léger de la part du juge étatique puisque la nullité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, généralement une clause compromissoire, doit être manifeste ; il ne s'agit donc pas de contrôler la validité, ni le contenu de la clause pour rechercher la compétence du tribunal arbitral pour trancher le différend, mais seulement, et de manière particulièrement superficielle, de relever une nullité ou une inapplicabilité d'une telle convention d'arbitrage, notamment sans absence ou un vice manifeste. Lorsque l'entreprise donne son consentement à l'arbitrage via une stipulation compromissoire, celle-ci fait véritablement le choix de soustraire la résolution de son différend à la compétence du juge

⁶⁴⁷ Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 18 décembre 2003, n° 02-13.410, sur la contradiction de compétence entre une clause compromissoire et une clause attributive de juridiction.

étatique, cela au profit d'un tribunal arbitral privé à qui elle confère une compétence juridictionnelle exclusive.

B. L'EFFET POSITIF DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE : LA COMPÉTENCE EXCLUSIVE DU TRIBUNAL ARBITRAL

Matériellement, le contrepied de l'effet négatif de la convention d'arbitrage prônant une incompétence relative du juge et le dessaisissement des tribunaux étatiques au profit du tribunal arbitral, consiste en la consécration d'une compétence exclusive de celui-ci. En effet, en vertu de la théorie de l'effet utile ou dite d'interprétation effective des conventions d'arbitrage, l'effet positif de celles-ci veut que le tribunal arbitral ait une compétence générale pour connaître des actions concernant les litiges susceptibles d'opposer des parties⁶⁴⁸ et surtout, une compétence exclusive. Dans ce sens, « *parce que l'arbitre est un juge, il dispose de la plénitude de sa compétence (par laquelle) il est non seulement compétent pour juger le fond du litige, mais aussi pour trancher les contestations ayant pour objet sa propre compétence, ainsi que pour décider des mesures conservatoires et provisoires entrant dans l'objet du litige et des mesures d'instruction utiles à leur jugement* »⁶⁴⁹. L'idée générale est que la compétence du tribunal, étant d'une autre nature que celle du juge de l'État, la convention d'arbitrage ne modifie pas la répartition en matière de compétence contentieuse entre les juridictions des États, elle vient seulement retirer à ces tribunaux le pouvoir de juger. Une telle « *indivisibilité processuelle qui ne peut justifier l'attraction du litige devant un tribunal étatique saisi d'un litige indivisiblement lié à celui soumis à l'arbitrage* »⁶⁵⁰. Tel est le sens de l'article 1465 du Code de procédure civile qui dispose que le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel. Cela que ce soit pour statuer sur le différend qui oppose les parties, en lui-même et tous ses accessoires, une mission juridictionnelle pour laquelle les parties

⁶⁴⁸ Voir sur ce point : la sentence arbitrale n°5488 rendue en 1993 par la Chambre du Commerce Internationale, dans laquelle les deux parties avaient visé dans deux articles successifs du contrat la compétence de la CCI et celle d'une juridiction nationale.

⁶⁴⁹ E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Issy-Les-Moulineaux, Joly éditions, *Pratique des affaires*, 2015.

⁶⁵⁰ E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Op. Cit.

octroient une compétence conventionnelle singulière au tribunal arbitral ; mais également une compétence exclusive pour trancher d'un désaccord sur sa propre compétence. En effet, en vertu du principe dit de compétence-compétence, communément admis que ce soit en droit français et international de l'arbitrage, le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur sa compétence. Il advient que, « *tout d'abord, en amont et en parallèle de l'instance arbitrale, l'effet négatif de la compétence-compétence paralyse le pouvoir des juridictions étatiques de statuer sur leur compétence. Ensuite, le temps du procès arbitral, l'effet positif de la compétence-compétence des tribunaux arbitraux reconnaît à ces derniers le pouvoir de juger de leur compétence. Enfin, au stade post-arbitral, l'effet positif de la compétence-compétence des juridictions publiques permet à ces dernières de retrouver le pouvoir de statuer sur leur compétence lors des recours ouverts contre la sentence* »⁶⁵¹ ; la boucle visant la répartition des compétences entre les juges étatiques et les juges privés est bouclée.

Une exclusivité de compétence en faveur du tribunal arbitral bien ancrée juridiquement puisque même l'hypothèse d'une concurrence de compétence ne vient pas ébranler cette exclusivité juridictionnelle dévouée aux arbitres. Il advient que la clause attributive de juridiction ne prive en aucun cas la clause compromissoire de ses effets bien que la présence cumulative des deux clauses distinctes pourrait laisser supposer que les parties ont le choix de la saisine, soit de la juridiction étatique, soit du tribunal arbitral quant au règlement de leur litige ; alors qu'en réalité ce n'est absolument pas le cas, et aucun doute ne peut être soulevé quant à l'exclusivité et à la préemption de la compétence arbitrale. Cette solution repose notamment sur « *la différence de nature de ces clauses, la clause compromissoire étant une convention d'investiture qui fonde le pouvoir de juger des arbitres et non seulement une convention de compétence* »⁶⁵² à l'image de la clause attributive de juridiction. Par ailleurs, il

⁶⁵¹ M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage*. Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, *Collection de l'Institut de Droit des Affaires*, 2013.

⁶⁵² C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, Paris, L.G.D.J., *Bibliothèque de droit privé*, tome 540, 2012. — V. G. BLANC, *Clause compromissoire et clause attributive de juridiction dans un même contrat ou dans un même ensemble contractuel – De la concurrence à la subsidiarité de la compétence des tribunaux étatiques*, JCP E, 1997, n°47, p. 707.

convient de relever que les juridictions étrangères adoptent cette même position, à voir en ce sens l'arrêt de la juridiction Anglaise High Court déterminant que « *les défendeurs ne peuvent être privés de leur droit contractuel à l'arbitrage* »⁶⁵³ dans le sens où pour la Cour, la concurrence de compétence entre une clause attributive de juridiction et une clause compromissoire ne peut pas faire obstacle à la procédure arbitrale de la CCI (Chambre de commerce international de Paris)⁶⁵⁴. Dans le même esprit, « *la High Court de Singapour a décidé que le tribunal arbitral était prioritaire au détriment des juridictions étatiques pour décider de la question de l'existence d'une convention d'arbitrage, considérant que la preuve selon laquelle une convention d'arbitrage existe prima facie suffit à ce que les juridictions étatiques réfèrent le litige au Tribunal arbitral pour une détermination finale* »⁶⁵⁵. Il advient également que dans le cadre d'une procédure arbitrale institutionnelle, celle-ci est soumise au règlement d'arbitrage de l'institution en question. Pour cela, et dans l'hypothèse d'une procédure arbitrale conduite par la CCI, l'article 6 dudit règlement dispose que « *toute question relative à la compétence ou à la possibilité de soumettre l'ensemble des demandes à un arbitrage unique sera tranché directement par le tribunal arbitral, [...] il appartient au tribunal arbitral de prendre toute décision sur sa propre compétence* ». A titre subsidiaire, la High Court a arrêté la possibilité qu'un tribunal arbitral soit compétent, dans l'éventualité d'une violation de la convention d'arbitrage par l'une des parties, pour « *allouer des dommages-intérêts à la partie lésée de son droit de recourir à l'arbitrage* »⁶⁵⁶. Autant d'éléments qui permettent d'assurer la qualité d'un véritable tribunal alternatif vis-à-vis des tribunaux étatiques au tribunal arbitral ainsi que l'effectivité de sa compétence.

⁶⁵³ Juridiction Anglaise High Court du 18 février 1991 « Paul Smith Ltd v. H&S International Holding ».

⁶⁵⁴ Voir également : le jugement d'une juridiction Américaine US District Court, « SDNY » du 13 et 20 mars 1991.

⁶⁵⁵ Singapour, High Court, 11 août 2015, Voir ALTANA, Singapour : la High Court confirme la volonté de promouvoir l'arbitrage en accordant au tribunal arbitral la priorité pour décider de l'existence d'une convention d'arbitrage, L'actualité du pôle arbitrage, 5 novembre 2015, par altanapolearbitrage, in Actualités juridiques.

⁶⁵⁶ Voir sur ce point : High Court, 4 avril 2012, affaire West Tankers.

II. L'INSTITUTION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL DU TIERS INVESTI DE LA QUALITÉ D'ARBITRE : LE CONTRAT D'ARBITRE

Maintenant que la délégation et le partage de compétence entre les tribunaux étatiques et le tribunal arbitral sont établies, il est nécessaire de s'intéresser à l'investiture d'un tiers en tant qu'arbitre par les parties, permettant à celles-ci de constituer un tribunal arbitral valable et efficace à travers un instrument conventionnel, dit le contrat d'arbitre.

A. UN TRIBUNAL VALABLEMENT INSTITUÉ

Le tribunal arbitral se compose, comme son nom le laisse entendre, d'un ou de plusieurs arbitres systématiquement en nombre impair, qui est institué dès que les arbitres ont accepté leur mission et dispose, dès lors, de l'autorité juridictionnelle pour décider de la procédure à suivre à condition de respecter les principes directeurs du procès civil⁶⁵⁷. En tant que « tribunal », les arbitres qui le composent vont rendre une véritable décision de justice ; toutefois, « *pour que cette décision soit valable, il est nécessaire que le tribunal arbitral ait été valablement constitué (puisque) l'arbitre étant un véritable juge, il est indispensable qu'il rende sa sentence en toute indépendance et impartialité* »⁶⁵⁸. Une règle codifiée à l'article 1456 du Code de procédure civile qui dispose que le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée, date à laquelle ils sont saisis du litige, et qu'il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité ; celui-ci ayant l'obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission. Une règle fondamentale à laquelle les parties doivent consacrer une attention et un soin tout particulier en ce qu'elle découle des principes constitutionnels français et du respect du droit au procès équitable conformément à l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. D'où l'importance pour une petite et moyenne entreprise ayant recours à une procédure arbitrale de bien réfléchir lors de la nomination de l'arbitre et de ne pas négliger cette étape pré-procédurale cruciale. Bien qu'elle dépende principalement de la loi du siège de l'arbitrage choisi par les

⁶⁵⁷ Voir sur ce point : Terme « Tribunal arbitral », Procédure civile, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

⁶⁵⁸ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

parties, « *l'exigence d'indépendance et d'impartialité est reconnue quasi-universellement pour la simple qu'il est acquis qu'elle est une condition essentielle à la fonction de juger* », une exigence d'autant plus importante « *dans la matière arbitrale que l'arbitrage est avant tout le fait d'un homme ; à la différence des magistrats judiciaires, l'arbitre n'appartient pas à une institution* »⁶⁵⁹ et, seul dans la mission qui lui est confiée, est d'autant plus sujet aux influences extérieures possibles. Dans ce sens, l'article 12 de la loi type de la CNUDCI, comme les lois suisse, néerlandaise, belge et anglaise ont également consacré ce principe qui a été consacré par la jurisprudence française ayant rappelé « *les qualités d'impartialité et d'indépendance qui sont de l'essence même de la fonction arbitrale* »⁶⁶⁰. Des conditions rappelées, dans l'hypothèse d'une procédure arbitrale institutionnelle, dans les règlements d'arbitrage guidant les procédures ; tel est le cas, par exemple, de l'article 13 du règlement d'arbitrage du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris.

Sur ce point, il convient d'observer les arbitres désignés, usuellement chacune sélectionnant un arbitre, lesquels désigneront le troisième membre et Président du tribunal arbitral, n'est ni le représentant, ni le mandataire exclusif des intérêts de la partie qui l'a désigné, pas plus qu'il n'est un *arbitre-partisan*⁶⁶¹. Chacun des arbitres nommés étant contraint d'afficher une parfaite impartialité et indépendance vis-à-vis de chacune des parties, tant affective, psychologique, qu'économique et financière ; mais également de révéler lors de la nomination, tout élément permettant de suspecter un vice au regard desdites qualités d'indépendance et d'impartialité. À défaut, de graves conséquences pèsent tant sur la procédure arbitrale et l'efficacité de la sentence qui sera rendue par les arbitres en question, que sur ces derniers personnellement. En effet, « *si l'arbitre s'abstient de révéler ce qui peut affecter son indépendance ou son impartialité, dans l'esprit des parties bien sûr, il prend le risque de la récusation, ou de l'annulation de la sentence arbitrale et s'expose même à voir sa responsabilité*

⁶⁵⁹ M. HENRY, *Indépendance et impartialité des arbitres*, Université de Montpellier, 2015-2016.

⁶⁶⁰ Cour de cassation, Chambre civile, 13 avril 1972, Ury c/ Galeries Lafayette, n°70-12774 ; Cour de cassation, Chambre civile, 25 juin 2014, affaire Tecnimont c/ Avax, n° 11-26.529 ; CA Paris, 10 mars 2011, affaire Tesco c/ Neoelectra, n° 09/28540.

⁶⁶¹ M. HENRY, *Indépendance et impartialité des arbitres*, Université de Montpellier, 2015-2016.

civile engagée »⁶⁶². Il advient effectivement que, malgré le double aspect de la responsabilité de l'arbitre, qui n'est que la conséquence de la double nature de sa fonction à la fois juridictionnelle et conventionnelle, si l'arbitre dispose d'une certaine immunité à l'image de celle dont bénéficie le juge étatique quant à l'exercice de sa fonction juridictionnelle, il ne dispose pas d'une parfaite impunité et s'expose également à une responsabilité de droit commun dans la dimension non-juridictionnelle de sa fonction. Outre le risque qui pèse sur l'arbitre lui-même, l'entreprise qui s'engage dans une procédure arbitrale, fait ce choix principalement en raison de ses atouts en terme d'efficacité et de rapidité, qu'il est préférable de ne pas altérer par imprudence lors de la nomination des arbitres, qui pourrait conduire à des difficultés supplémentaires, voir l'inefficacité de la procédure par l'annulation de la sentence rendue, et donc des frais engagés inutilement. Il reste à préciser que, si en matière internationale, aucune condition particulière n'est exigée ; en droit interne, l'arbitre doit nécessairement être une personne physique, le cas échéant une personne physique désignée par une personne morale chargée de la conduite de la procédure arbitrale, et jouir du plein exercice de ses droits⁶⁶³. Il en résulte qu'il vaut mieux « *jouer carte sur table* » lors de cette étape afin d'éviter d'enranger des difficultés futures, surtout que des parties dûment informées de certains éléments par un arbitre potentiel peuvent tout de même le confirmer et, ainsi, purger l'élément révéler de toute litigiosité, et garantir ainsi l'efficacité de la procédure arbitrale souhaitée par les parties et de la sentence qui sera rendue par le tribunal arbitral valablement constitué.

B. DES ARBITRES LIÉS AUX PARTIES PAR UN CONTRAT

« Un dernier point doit être précisé en ce qui concerne les arbitres : ils sont liés aux parties par un contrat qui – pour ne faire que rarement l'objet d'un instrumentum, même si la pratique se développe, aidées par les contrats types qui se multiplient – existe bien »⁶⁶⁴, baptisé par la doctrine et la jurisprudence en tant que « **contrat d'arbitre** ». Un contrat qui, conformément à son objet, recouvre un double aspect à la fois conventionnel et juridictionnel,

⁶⁶² L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁶⁶³ Article 1450 relatif au tribunal arbitral, Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

⁶⁶⁴ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

suivant les conditions de fond du droit commun des contrats dont la cause et l'objet sont la conduite de l'instance arbitrale. Il advient effectivement « *qu'en insérant dans leur contrat principal une convention d'arbitrage, les parties affirment leur volonté, d'une part, de se soustraire aux juridictions étatiques, et d'autre part, de voir leur litige réglé par arbitrage ; mais cela ne suffit pas puisque la mise en place concrète du tribunal arbitral nécessitera l'investiture de l'arbitre et celle-ci passe par la conclusion d'un contrat d'arbitre* »⁶⁶⁵. Dans ce sens, c'est un contrat comportant une durée déterminée, et plutôt courte en pratique, les parties s'engageant dans une procédure arbitrale en raison de sa rapidité et du contrôle dont elles disposent sur les délais procéduraux ; un contrat auquel il sera mis fin dès que l'arbitre aura exécuté sa mission, et rendu la sentence arbitrale permettant de mettre fin au différend opposant initialement les parties. Le contrat d'arbitre est une convention consensuelle très souple qui va être conclu par l'entreprise lorsqu'un différend commercial soumis à une stipulation compromissoire va naître. Matériellement, il advient que si la convention d'arbitrage institue le juge, un autre contrat l'investit de sa mission ; un lien entre l'arbitrage et les parties qui se matérialise par la convention d'arbitrage alors que le lien qui unit l'arbitre aux parties litigantes se concrétise dans un autre contrat, le contrat d'arbitre⁶⁶⁶. Par cette convention, les arbitres deviennent « *débiteurs de l'obligation essentielle de rendre une sentence arbitrale après une instance respectueuse des garanties fondamentales de bonne justice et dans les délais prévus, l'arbitre est créancier de l'obligation incombant solidairement aux litigants de lui verser des honoraires et de lui rembourser les frais qu'il avance pour exécuter sa mission* »⁶⁶⁷. Sur la question des honoraires, pouvant particulièrement intéresser les petites et moyennes entreprises, il n'existe pas de règle uniforme et dépendent du différend faisant l'objet du contrat entre l'arbitre et les parties litigieuses, pouvant varier en fonction de l'aspect interne ou international du litige, le caractère institutionnel ou ad hoc de la procédure arbitrale choisie par les parties, mais encore des délais procéduraux. Les usages sont aussi variables que les multiples pratiques possibles en matière d'arbitrage. Il advient qu'en vertu du contrat d'arbitre l'arbitre est soumis à une obligation : (1) d'indépendance et d'impartialité, liée à une obligation de révélation ; (2)

⁶⁶⁵ L. JANDARD, *La notion de contrat d'arbitre*, Paris X, 2012.

⁶⁶⁶ L. JANDARD, *La notion de contrat d'arbitre*, Op. Cit.

⁶⁶⁷ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

de conduite de la procédure arbitrale de manière équitable et en respectant les grands principes directeurs du procès ; (3) de mener sa mission personnellement et jusqu'à son terme ; (4) de respecter les délais fixés par les parties ou le centre d'arbitrage ; (5) de diligence dans la conduite de la procédure ; (6) de s'assurer de l'efficacité de sa sentence, et éviter que la procédure ne prête le flanc à des recours en annulation, en récusation, ou de refus d'exéquatur⁶⁶⁸. À défaut, les litigants sont en droit d'invoquer une exception d'incompétence, user de leur droit de révocation des arbitres, mais encore d'exiger l'exécution personnelle de sa mission par l'arbitre. Bien que soumis à des obligations, les arbitres sont également investis de droits tels que celui de pouvoir déterminer la procédure arbitrale, de se voir transmettre des informations par les parties, de se faire rembourser les frais engagés pour le déroulement de la procédure, et de percevoir une rémunération pour l'exécution de leur mission. En conclusion, « *à l'instar de tout contrat, il crée des droits et obligations pour chacune des parties, autant une obligation de coopération à l'instance arbitrale pour les parties ainsi que de paiement des frais et honoraires d'arbitrage ; en contrepartie, de l'exécution de ses obligations par l'arbitre, soit l'obtention d'une sentence efficace et un traitement équitable des parties par un arbitre indépendant respectant les grands principes directeurs du procès* »⁶⁶⁹. Un contrat de droit commun certes, mais dont l'objet processuel ne doit pas être négligé pour garantir à l'entreprise une procédure adaptée ainsi qu'une sentence arbitrale efficace ; une efficacité garantie, en partie, par un régime juridique flexible, quasi sur mesure pour les petites et moyennes entreprises.

⁶⁶⁸ V. BORGIA, *Le contrat d'arbitre*, Université de Montpellier, 2015-2016.

⁶⁶⁹ V. BORGIA, *Le contrat d'arbitre*, Op. Cit.

SECTION 2^{NDE} : L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL DANS LE CADRE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

Bien qu'étant un mode conventionnel et alternatif de résolution des différends, la procédure arbitrale ne peut, et cela, entre autres pour des raisons de sécurité juridique, totalement s'exonérer de régime juridique. Dans cet état d'esprit, en tant que justice alternative, « *pour Charles Jarrosson l'arbitrage est ainsi d'abord une institution : en effet bien qu'étant une justice privée, l'arbitrage ne peut être totalement abandonné à la volonté des parties (et) doit se soumettre à des règles établies par l'ordre juridique étatique, règles auxquelles la volonté des parties ne peut, est impuissante à se soustraire* »⁶⁷⁰. De ce fait, la possibilité laissée aux acteurs économiques d'opter pour une véritable institution juridictionnelle qu'elles peuvent adapter sur mesure à leurs besoins pour la résolution de leurs différends, doit s'opérer dans le cadre d'un régime juridique, certes particulièrement souple et succinct, mais qui correspond, en conséquent à des règles fondamentales, qu'elles soient écrites ou relèvent, spécialement en la matière, d'avantage des usages professionnels. Un régime juridique dont le respect sera la condition principale de l'efficacité, par la possibilité d'obtenir son exéquatur, de la sentence retenue par le tribunal arbitral. L'arbitrage offrant ainsi aux entreprises la faculté de recourir à une procédure juridictionnelle dont la décision est impérative, que ce soit sur le territoire français ou à l'étranger en vertu de l'essor international de cette procédure alternative, et dont l'accès tend à se démocratiser, à s'ouvrir aux plus petites entreprises à travers le développement d'un véritable marché juridique de l'arbitrage qui regorge d'enjeux pour les PME.

PARAGRAPHE 1^{ER} : L'ATTRAIT DE LA PROCÉDURE ARBITRALE POUR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

La survenance d'un litige et la question de sa résolution constitue un risque pour les entreprises qui, à partir du moment où nous introduisons de l'incertitude, doivent raisonner en espérance d'utilité⁶⁷¹. Celle-ci va se traduire par le choix d'une procédure contractualisée par laquelle l'entreprise va pouvoir accéder à un mode juridictionnel privé de résolution des

⁶⁷⁰ C. JALLAMION, *Théorie et définition de l'arbitrage*, Université de Montpellier, 2015-2016.

⁶⁷¹ N. CHAPPE, *L'analyse économique d'un mode de résolution des litiges : l'arbitrage*, in *Revue française d'économie*, 2001, n°4, p. 187 et s.

différents sur mesure et spécifiquement adapté aux aléas du contentieux économique, pensée par et pour le monde des affaires. Une procédure privée qui permet aux entreprises de réduire le risque lié à l'incertitude, tant en gardant le contrôle puisque les parties maîtrisent les modalités procédurales, que par le choix du recours à un tribunal arbitral constitué de juges privés qui y intègrent leur propre utilité économique dans l'élaboration de la sentence.

I. LE PRINCIPE D'UNE JUSTICE PRIVÉE SUR MESURE POUR L'ENTREPRISE

Malgré son statut d'institution juridictionnelle bien qu'alternative, la procédure arbitrale répond à des enjeux opposés à l'institution judiciaire traditionnelle et prend le contrepied de celle-ci pour pallier à ces inconvénients en proposant une procédure sur mesure, totalement adaptable au litige et aux exigences du monde économique pour répondre au mieux aux besoins des entreprises grâce à son aspect conventionnel. Une contractualisation de l'institution juridictionnelle qui n'impacte pas seulement les modalités procédurales mais s'étend aux stratégies engagées par les parties et au raisonnement suivi par le tribunal arbitral en termes d'utilité qui conduit à une sentence moins juridique qu'économique où chacun en tire profit.

A. LE CHOIX DE LA PROCEDURE ARBITRALE : UNE VOIE DE RECOURS PLURALE FACONNEE PAR ET POUR LES PARTIES

La fortune de la procédure arbitrale pour les entreprises, et cela quelle que soit leur taille ou leur structure organisationnelle, consiste en sa singulière adaptabilité et flexibilité, permettant de mettre à disposition des acteurs économiques, une procédure juridictionnelle taillée « sur mesure » pour correspondre à leurs besoins. Loin de la rigidité et de la complexité du régime juridique du procès étatique traditionnel, l'arbitrage laisse entrevoir une justice alternative calquée sur les besoins du monde des affaires, tant que termes de technicité, de délais que de secret. Dans ce sens, « *loin d'être monolithique, l'arbitrage peut être façonné par les parties pour coller au plus près des caractéristiques de leur litige* » ; une particularité à laquelle s'ajoute que « *l'arbitrage permet lui-même, en son sein, plusieurs variantes, qu'on pourrait même appeler des alternatives internes* »⁶⁷² qui se traduisent, par exemple, par la possibilité laissée aux parties de faire appel à une institution spécialisée pour encadrer leur procédure ou s'en

⁶⁷² L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

remettre à elle-même par convention, dit l'arbitrage *ad hoc*. Il advient ainsi que les parties sont libres d'organiser leur propre procédure et les modalités de celle-ci, et cela qu'elles relèvent : du for de la procédure (siège du tribunal arbitral) ; du choix du droit applicable, que celui-ci se porte sur le droit d'une des parties, un droit neutre, ou bien même décider que le litige ne sera pas trancher en droit mais en équité (notamment pour un arbitrage international) ; demander aux arbitres de prononcer une sentence ou une simple ordonnance, mais encore spécifiée la forme de la sentence qui peut être provisoire, partielle, définitive ou autres ... Bref, l'arbitrage est une justice alternative qui, en vertu de son aspect conventionnel, laisse la possibilité aux parties d'entrevoir tout, ou du moins presque, le champ des possibles quant à la résolution de leur différend. En effet, « *l'origine contractuelle de l'arbitrage en fait une institution sur mesure, qui permet aux parties comme aux arbitres d'organiser la procédure qui correspond le mieux au litige à arbitrer* »⁶⁷³ lui donnant ainsi, en fonction du différend, une connotation plus ou moins contentieuse avec des règles procédurales plus ou moins dispensées de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques vers une solution négociée⁶⁷⁴. Le corollaire de ce large éventail de possibilités se traduit à travers le rattachement de la procédure arbitrale à de nombreuses qualités procédurales non négligeables pour les entreprises.

D'abord, les parties, avec le concours des arbitres, étant libre d'établir leurs propres règles procédurales, celles-ci sont en mesure de contrôler **la durée de la procédure arbitrale** qu'elles souhaitent mettre en œuvre ; se laissant ainsi la possibilité, pour des litiges sans complexité particulière, de faire arbitrer leur différend dans des délais très courts, en comparaison de ceux tenus par les tribunaux étatiques. Matériellement, « *le droit de l'arbitrage conçoit la rapidité comme l'un des avantages de l'institution, et tend à rendre effective cette promesse (puisque) à défaut de convention contraire entre les parties, le délai légal de l'instance est fixé à 6 mois* »⁶⁷⁵. Une durée légale maximale qui correspond, globalement à la durée minimale d'une instance devant les tribunaux étatiques. Une différence facilement explicable par le fait que les arbitres choisis par les parties sont exclusivement affectés à la résolution de

⁶⁷³ C. JALLAMION, *Théorie et définition de l'arbitrage*, Université de Montpellier, 2015-2016.

⁶⁷⁴ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁶⁷⁵ C. JALLAMION, *Théorie et définition de l'arbitrage*, Université de Montpellier, 2015-2016.

leur différend, cela suivant les modalités procédurales arrêtées par celles-ci. A l'inverse du juge étatique qui, quant à lui, doit trancher le litige des parties parmi d'autres, tout en étant ralenti par de nombreux facteurs, tels que l'accroissement du contentieux et la complexification des procédures et des affaires, ainsi que des stratégies procédurales, à l'image de certains comportements dilatoires, par exemple, dont les parties n'usent pas au cours d'une procédure arbitrale pour des raisons financières notamment. Ensuite, il convient de relever également, dans le contexte bien spécifique du contentieux économique, comprenant ainsi toute la complexité technique de ce type de contentieux, que la procédure arbitrale permet de mettre en œuvre une procédure spécialisée. En effet, alors que les parties ne sont pas en mesure de choisir le juge, celles-ci doivent nommer les arbitres qui aura pour mission de trancher le différend qui les oppose. Ainsi, alors que le juge est d'abord un technicien du droit, les parties peuvent faire le choix de sélectionner leurs arbitres sur des critères de compétence à la fois juridiques et techniques qu'ils ont pu acquérir dans la matière qui touche particulièrement le litige ; mais encore, en raison de son appartenance à milieu professionnel particulier, tel qu'un arbitre-expert, ou bien de son autorité morale, que ce soit un professeur éminent dans une matière juridique en particulier ou un homme d'affaire singulièrement reconnu dans le marché économique en lien avec le secteur commercial du litige. Une possibilité qui permet aux parties de recourir à un tribunal neutre dans le contexte bien spécifique d'un litige commercial international, et d'être rassurées, l'arbitrage rend possible la neutralisation des facteurs nationaux ou locaux pour tendre vers une procédure totalement adaptée et anationale ; s'affranchissant ainsi des caractéristiques de la loi nationale au profit de la « *lex mercatoria* », littéralement « *la loi des marchands* » désignant les règles aménagées par les professionnels en matière de contrats internationaux⁶⁷⁶. Premier avantage souligné par les acteurs de l'arbitrage, outre d'offrir une justice sur mesure, la procédure arbitrale propose une justice confidentielle. En effet, à l'image des modes amiables de résolution des différends, « *alors que les décisions judiciaires sont nécessairement publiques, les arbitrages rendus sont confidentiels, et ce secret sert les intérêts du monde des affaires* »⁶⁷⁷, évitant ainsi aux entreprises de dévoiler certains documents ou simplement d'avoir mauvaise presse et de s'exposer à un risque de réputation. Il s'avère effectivement que tout dans le

⁶⁷⁶ S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

⁶⁷⁷ C. JALLAMION, *Théorie et définition de l'arbitrage*, Université de Montpellier, 2015-2016.

déroulement de l'instance arbitrale est soumis au secret, que ce soit les audiences, les pièces échangées, les délibérations, la sentence elle-même ; tous les documents étant considérés comme des éléments privés. Un avantage qui explique l'engouement pour l'arbitrage des grandes entreprises, notamment pour des affaires délicates ou recouvrant des enjeux financiers importants ; mais qui peut être intéressant pour les petites et moyennes entreprises pour protéger leur organisation de la publicité des instances étatiques, ou encore leur développement sur des marchés émergents ou technologiques. Il en résulte que la procédure arbitrale présente de nombreuses qualités qui sert tout particulièrement le monde des affaires, tant par son adaptabilité aux besoins spécifiques du contentieux économique que par son déroulement qui se calque sur le dynamisme économique nécessaire aux entreprises ; un attrait qui s'exprime également, outre les qualités procédurales susvisées, par un mode de raisonnement des arbitres quant à la résolution du différend qui s'avère plus économique que juridique en raison des litiges traités et de la relation conventionnelle entre les parties et les arbitres.

B. UNE JUSTICE ANIMÉE PAR UNE LOGIQUE PLUS ECONOMIQUE QUE JURIDIQUE

La juridictionnalisation de l'économie signifie que les relations et les organisations économiques sont de plus en plus dépendantes des décisions de justice, avec un droit de plus en plus présent dans l'économie, où les juges annulent des contrats, annihilent la révision des conditions d'indemnisation des chômeurs, obligent des dirigeants d'entreprises à quitter leurs fonctions, procèdent eux-mêmes à des bilans économiques pour apprécier des concentrations d'entreprises ou interprètent des textes répressifs pour servir la morale des affaires. Cela dans le sens où « *l'organisation économique française n'est pas seulement affectée par les décisions de justice, elle devient structurée par celle-ci (qui) est de moins en moins marginale* », tellement que les entreprises l'intègrent désormais pleinement dans leur stratégies économiques⁶⁷⁸. Des stratégies qui peuvent consister, justement, en le choix d'opter pour une sentence arbitrale plutôt que le recours aux tribunaux étatiques. En effet, contrairement à la relation contractuelle liant les arbitres et les parties, ces dernières n'ont aucun contrôle sur l'étendue des pouvoirs qu'elles confient au juge, ni sur les modalités de la procédure et des éléments dont il devra tenir compte

⁶⁷⁸ M.A. FRISON-ROCHE, *Vers un gouvernement économique des juges*, in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, n° 111, p 248.

pour élaborer sa décision ; ceci dans le sens où l'arbitrage procure d'avantage de sécurité juridique pour les parties quant à l'importance et à l'incertitude de la décision qui pourra être retenue à leur encontre. Néanmoins, au-delà de l'incertitude juridique qui peut peser sur les entreprises quant à la résolution de leur différend, il convient d'observer que le raisonnement poursuivi par le juge, qu'il soit public ou privé, lors de l'élaboration de la décision peut varier du juge à l'arbitre en raison des enjeux qui distinguent la procédure arbitrale de l'institution judiciaire étatique. En effet, « *l'arbitre, contrairement au juge, ne raisonne pas seulement en droit mais de manière plus a-juridique afin de garantir l'exécution, et l'acceptation de la sentence par les parties qui recouvrent une spécificité commerciale qui n'est pas le cas pour le juge* »⁶⁷⁹. Matériellement, l'arbitre est un juge qui reste souvent animé par une forte logique d'équité plus de que droit ; une caractéristique traditionnellement attachée à l'image de l'arbitre et qui est essentielle en matière de contentieux économique qui entend préserver de bonnes relations entre les partenaires, ce que permet, à contrario de la rigidité du droit, le jugement en équité dans lequel nul ne perd complètement⁶⁸⁰. Un dernier point fondamental dans le raisonnement de l'arbitre qui ne peut totalement omettre l'aspect conventionnel de son pouvoir juridictionnel ; une relation à la fois juridictionnelle dans la mission qui lui est confiée, et contractuelle dans son objet professionnel et économique qui se traduit, pour l'arbitre, à considérer des « parties clientes » à qui il faut appliquer ***une sentence au « prix approprié »***⁶⁸¹. En effet, il est nécessaire d'observer que contrairement aux modes amiables de résolution des différends, la procédure arbitrale s'apparente à une procédure judiciaire tenue devant les tribunaux étatiques dans le sens où les parties vont confronter leurs intérêts dans le cadre d'une procédure contradictoire. Ainsi, si l'arbitre a la possibilité de statuer en amiable compositeur et de tenir compte d'autres éléments, n'étant pas seulement tenu à la stricte application des règles de droit, et doit concilier les parties pour parvenir à contenter chacune d'entre elles en vue d'assurer l'exécution de sa sentence, il n'est pourtant pas question, en matière arbitrale, de

⁶⁷⁹ N. CHAPPE, *L'analyse économique d'un mode de résolution des litiges : l'arbitrage*, in *Revue française d'économie*, 2001, n°4, p. 187 et s.

⁶⁸⁰ C. JALLAMION, *Théorie et définition de l'arbitrage*, Université de Montpellier, 2015-2016.

⁶⁸¹ M. BAZERMAN et H. FARBER, *The General Basis of Arbitrator Behavior : an Empirical Analysis of Conventional and Final-Offer Arbitration* in *Econometrica*, 1986, Vol. 54, n° 6.

retenir les méthodes de négociation raisonnée par lesquelles les parties travaillent ensemble à l'obtention d'une solution optimale. Un travail de consensus d'avantage réalisé par le tribunal arbitral, celui-ci pouvant attacher plus d'importance aux faits et aux propositions des parties qu'à la règle de droit pour rechercher une sentence qui fera *consortium*. La recherche d'une sentence optimale qui n'échappe pas aux parties et intègre cette relation particulière envers les arbitres dans leur stratégies procédurales. « *La définition de la sentence optimale incite les parties à formuler des propositions extrêmes. En effet un accroissement (diminution) des propositions des parties entraîne une augmentation de la sentence (la diminue). Plus le demandeur exige, plus il obtient. Moins le défendeur offre, moins il donne (Bloom [1981], Currie [1989])⁶⁸² »⁶⁸³. Il advient ainsi que la mission de l'arbitre se traduit par la nécessité d'opérer un arbitrage entre les faits et les propositions des parties pour parvenir à une sentence acceptée et considérée comme juste par celles-ci ; la sentence arbitrale étant au final, le résultat de l'optimisation simultanée des utilités telles qu'entendues par la théorie de l'équilibre de Nash. De cette manière, les parties sont satisfaites de la sentence prise à leur rencontre par l'arbitre qui tient compte de leurs intérêts respectifs, facilitant également l'exécution des obligations découlant de la sentence ; et l'arbitre assouvit son utilité en rendant une sentence qui semble « juste » aux parties, qui mette fin au différend tout en apaisant les relations entre elles, chacune considérant qu'elle s'en tire à bon compte, un contentement des parties qui assure ses propres affaires en tant que professionnel, prestataire privé dans le domaine de la résolution des différends. En conséquent, il est possible de retenir que le choix entre le procès étatique et la procédure arbitrale, entre le juge public au service du droit et le juge privé mandaté par les parties pour les parties, repose principalement sur la confrontation entre les coûts et les gains que les parties espèrent tirer de la procédure qui sera mise en œuvre ; un rapport qui tient compte, entre autres, du régime juridique qui va s'appliquer à ladite procédure.*

⁶⁸² Pour aller plus loin : D. BLOOM, *Is Arbitration Really Compatible with Bargaining*, *Industrial Relations*, 1981, vol. 20, p 233 et s. — J. CURRIE, *Who Uses Interest Arbitration ? the Case of British Columbia's Teachers 1947-1981*, *Industrial and Labor Relations Review*, 1989, Vol. 42, p 363 et s.

⁶⁸³ N. CHAPPE, *L'analyse économique d'un mode de résolution des litiges : l'arbitrage*, in *Revue française d'économie*, 2001, n°4, p. 187 et s.

II. LA SOUPLESSE DU RÉGIME JURIDIQUE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

Bien que répondant à un régime juridique régit par le code civil et le code de procédure civile, la procédure arbitrale répond à des règles qui, toutes, sont guidées par la recherche commune de l'efficacité de l'arbitrage ; le législateur ayant fait le choix, en la matière, de privilégier la flexibilité de cette procédure alternative pour en conserver la singularité et l'efficacité. Un régime juridique progressivement codifié en droit français qui s'est tout d'abord développé à l'international, notamment outre-Atlantique, à travers la pratique et les usages qui, dans le cadre d'un litige commercial international, répondra à ses propres règles supra-étatiques.

A. L'ARBITRAGE : UNE PROCÉDURE AU RÉGIME JURIDIQUE LÉGALISTE VOLONTAIREMENT LIMITÉ

Il advient inévitablement que « *selon un processus habituel à toute institution : dès l'instant où l'arbitrage entend apporter au plaideur les garanties inhérentes à toute justice, il retrouve de lui-même (...) les impératifs d'organisation et de fonctionnement qui s'imposent à toute juridiction, quelle qu'elle soit* »⁶⁸⁴. En conséquence, « *l'instance arbitrale suit le même schéma que l'instance judiciaire, même s'il lui est permis de s'affranchir de la plupart des règles du procès judiciaire (dans le sens où) les principes directeurs du procès civil s'appliquent, du moins ceux qui sont transposables à l'instance arbitrale, et il n'est pas permis d'y déroger, du moins dans l'arbitrage interne* »⁶⁸⁵. L'objectif est vraiment de ne pas noyer la nature contractuelle de l'arbitrage dans les méandres d'un régime juridique trop contraignant, et de perdre ainsi les avantages de cette procédure au profit d'une nouvelle forme de justice pro-institutionnelle qui se calquerait sur le modèle du procès étatique. Le régime juridique de l'arbitrage est régi par les articles 1442 à 1527 du Code de procédure civile, ainsi que les articles 2059 à 2061 du Code civil concernant l'arbitrage international ; ces articles offrant un régime complet et parfaitement opérationnel au droit de l'arbitrage, cela sans se départir de sa philosophie autonomiste. Il s'avère que le régime juridique de l'arbitrage est régi par une règle fondamentale à laquelle les parties ne peuvent déroger, celle de l'arbitrabilité du litige ; tous les

⁶⁸⁴ B. OPPETIT, *Justice étatique et justice arbitrale*, Litec, 1991.

⁶⁸⁵ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

litiges n'étant pas en mesure d'être résolus par l'arbitrage. En effet, selon une définition communément admise en Europe, « *l'arbitrabilité désigne l'aptitude d'une cause à être soumise à l'arbitrage [...] elle constitue une condition de validité de la convention d'arbitrage et donc de la compétence des arbitres* »⁶⁸⁶, autrement dit c'est une restriction légale de la compétence des arbitres. Néanmoins, l'arbitrabilité du litige et ainsi la validité de la clause compromissoire ne peut être contestée par le juge étatique que dans deux cas très particuliers : soit en vertu de l'arbitrabilité subjective disposant que l'une des parties, en raison de sa qualité ou de sa mission particulière, ne peut valablement se soumettre à l'arbitrage ; soit en vertu de l'arbitrabilité objective, *ratione materiae* du litige, qui désigne l'aptitude d'une cause à être soumise à l'arbitrage. Dans ce sens, sont arbitrales tous les litiges portant sur les droits dont les parties ont la libre disposition ; c'est-à-dire tous les droits « *qu'elles sont libres d'exercer ou non, qu'elles peuvent céder librement, à titre gratuit ou onéreux, et auxquels elles peuvent librement renoncer* »⁶⁸⁷. Généralement, la question de la disponibilité des droits et donc de l'arbitrabilité du litige ne pose pas de difficulté en matière de contentieux économique, cela en raison du fait que pour simplifier, les droits patrimoniaux sont généralement disponibles ; attention toutefois à certaines exceptions relevant, par ailleurs, de la protection de certaines parties présumées faibles. A cet égard, « *la jurisprudence française a maintes fois décidé que le fait qu'une matière soit d'ordre public (comme par exemple le droit de la concurrence ou le droit des procédures collectives) ne suffit pas à rendre le litige inarbitrable* » ; à ce titre, l'article 2061 du Code civil considère que les clauses compromissoires ne sont valables qu'à raison d'avoir été contractées dans le cadre d'une activité professionnelle, couvrant ainsi « *les contrats commerciaux et les contrats civils professionnels, mais écarte les contrats de consommation* »⁶⁸⁸. S'agissant du cas particulier du droit du travail, la Cour de Cassation a ainsi affirmé que la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail était licite ; que ce soit dans l'hypothèse d'un contrat international, mais encore d'une clause compromissoire figurant dans un contrat de travail français à la condition que la clause soit inopposable au salarié, autrement dit à la condition que

⁶⁸⁶ Cass., 1^{ère} Civ., 22 septembre 2005, Navire Lindos.

⁶⁸⁷ D. MOURALIS, *L'arbitrabilité des litiges*, Université de Montpellier, 2015-2016.

⁶⁸⁸ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

ce dernier puisse s'opposer à sa mise en œuvre⁶⁸⁹. « Une position de la chambre sociale qui a d'ailleurs nourri le droit de l'arbitrage qui, par la loi Justice du XXI siècle, a modifié l'article 2061 du code civil qui reconnaît désormais la validité de la clause compromissoire, quelle que soit la qualité des parties, et notamment dans les relations entre particuliers et donc, à titre d'exemple entre un employeur et un salarié, sous réserve qu'ils l'aient acceptée »⁶⁹⁰. Tel est l'objet, par exemple, du Centre National d'Arbitrage du travail dont l'objet est de promouvoir l'arbitrage auprès des conseils des parties comme une alternative nouvelle et adaptée à la résolution des litiges nés des relations du travail qui permet aux employeurs, salariés, et autres, de régler par voie d'arbitrage un différend juridique lié aux relations de travail⁶⁹¹. En dehors des institutions arbitrales, certaines entreprises ont même opté pour le choix de l'intégration d'un arbitre permanent au sein de l'entreprise pour trancher les différends sociaux internes, que ce soit entre les salariés ou des litiges hiérarchiques, simplement relationnels ou relevant des modalités, de l'exécution ou de la résolution des contrats de travail. Un choix innovant de management qui exprime parfaitement l'adaptabilité et les multiples possibilités offertes par ce mode alternatif de résolution des différends ; une véritable procédure « caméléon » grâce à sa nature contractuelle et à son régime juridique sommaire conçu pour laisser aux entreprises la marge de manœuvre nécessaire à leurs impératifs économiques.

B. L'ARBITRAGE : UNE PROCEDURE INTERNATIONALE RÉGIE PAR LA PRATIQUE

Il advient que, « en même temps que l'arbitrage a fait l'objet d'une réhabilitation au sein de ces systèmes juridiques nationaux, il est apparu comme le mode premier de résolution des différends naissant à l'occasion de contrats internationaux ; il est même concevable que l'émergence de ce phénomène nouveau ait inspiré la reconsidération de l'arbitrage en droit

⁶⁸⁹ Cour de cassation, Chambre sociale, 16 février 1999, n° 96-45565, bull. civ V, n° 78 ; Cour de cassation, Chambre sociale, 30 novembre 2011, n° 2512 (11-12.905 ; 11-12.906).

⁶⁹⁰ LJA, *L'arbitrage est l'une des voies de règlements des différends en droit du travail depuis de nombreuses années*, in *La lettre des Juristes d'Affaires*, n° 1325, 13 novembre 2017, <https://www.lja.fr/larbitrage-est-lune-des-voies-de-reglements-des-differents-en-droit-du-travail-depuis-de-nombreuses-annees/>.

⁶⁹¹ Voir sur ce point : <http://www.cnat.paris>.

interne »⁶⁹². Pour bien comprendre le fonctionnement de l'arbitrage, il convient effectivement de préciser que cette procédure alternative ne doit pas seulement se lire à travers la codification d'un régime juridique effectuée par les différents ordres juridiques internes ; la procédure arbitrale ayant d'abord été la pierre angulaire du commerce international développée par la pratique des usages professionnels des contrats internationaux, sous l'égide de la « *lex mercatoria* », la loi des marchands. Autrement dit, l'arbitrage est d'abord issu de règles matérielles aménagées par les professionnels en matière de contrats internationaux et suivies spontanément par les milieux d'affaire ; une loi marchande qui, dans une large mesure, est indépendante des règles étatiques⁶⁹³. En effet, « *le jeu réciproque d'un certain nombre de facteurs a contribué au développement de la jurisprudence sur l'arbitrage international. Depuis 1925, il avait été procédé, à travers des Conventions et des textes internationaux, à des tentatives pour faciliter l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Alors que le Protocole et la Convention de Genève ont d'un côté accordé une grande importance aux éléments de rattachement permettant le choix de la loi applicable ainsi qu'à la lex arbitri, la Convention de New York de 1958 a, de l'autre côté, établi un régime très libéral en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères, les soumettant à des règles essentiellement supranationales* », notamment via la loi type de la CNUDCI de 1985⁶⁹⁴ en la matière. A contrario, « le Décret du 12 mai 1981 modifiant le Code de procédure civile est le premier texte législatif français sur l'arbitrage international. Bien que cette réglementation nouvelle suive en l'esprit et le fond les lois américaine et anglaise de 1970 et 1979, elle exprime en réalité une attitude plus libérale et progressiste à l'égard de l'arbitrage commercial international ». Il en résulte qu'en matière d'opérations commerciales internationales, c'est-à-dire pour les affaires

⁶⁹² T.E. CARBONNEAU, *Étude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1984, n° 4, p. 727 et s.

⁶⁹³ Voir sur ce point : Terme « *Lex mercatoria* », Droit civil / Droit international privé, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

⁶⁹⁴ T.E. CARBONNEAU, *Étude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1984, n° 4, p. 727 et s.

comportant un élément d'extranéité, l'arbitrage est reconnu comme « un mode normal de règlement des litiges » et ne présente « aucun caractère dérogoire », l'arbitre est « le juge naturel du commerce international »⁶⁹⁵, conformément aux besoins des opérateurs du commerce international. D'ailleurs, il est important de rappeler que l'article 9 de la Convention sur la vente internationale de marchandises (CVIM) dispose que les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles qui, sauf convention contraire, sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée⁶⁹⁶. Dans ce sens, « *devant la complexité et l'internationalisation des litiges, la législation et la jurisprudence internes à chaque État ont non seulement consacré et reconnu cette pratique, mais ont également constitué l'indispensable structure de soutien (par laquelle) sans un tel pragmatisme, aux antipodes d'une attitude que l'on aurait pu concevoir étroite et désuète, l'arbitrage n'aurait pas l'efficacité qu'on lui reconnaît aujourd'hui* »⁶⁹⁷. Il conviendra donc, notamment dans le cadre d'un arbitrage international, de se référer, outre le régime juridique interne, aux différentes conventions internationales, usages professionnels et principes directeurs régissant la matière tel que l'ouverture à une justice juridique et confidentielle. Des usages peu à peu recueillis dans les différents règlements d'arbitrage constitués par les centres d'arbitrage ; notamment ceux de la CCI et du CIRDI qui exercent une influence non négligeable sur la pratique de l'arbitrage. Si les usages sont à l'origine du développement de la procédure arbitrale, tant en termes de juridisation que d'utilisation, ils seront également à l'origine du droit prospectif de la matière. En effet, « *l'arbitrage n'aurait pu être régi par d'autres règles, que les usages* » dans le sens où « *la procédure arbitrale est une procédure bien trop singulière, pour être dominée par un Droit*

⁶⁹⁵ B. OPPETIT, *La clause compromissoire par référence*, in *Revue de l'arbitrage*, 1990.

⁶⁹⁶ Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985).

⁶⁹⁷ T.E. CARBONNEAU, *Étude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1984, n° 4, p. 727 et s.

législatif » ; celle-ci étant d'avantage liée à la volonté de ses protagonistes « *qui établissent, façonnent, taillent, parfois sur-mesure, la procédure qui sera suivie tout au long de l'instance arbitrale* » ; en conséquent, « *l'arbitrage nécessite une grande souplesse procédurale, que seuls les usages, Droit mouvant par nature, peut lui apporter* » et lui apportera encore, les législations nationales étant trop figées, ancrées dans une culture juridique⁶⁹⁸ qui s'adapte plus tardivement aux évolutions engagées par la pratique tout en lui offrant un cadre structuré.

PARAGRAPHE 2ND : L'ACCÈS À UNE DÉCISION JURIDICTIONNELLE PRIVÉE IMPÉRATIVE POUR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES

Certes, la procédure arbitrale met à disposition des entreprises une justice privée sur mesure qui s'adapte totalement à ses besoins et aux spécificités du litige qu'elles rencontrent ; mais ce qui fait toute sa singularité, et la distingue fondamentalement des modes amiables de résolution des différends, repose sur les attributs juridictionnels du pouvoir du tribunal arbitral lui permettant de trancher le différend via une sentence arbitrale, une décision juridictionnelle impérative et efficace. Un véritable « jugement » privé à disposition des entreprises, quelle que soit leur taille, en raison du phénomène de démocratisation de la procédure arbitrale, facilitant l'accès à l'arbitrage, notamment en termes de coûts procéduraux qui pouvaient effrayer les petites structures et réservaient, à tort, cette alternative procédurale aux grandes entreprises.

I. LA PROCÉDURE ARBITRALE : UN MODE ALTERNATIF DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS JURIDICTIONNEL EFFICACE

Une décision du tribunal arbitral permettant de mettre fin au différend qui oppose les parties c'est bien, mais une décision dont l'efficacité est garantie par son impérativité, et cela peu importe le territoire de son exécution, c'est mieux. A la différence des MARD, la procédure arbitrale, en tant que procédure juridictionnelle alternative, met à disposition des jugements privés exécutoires, après avoir reçu l'exéquatur, en France comme à l'étranger.

⁶⁹⁸ C. SANCHEZ SAËZ, *Usages et arbitrage*, Université de Montpellier, 2017.

A. LA SENTENCE ARBITRALE : UN VÉRITABLE JUGEMENT PRIVÉ

Aboutissement de la procédure arbitrale, la sentence arbitrale est la décision que va prendre le tribunal, accomplissant sa mission pour répondre à l'ensemble des demandes des parties et mettant fin au litige entre les parties. Il advient que « *s'il est certain que le régime juridique de la sentence arbitrale diverge dans l'arbitrage interne et l'arbitrage international, il n'en demeure pas moins que, dans l'un comme dans l'autre cas, l'arbitre peut statuer soit en droit, soit en équité si les parties lui ont expressément conféré les pouvoirs d'amiable compositeur (; une) dernière hypothèse qui renforce encore plus le caractère alternatif de l'arbitrage par rapport au procès judiciaire classique* »⁶⁹⁹ ; bien que cette affirmation doive être nuancée par l'article 12 du code de procédure civile qui permet également au juge de statuer en amiable compositeur d'une part, et l'application des principes directeurs du procès civil à la procédure arbitrale d'autre part. En effet, bien que les arbitres soient libres dans l'élaboration de la sentence, celle-ci doit recouvrir certains aspects et contenir quelques mentions obligatoires, du moins en arbitrage interne même si, au final ces mentions figurent également dans les sentences rendues en matière internationale. Conformément aux dispositions de l'article 1481 du Code de procédure civile, la sentence arbitrale contient l'indication : (1) Des noms, prénoms ou dénomination des parties ainsi que de leur domicile ou siège social ; (2) Le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties ; (3) Du nom des arbitres qui l'ont rendue ; (4) De sa date ; (5) Du lieu où la sentence a été rendue. En raison de sa nature contractuelle soumise à la volonté des parties, les différentes mentions précitées peuvent figurer sur diverses catégories de sentence ; que ce soit une sentence finale qui va trancher la totalité du différend et mettre fin au litige, une sentence seulement partielle réglant un aspect du litige, une sentence mixte qui va trancher une partie du litige tout en ordonnant une mesure provisoire ou d'instruction, ou bien encore une sentence dite d'accord-partie abordée précédemment qui vont correspondre à la constatation par le tribunal d'un accord obtenu entre les parties quant à la résolution de leur différend, à la croisée des MARD et de la procédure arbitrale⁷⁰⁰. Ensuite, l'article 1482 du code de procédure civile exige également que la sentence

⁶⁹⁹ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁷⁰⁰ R. ZIADE, Roland, *La sentence arbitrale en droit interne et international*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.

arbitrale expose succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens, tout en présentant les motivations ayant conduit le raisonnement des arbitres et leur décision, sans que ce soit une règle d'ordre public en matière d'arbitrage international.

Une décision structurée tant dans la forme que dans le fond qui va recouvrir d'avantage de similitudes avec le jugement judiciaire. En effet, contrairement aux modes amiables de résolution des différends qui conservent leur nature conventionnelle, disposant seulement de la force obligatoire des conventions et, tout au plus de la force exécutoire reconnue par le juge via la procédure d'homologation, la sentence obtenue lors d'une procédure arbitrale est recouverte des mêmes caractéristiques que le jugement étatique. Matériellement, la sentence arbitrale est le nom donné à la décision rendue par le tribunal arbitral ; celle-ci ayant, à l'image du jugement traditionnel, l'autorité de la chose jugée relativement au litige dont elle relève⁷⁰¹ conformément à l'article 1484 du Code de procédure civile qui consacre que la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche. La question qui se pose est celle de savoir *pourquoi et dans quelle mesure s'applique l'autorité de la chose jugée d'une sentence arbitrale ?* Le fait de conférer une telle autorité aux sentences arbitrales traduit à la fois la volonté de considérer la procédure arbitrale comme une véritable voie de recours juridictionnelle où le juge étatique et l'arbitre sont au final « un juge » qu'importe la provenance légal ou conventionnelle de leur pouvoir ; mais également l'objectif d'assurer une certaine stabilité et sécurité juridique, empêchant ainsi les stratégies dilatoires et que les mêmes litiges soient sans cesse rejugés, resoumis à différentes juridictions par des parties insatisfaites de la décision. En effet, « *l'autorité de la chose jugée assure la sécurité d'une situation acquise : à tort ou à raison, le litige connaît telle solution que l'on ne peut remettre en cause* », dans l'idée que « *l'aspect conventionnel de l'arbitrage ne donne pas à l'autorité de chose jugée des sentences un caractère contractuel comme pour la transaction puisque la décision des arbitres n'est pas un contrat* »⁷⁰² mais vient plutôt s'attacher aux sentences en raison de leur nature

⁷⁰¹ Voir sur ce point : Terme « Sentence arbitrale », Droit civil / Droit international public / Droit international privé, S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

⁷⁰² D. HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 2004, Vol. 15, n° 2000, p.17 et s.

juridictionnelle⁷⁰³. Dans cet esprit, « *comme en procédure civile (traditionnelle), l'autorité de chose jugée se fonde sur une triple identité de cause, d'objet et de partie (qui) ne s'attache pas uniquement au dispositif de la sentence, mais également aux motifs qui se rattachent à la contestation tranchée, c'est-à-dire aux motifs décisifs dont les parties tirent leurs droits et leurs obligations* »⁷⁰⁴. Autrement dit, les sentences arbitrales, bien qu'étant des décisions juridictionnelles privées, s'apparente, via l'autorité de la chose jugée, en termes de portée, aux jugements étatiques traditionnels. Une caractéristique marquant la reconnaissance et la portée juridique des sentences arbitrales et va leur conférer une efficacité singulière qui va marquer une distinction fondamentale entre la procédure juridictionnelle arbitrale et les MARD.

B. LA SENTENCE ARBITRALE : LA GARANTIE D'UNE DÉCISION EXÉCUTABLE

En droit international, l'adage d'Honoré de Balzac voulant qu'un mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès⁷⁰⁵ ne connaît pas nécessairement le même écho en raison du fait que l'outil d'efficacité reste une décision de justice⁷⁰⁶. En effet, celui qui exécute la décision, et cela quel que soit l'État concerné, est un juge étatique ; dans ce sens, la circulation et la reconnaissance internationale des décisions juridictionnelles, est plus aisée que celle des conventions amiables⁷⁰⁷. Si l'essentiel de l'efficacité de la procédure arbitrale repose sur

⁷⁰³ Voir sur ce point : G. Balladore-Pallieri, *L'arbitrage privé dans les rapports internationaux*, RCADI, t.51 1935-1, p.287; Ch. Jarrosson, « Le contrat de transaction dans les relations commerciales internationales » RCDIP, 1997, p.657 ; CA Paris, 24 octobre 1991, Sicopag c/Ets. Laprade, Rev. arb. 1992, p.494, note M.C. Rondeau- Rivier ; CC 9 janvier 1979, Rev. arb. 1979, p. 480 note Ph. Fouchard.

⁷⁰⁴ R. ZIADE, Roland, *La sentence arbitrale en droit interne et international*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.

⁷⁰⁵ H. DE BALZAC, *Œuvres complètes*, éd. Houssiaux, 1874.

⁷⁰⁶ M. DE FONTMICHEL, *Les projets d'instruments internationaux sur la reconnaissance et l'exécution des accords amiables*, in *L'accord amiable : et après ?*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.

⁷⁰⁷ Voir sur ce point : La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères signée à New York le 10 juin 1958 (la « Convention de New York »), entrée en vigueur le 7 juin 1959, avec pour objectif de donner plein effet aux conventions d'arbitrage en obligeant les juridictions des États contractants, saisies d'un litige entrant dans le champ d'application d'une convention d'arbitrage, à renvoyer les parties à l'arbitrage ; et

l'exécution spontanée de la sentence par les parties, les arbitres n'étant pas tenus de trancher le litige seulement vis-à-vis du droit mais d'agir également en amiable compositeur pour garantir l'efficacité de leur sentence, les parties peuvent décider de lui octroyer un caractère exécutoire grâce à la possibilité d'obtenir son exécution forcée. Matériellement, bien que la sentence arbitrale dispose, en raison de sa nature juridictionnelle, de l'autorité de la chose jugée, elle ne recouvre l'aspect exécutoire, en France comme à l'étranger, que si elle est d'abord notifiée puis revêtue de « *l'exequatur* ». Une exigence de notification qui s'accomplit sans difficulté particulière, il faut simplement procéder à la signification de la sentence conformément aux mentions exigées par l'article 680 du Code de procédure civile, et cela peut être fait suivant des formes conventionnellement convenues par les parties, même simplement par voie électronique. Conformément au même code⁷⁰⁸, la procédure dite d'exequatur est également très simple « *puisque'elle se déroule sur requête, devant le tribunal de grande instance statuant à juge unique du ressort dans lequel cette sentence a été rendue, ou de celui de Paris si la sentence a été rendue à l'étranger* »⁷⁰⁹.

Une telle formalité procédurale faisant suite à la notification de la sentence arbitrale constitue à la fois une faculté de circulation juridictionnelle entre les ordres juridiques et donc d'exécution à l'international ; mais le revers de la médaille se traduit par la réintroduction d'une distinction entre l'autorité du juge et de l'arbitre, le premier venant opérer un contrôle de la décision juridictionnelle arrêtée par le second. Plus précisément, via la procédure d'exequatur, « *il convient de s'assurer du respect par le tribunal arbitral des deux composantes fondamentales de l'arbitrage : sa composante juridictionnelle, de laquelle résultent certains principes fondamentaux de procédure ; sa composante contractuelle, qui fait reposer l'arbitrage sur la volonté réelle et valable des parties* ». En réalité, une telle exigence d'un contrôle minimum, afin de garantir une bonne justice, constitue aussi « *un élément*

permettre la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères dans les États contractants (articles III, IV, V, VI et VII).

⁷⁰⁸ Articles 1487 et 1488 du Code de procédure civile, Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

⁷⁰⁹ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

*psychologique : la conscience d'un contrôle a posteriori de sa sentence constitue, a priori, une donnée de nature à accroître la vigilance du tribunal arbitral s'agissant du respect des principes essentiels attachés à la fonction de juger et de ceux découlant directement de l'origine conventionnelle de son investiture »*⁷¹⁰. Autrement dit, bien que l'arbitrage constitue un mode juridictionnel de résolution des différends au même titre que le procès judiciaire, n'en constituant qu'une alternative privée et conventionnelle, le juge et l'arbitre ne sont pas tout à fait sur un même pied d'égalité dans le sens où, bien que les procédures reposent sur des procédés communs, la distinction entre les pouvoirs de l'arbitre et du juge ressurgit à posteriori de la décision. Matériellement, si le juge et l'arbitre disposent tous deux du pouvoir de juger, l'absence d'*imperium* entre les mains de l'arbitre se fait ressentir lors de l'exécution de la décision juridictionnelle, puisque le pouvoir de contrainte que recouvre l'exécution forcée ne peut être exercé que par le juge en vertu de la délégation d'autorité par l'État qu'il représente, ce dont l'arbitre, en raison de l'origine conventionnelle de son pouvoir, est dépourvu⁷¹¹. Bien que cette procédure d'exéquatur mette en exergue une distinction persistante entre le juge étatique et le juge privé, l'idée reste tout de même de conserver l'efficacité particulière de l'arbitrage. Pour cela, il s'avère que le juge ne peut refuser d'accorder l'exéquatur à une sentence arbitrale que si celle-ci est « *manifestement contraire à l'ordre public* », ce qui n'arrive que rarement, les arbitres ayant pour mission d'élaborer leur sentence selon un critère primordial d'efficacité⁷¹². Un contrôle dit *prima facie* par lequel le juge va d'abord vérifier que la décision qui lui est soumise est bien une sentence, puis il va se contenter de vérifier la « *conformité apparente* » envers l'ordre public, qu'il soit interne ou international⁷¹³. Il en ressort que « *non seulement, il met définitivement fin au litige, mais en plus la sentence arbitrale est une décision de justice à part entière, avec toute l'autorité qui s'y attache (; une) incontestable supériorité de l'arbitrage sur les autres modes extrajudiciaires de règlement des conflits* »⁷¹⁴, bien qu'elle

⁷¹⁰ J. ORTSCHIEDT, *La sentence arbitrale, exécution et voies de recours*, Université de Montpellier, 2015-2016.

⁷¹¹ C. JALLAMION, *Théorie et définition de l'arbitrage*, Université de Montpellier, 2015-2016.

⁷¹² Articles 1488 en arbitrage interne et 1415 en matière de internationale, Code de procédure civile, Op. Cit.

⁷¹³ Voir sur ce point : J. VIATTE, *Revue de l'arbitrage*, 1978, p. 538.

⁷¹⁴ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

soit parfois ternie par une réputation qui la ternie, celle d'être une justice de luxe réservée aux grandes entreprises.

II. UNE JUSTICE PRIVÉE ACCESSIBLE AUX PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES : LE DÉVELOPPEMENT DU MARCHÉ DE L'ARBITRAGE

L'argent. Le nerf de la guerre comme dit l'adage. L'idée reçue en matière arbitrale veut que « *la contrepartie de cette justice 5 étoiles, c'est son coût, paramètre qui en dissuade plus d'un* »⁷¹⁵. Mais qu'en est-il en pratique ? L'enjeu de cette contribution va être d'aborder la question de l'argent dans l'arbitrage, « de donner un éclairage sur le financement de la procédure arbitrale, son évaluation, la répartition des frais et des honoraires entre les parties » afin de répondre à cette préoccupation pécuniaire des entreprises, et montrer que cette procédure alternative dite de « *luxe* » se démocratise à travers le développement d'un véritable marché.

A. L'ÉVALUATION DU COÛT DE LA PROCÉDURE ARBITRALE : L'INFLUENCE DES DEMANDES DES PARTIES

La question se pose de l'intérêt de présenter l'arbitrage, une justice privée alternative qui a pour réputation d'être une procédure couteuse réservée aux grandes entreprises quant à la résolution de différends aux gros enjeux financiers, dans le cadre d'une contribution réservée aux PME. Eh bien, même si la procédure arbitrale représente un coût certain pour les entreprises, notamment pour des PME, il reste « *indéniable que le coût d'un arbitrage est moindre que celui d'une procédure judiciaire qui complète qui comporte souvent expertise et deuxième instance* »⁷¹⁶, une donnée qui donne matière à réflexion et va permettre de déconstruire l'idée véhiculée selon laquelle l'arbitrage est réservé aux grandes entreprises. Il s'avère effectivement que, « *s'il est courant que les entreprises internationales prévoient le recours à l'arbitrage au travers d'une clause dans leurs contrats commerciaux, les PME ne doivent pas, quant à elles, écarter invariablement ce mode de résolution des conflits au prétexte qu'il a la réputation d'être*

⁷¹⁵ Citation de T. CLAY, in : *Me Christiane Féral-Schuhl, Discours d'ouverture, L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso Éditions, 2013, p. 216.

⁷¹⁶ T. CLAY, in : *Me Christiane Féral-Schuhl, Discours d'ouverture, L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso Éditions, 2013, p. 216.

coûteux » puisqu'il n'est « nul besoin, en effet, d'être une grande entreprise pour avoir recours à l'arbitrage (...) si on se réfère aux statistiques du CMAP, on constate que 31 % des dossiers traités concernent des litiges dont le montant est inférieur à 1 million d'euros contre 15 % pour des litiges supérieurs à 10 millions (le reste, soit la majorité se situant entre 1 et 10 millions d'euros) »⁷¹⁷. Le coût de la procédure variant traditionnellement en fonction de l'enjeu du litige, notamment en termes de complexité et d'intérêt financier, la première étape va consister en l'évaluation économique du différend pour pouvoir en déduire les frais véritablement rattachés à la procédure. Il va s'agir, pour cela, de parvenir à évaluer le dommage, autrement dit de l'indemnisation demandée par l'une ou l'autre des parties, de ses accessoires ainsi que les frais liés à la procédure elle-même.

Concernant *l'évaluation du dommage*, l'une des missions principale du conseil en arbitrage consiste à limiter les coûts pour l'entreprise, dans ce sens « *puisque le coût de l'arbitrage est très souvent proportionnel aux indemnités demandées, indique Édouard de Lamaze, associé au cabinet Carbonnier Lamaze Rasle & Associés, je suggère à mon client de garder la somme à un niveau raisonnable (puisque) ça fait partie du devoir d'un avocat d'informer les entreprises là-dessus, car il s'agit de la seule marge de manœuvre pour limiter les coûts de la procédure arbitrale* »⁷¹⁸. La question de l'évaluation du dommage va consister en la détermination de l'étendue du dommage réparable, un domaine juridique qui sera soumis au droit applicable à la résolution du différend, puis en sa quantification⁷¹⁹ pour parvenir à une évaluation chiffrée. En droit français, par exemple, les règles d'indemnisation sont régies par les articles 1231-2 et suivants du Code civil, disposant que les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf exceptions ; mais cette règle peut varier d'un régime juridique à l'autre, d'un ordre juridique à l'autre, il est donc primordial d'y être attentif pour éviter une potentielle annulation de la sentence. Généralement, les arbitres vont s'attacher à analyser l'évaluation du dommage au prisme de

⁷¹⁷ D. MOURALIS, *L'entreprise face à l'arbitrage : quels coûts, quels financements ?*, in *Option Finance*, avril 2015.

⁷¹⁸ J. BELGRAVE, *L'arbitrage en droit de affaires : faire les bons choix*, in *Journal du management juridique et réglementaire*, Experts de l'entreprise, août 2017, n° 58.

⁷¹⁹ P. PINSOLLE, *L'évaluation du dommage, L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso Éditions, 2013.

certaines principes, notamment la prévisibilité du dommage et le lien de causalité entre la violation et le dommage réparable évalué. Encore une fois le corollaire de la législation applicable, outre le dommage en lui-même, l'entreprise, et le cas échéant son conseil, doivent évaluer les accessoires du dommages réparables, autrement dit le taux et le point de départ des intérêts qui vont courir et indemniser, non le dommage en lui-même, mais la violation ayant conduit au dommage. En effet, « *il se dit, en Provence, que la sauce coûte parfois plus cher que le poisson (...) tel est aussi le cas dans l'arbitrage où le montant des intérêts excède parfois le principal* »⁷²⁰. Une fois n'est pas coutume, une telle évaluation va s'opérer à l'aune de la réglementation applicable, certains ordres juridiques prévoyant différentes catégories d'intérêts (moratoires, compensatoires, etc), mais également des taux forfaitaires, que ces derniers soient prévus contractuellement dans le contrat dit « *lex contractus* », fixés « *lex fori* », ou à défaut, appréciés par l'arbitre, notamment au regard de la pratique ou d'un marché en particulier.

Ensuite, « *les frais engendrés par la procédure arbitrale sont d'abord constitués des honoraires des arbitres (...), des frais de représentation et d'assistance ou des frais de conseil, des frais de l'institution arbitrale en cas d'arbitrage institutionnel ainsi que d'autres frais de toutes natures engendrés par la procédure (frais du secrétariat arbitral éventuellement nommé, frais d'expert, traductions, témoignage, etc)* ». Il advient ainsi que, « *essentiellement, on peut donc distinguer trois catégories : les honoraires et les dépenses des arbitres, les frais et les dépenses des parties, y compris les frais de conseil, et les frais de l'institution d'arbitrage* »⁷²¹. L'énumération de tous ces frais procéduraux peut déclencher un sentiment d'appréhension envers le recours à l'arbitrage pour le dirigeant d'une petite et moyenne entreprise, mais ces derniers méritent d'être relativisés. En effet, il ne faut pas perdre de vue le fait que l'arbitrage est une procédure conventionnelle qui se construit selon la volonté des parties qui y ont recours et s'adapte à leurs besoins. Dans ce sens, les parties peuvent déjà faire le choix, en fonction du litige qu'elles rencontrent, de mettre en œuvre un arbitrage dit *ad hoc*, c'est-à-dire organisée par les parties elles-mêmes sans l'assistance d'un centre d'arbitrage. Une situation largement

⁷²⁰ J.P. GRANDJEAN, *L'évaluation des accessoires (taux et point de départ des intérêts dans l'arbitrage), L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso Éditions, 2013.

⁷²¹ W. BEN HAMIDA et T. CLAY et L. AYNES, éd. *L'argent dans l'arbitrage*, Issy-les Moulineaux : Lextenso éditions, 2013.

concevable suivant la complexité du différend, l'expérience des avocats qui conseilleront les parties en la matière, d'autant plus que celles-ci restent libre de soumettre leur arbitrage ad' hoc à des règlements d'arbitrage préexistants. Ensuite, concernant les frais de défense, il advient que ceux-ci doivent également être engagés devant les tribunaux étatiques et ne sont pas propres au recours à l'arbitrage. Les véritables frais corolaires de la procédure arbitrale sont les honoraires et dépenses des arbitres. Sur ce point, alors que les honoraires sont fixés par les institutions suivant des barèmes préétablis dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, ils sont librement négociés et déterminés entre les parties et les arbitres eux-mêmes pour un arbitrage ad' hoc, permettant à nouveau une marge de manœuvre non négligeable. Une détermination qui va s'effectuer au prisme du montant du litige en jeu et un taux horaire sous forme d'un pourcentage (d'où l'intérêt de s'attarder sur l'évaluation du dommage réparable et de ses accessoires éventuels). À titre d'illustration, « *pour donner un ordre de grandeur, on peut citer le barème du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP), pour un différend de moins d'un million d'euros, les frais et honoraires des arbitres s'élèveront au maximum à 35 000 euros si le tribunal est composé d'un arbitre unique, et à 92 000 euros s'il est composé de trois arbitres* »⁷²². Mais les barèmes dépendent intégralement de l'institution d'arbitrage qui les propose et comme pour tout marché, le jeu de la concurrence entre ces différentes institutions, de réputation et d'importance variables, fait diverger les barèmes, certains étant plus accessibles que d'autres pour les petites et moyennes entreprises, et négociables directement avec l'arbitre si les parties optent pour un arbitrage ad' hoc. Par ailleurs, il convient de rappeler que, même si l'arbitrage engendre des frais qui n'auraient pas cours devant les tribunaux étatiques, les délais procéduraux réduits de la procédure arbitrale peut constituer, en fin de compte, une économie pour l'entreprise. Comme le dit l'adage, *les petits ruisseaux font les grandes rivières* dans le sens où plusieurs peu font beaucoup, quelques économies réalisées par les parties dans l'organisation de cette procédure aménageable conventionnellement peuvent leur permettre d'accéder à une justice sur mesure ; au surplus, de nombreux produits se développent

⁷²² D. MOURALIS, *L'entreprise face à l'arbitrage : quels coûts, quels financements ?*, in *Option Finance*, avril 2015.

aujourd'hui, devenant un véritable marché, pour démocratiser l'accès à l'arbitrage des petites et moyennes entreprises.

B. LA MERCANTILISATION D'UN MODE JURIDICTIONNEL DE RÉOLUTION DES LITIGES : LA DÉMOCRATISATION DE L'ACCÈS À L'ARBITRAGE

« *Qui dit argent dit marché. L'argent dans l'arbitrage à favoriser l'émergence d'un marché, au sens économique du terme, lequel a été décuplé par l'effet de la mondialisation de l'économie* » et du développement des technologies, dans le sens où « *l'arbitrage a crû à l'unisson du développement de l'économie mondiale qu'il encadre et accompagne, et dont il se nourrit* »⁷²³. L'arbitrage, en tant que justice privée alternative à l'origine contractuelle, s'est mercantilisée et, devenant un produit juridique, s'est diversifiée et les produits dérivés permettant sa mise en œuvre également. Tel est le cas des produits de financement de la procédure permettant, par exemple, d'imputer les coûts de celle-ci, ainsi qu'une offre élargie via de nombreuses initiatives quant à la démocratisation de l'accès à la procédure, notamment pour des « petits » litiges, ou du moins aux enjeux moins importants que ceux traditionnellement imputés à l'arbitrage.

1) LE FINANCEMENT DE L'ARBITRAGE : LE REPORT DE L'IMPUTATION DES COÛTS

Dans un contexte de marchandisation de la procédure arbitrale et de son accès, des sociétés spécifiques destinées à supporter le coût de la solution conventionnelle du litige via des **tiers financeurs**, et à mutualiser le risque représenté par la procédure arbitrale par des **mécanismes assurantiels**, se développent. En effet, bien que la spéculation soit une activité controversée, « *elle l'est encore plus lorsqu'elle porte sur l'issue d'un procès. Or retirer un profit par le financement d'une action en justice constitue précisément l'objet d'un nouveau type de société qui commence à faire son apparition en France : les sociétés de financement de procès* ». Dans ce sens, « *exposé simplement, il s'agit d'un mécanisme de financement du contentieux par un tiers, qui prend à sa charge toutes les factures du litigant relatives au procès, en échange de quoi il récupère un pourcentage sur les dommages et intérêts gagnés à l'issue du procès (, un)*

⁷²³ T. CLAY, *Le marché de l'arbitrage*, in *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso Éditions, 2013.

*pourcentage (qui) peut varier en moyenne entre 20 et 50% des dommages et intérêts obtenus par le titulaire de l'action en justice, en fonction des risques courus par le financeur »*⁷²⁴. Cette possibilité de recourir à un tiers financeur, un organisme extérieur, notamment lorsque c'est une nécessité impérative pour engager une action faute de ressources propres ; néanmoins, certaines précisions méritent d'être mentionnées. Si l'avantage pour la PME réside en l'accès à la procédure arbitrale, le revers de la médaille veut que pour qu'une entreprise tierce accepte de financer la résolution du différend, celle-ci doit y trouver un intérêt. Matériellement, « *le tiers ne s'engagera que s'il estime que la prétention de la partie qu'il soutient financièrement offre des chances raisonnables de succès* » ; ainsi « *la partie impécunieuse et dont le dossier n'est pas jugé suffisamment rentable risque de voir sa demande rejetée par un tiers financeurs* »⁷²⁵. Le contrat d'assurance offre, quant à lui, la possibilité de mutualiser le risque de recourir à une résolution alternative des différends de l'entreprise, et sur ce point, celle-ci retrouve l'intérêt soulevé précédemment de mettre en œuvre un plan de prévention des risques, notamment en ce qui concerne l'utilisation de mécanismes assurantiels appropriés et en adéquation avec le plan de vigilance de l'entreprise. Une faculté à disposition des PME en fonction des dispositions de leurs polices d'assurance, notamment via des clauses de défense-recours stipulées dans différents contrats d'assurance de responsabilité, par lesquelles l'assureur prend en charge les procès auxquels l'assuré pourrait être partie. Par ailleurs, conformément à leur objet consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge des frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers, en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi⁷²⁶, les assurances de protection juridique peuvent être une solution. En effet, selon les assureurs et le risque couvert par la police d'assurance, certaines assurances de protection juridique peuvent prendre en charge le recours de l'entreprise à une procédure arbitrale.

⁷²⁴ M. DE FONTMICHEL, *Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français*, in *Recueil, Revue des sociétés*, Dalloz, 2012, p. 279.

⁷²⁵ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁷²⁶ Article L127-1 du code des assurances relatif à l'assurance de protection juridique.

2) L'ESSOR D'UN MARCHÉ « LOW COST » DE L'ARBITRAGE

En dehors des organismes de financement et d'assurance du recours à l'arbitrage, de nombreuses initiatives s'engagent vers une démocratisation de la procédure arbitrale pour ouvrir ce marché juridique aux petites et moyennes entreprises qui représentent elle-même un marché à part entière non négligeable puisqu'elles constituent le tissu économique français. Dans ce sens, et pour répondre à ce marché émergent, des initiatives se déploient que ce soit **des centres d'arbitrage qui proposent des procédures adaptées** aux « petits » litiges, ou encore via l'apparition **de nouveaux produits par les entreprises de Legaltech**. En effet, « *les institutions d'arbitrage ont orienté leurs efforts vers une simplification de leurs procédures d'arbitrage classiques, prenant conscience que les procédures existantes étaient trop coûteuses et trop complexes pour des litiges simples ou de faible montant* »⁷²⁷. Pour cela, certaines institutions arbitrales proposent désormais des procédures dites « accélérées » ayant pour vocation de simplifier la procédure arbitrale classique et de l'adapter aux « petits » litiges qui comportent des enjeux spécifiques. Ainsi, les règlements d'arbitrage de nombreuses institutions ont été reformés pour y inclure des procédures d'arbitrage accélérées ; par exemple, la CCI a intégré une nouvelle procédure afin de permettre aux parties de régler les différends dont le montant ne dépasse pas 2 millions de dollars de manière plus rapide et moins onéreuse. Par ailleurs, les entreprises de Legaltech se sont également saisies de ce nouveau marché juridique et ont développé leurs propres produits en surfant sur les opportunités offertes par l'évolution des nouvelles technologies et des plateformes numériques de résolution des différends. L'arbitrage s'avère en effet « *particulièrement adapté aux technologies du numérique, de la robotisation et du tout en ligne* », notamment pour les petits litiges. L'idée est « *née des réflexions des géants de la distribution américains, eBay en particulier. Le responsable du contentieux d'eBay dans les années 90, face au problème des millions de contentieux initiés contre la plateforme et ses marchands pour des sommes dérisoires, a proposé un système d'arbitrage en ligne qui automatiserait autant que possible les litiges afin de diminuer leur coût et leur traitement* ». Et l'idée a fait son chemin puisque d'autres entreprises se sont saisies du procédé ; tel est le cas de

⁷²⁷ J.R. COSTARGENT et J. SPINELLI, *L'arbitrage et les petits litiges* in *Les cahiers de l'arbitrage, Nouveaux domaines, nouvelles utilisations*, 3^e éd, Conseil National des Barreaux, *Guide pratique édition*, 2017.

l'entreprise Ejust, par exemple, qui entend proposer d'aller plus vite pour moins cher, en proposant trois procédures-types sous forme de forfait variant en fonction de la complexité du dossier suivant qu'elle soit : accélérée, standard ou avancée, à des prix fixés de 350, 3 000 ou 12 000 euros. Il en résulte que la démocratisation de la procédure arbitrale par sa mercantilisation permet aujourd'hui aux petites et moyennes entreprises, qu'elles rencontrent de gros ou de petits litiges, d'accéder à l'arbitrage quant à la gestion et la résolution de leur contentieux économique. Une justice de luxe mise à la portée de tous les acteurs économiques pour résoudre leurs différends via un outil juridictionnel adapté à leurs besoins, bien que l'influence des pratiques anglo-saxonnes ne cesse de repousser les frontières de la délégation du pouvoir juridictionnel et de la résolution conventionnelle des différends.

CHAPITRE 2ND : LA DESETATISATION DE LA GOUVERNANCE DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE PAR LA PRIVATISATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

Le système judiciaire ne cesse de se réinventer, entre autres par l'apparition de nouvelles procédures de résolution des différends, pour tendre toujours plus vers un idéal de Justice. S'il est difficile de déterminer en quoi consiste l'idéal de Justice, le processus de droit collaboratif vient magistralement combiner les avantages des procédures conventionnelles de résolution des litiges. En cela, il constitue un mode hybride et original qui s'imprègne à la fois de l'idéologie alternative de la procédure arbitrale en vertu d'un régime juridique purement contractuel et d'une renonciation à la justice étatique ; et des techniques, notamment de négociation raisonnée, des modes amiables de résolution des différends. Un nouveau processus conventionnel qui repousse d'autant plus les frontières entre la justice publique et la justice privée, pour donner une nouvelle définition au système judiciaire français au sein duquel le rôle de chaque protagoniste sur la scène de la Justice est redistribué.

SECTION 1 : LE DROIT COLLABORATIF : UN MODÈLE HYBRIDE ALTERNATIF AU CHOIX ENTRE LES MODES AMIABLES DE RÉOLUTION ET L'ARBITRAGE

SECTION 2 : LA REDÉFINITION DES FRONTIÈRES DU SYSTÈME JUDICIAIRE FRANÇAIS EN MATIÈRE DE CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE

SECTION 1^{ÈRE} : LE DROIT COLLABORATIF : UN MODÈLE HYBRIDE ALTERNATIF AU CHOIX ENTRE LES MODES AMIABLES DE RÉOLUTION ET L'ARBITRAGE

Le droit collaboratif est « *un processus amiable de résolution des différends, dont la mise en œuvre est préalable à toute saisine judiciaire, et qui repose sur l'engagement contractuel des parties et de leurs avocats conseils (matérialisé dans une charte collaborative) de rechercher de manière négociée et de bonne foi, lors de réunion à quatre (dites rencontres de règlement), une solution globale à leur différend reposant sur la satisfaction des intérêts mutuels de chacune des parties* »⁷²⁸. Cette définition du droit collaboratif traduit tout à fait la particularité et la portée d'un tel processus de résolution des différends, un mode hybride au carrefour des modes amiables et alternatifs, se nourrissant des avantages respectifs de chaque catégorie ; cela tout en étant soumis, dans le silence de la loi française qui ne l'a codifié que pour partie via la transcription légale de la procédure participative, à la seule volonté des parties et de leurs avocats qui s'engagent contractuellement à résoudre le différend au prisme des principes et du processus de droit collaboratif établi par la pratique.

PARAGRAPHE 1^{ER} : L'ORIGINALITÉ DU DROIT COLLABORATIF À LA CROISÉE DES MODES AMIABLES ET ALTERNATIFS DE RESOLUTION DES DIFFERENDS

Arbitrage, Médiation, conciliation, etc. Si toutes ces procédures de résolution des différends ont pour point commun d'avoir une origine conventionnelle, certaines caractéristiques juridiques les distinguent ; le droit collaboratif, quant à lui, vient puiser le meilleur, tantôt en empruntant les techniques des procédures amiables, tantôt en s'imprégnant de l'idéologie alternative de l'arbitrage, pour donner une procédure « *altern-amiable* » hybride offrant une chance à saisir pour les petites et moyennes entreprises.

⁷²⁸ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

I. LA DISTINCTION AVEC LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE : L'IMPRÉGNATION IDÉOLOGIQUE DE L'ARBITRAGE

Le droit collaboratif. Ce n'est ni une procédure alternative juridictionnelle à l'image de l'arbitrage malgré que son idéologie s'en inspire, ni une procédure participative en tant que telle, du moins pas telle qu'elle a été codifiée en 2012 et en constitue une traduction en droit français ; mais un processus contractuel de résolution des différends qui se développe en parallèle des modes procéduraux conventionnels amiables ou alternatifs de résolution des litiges de l'entreprise.

A. LE DROIT COLLABORATIF : UNE PROCÉDURE PARTICIPATIVE INACHEVÉE

Le droit collaboratif est un mode de résolution des différends qui représente véritablement la genèse de la résolution contractuelle des différends, par les parties, pour les parties, entre les parties. Matériellement, c'est une justice participative qui permet aux parties de trouver une solution à leur litige en s'inscrivant dans le mouvement de justice directe par lequel l'imposition d'une décision impérative est troquée par une solution reposant intégralement sur la liberté contractuelle des parties. Le processus collaboratif trouve son origine outre-Atlantique, mis en œuvre pour la première fois aux États-Unis par un avocat, Stuart Webb, en 1990. Ayant pour origine « *le développement de la médiation en matière familiale qui, encourageant la réparation de la relation, aide à la prise de décision conjointe (grâce) à l'amélioration de la communication* »⁷²⁹, conduisant ainsi les avocats à se spécialiser davantage dans la négociation que dans le contradictoire. Un développement de la négociation qui a permis au droit collaboratif de se développer de manière exponentielle à l'international, d'abord dans les pays anglo-saxons puis en Europe, tout en bénéficiant d'une extension à d'autres matières, notamment le droit des affaires dans le cadre de nombreux litiges civils, commerciaux et sociaux⁷³⁰. Ce processus s'intègre dans le paradigme de la Justice contemporaine puisque « le

⁷²⁹ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁷³⁰ A. MOREAUX, *Le droit collaboratif peut-il s'appliquer à tous types de conflits ?*, in *Affiches parisiennes*, 27 juillet 2015.

*droit collaboratif est un concept et une idée dont le temps est venu, et qu'en fait ce temps aurait dû arriver depuis longtemps, tout simplement parce (– rappelle le juge Paul Coleridge –) le droit collaboratif est là pour participer à la révolution que connaît le droit (de manière générale) depuis ces dernières années et pour changer la culture et l'environnement du contentieux »*⁷³¹, que ce soit en matière familiale ou d'affaires. En droit français, il a été introduit par une présentation, pour la première fois en mars 2006 lors d'une conférence⁷³², puis intégré dans le cadre du rapport Guinchard⁷³³ via les réflexions sur la procédure participative, bien qu'il s'en distingue fondamentalement. Il advient cependant, malgré le fait le concept soit tout à fait prometteur, que « *les professionnels collaboratifs ont pensé eux-mêmes avec la publication de la loi sur la procédure participative assistée par avocats qu'il s'agissait d'introduire le droit collaboratif en France mais le décret d'application paru plus d'un an après la loi a dissipé tout doute : la procédure participative assistée par avocats est bien comme son nom l'indique une simple procédure de mise en état préalable qui imposait une codification parce qu'elle est bien une procédure* ». Il advient effectivement que la procédure participative, telle qu'elle a été mentionnée précédemment dans le cadre de cette contribution, en tant que procédure, permet encore de saisir le juge dans les cas d'urgence, en cours de procédure malgré la tenue des négociations ; ou bien, le fait que le juge puisse exercer un contrôle sur les pièces et les accords passés par les parties. Un ancrage procédural constituant un obstacle à la pleine liberté contractuelle des parties qui traduit un état d'esprit qui n'est pas celui du droit collaboratif puisque « *la menace du procès à tout instant d'une soi-disant négociation amiable ne trompe guère sur le risque encouru* »⁷³⁴. Dans ce sens, le droit collaboratif s'analyse d'avantage comme mécanisme, guidée par des principes structurés à travers une méthodologie, qui répond « *à un objectif de gestion des deniers publics en étant moins coûteux que le coût que représente*

⁷³¹ P. COLERIDGE, *Discours du juge Paul Coleridge (Angleterre)*, Londres, 2007.

⁷³² C. BUTRUILLE-CARDEW et P.H. TESLER, *Les modes amiables de règlement des litiges en matière familiale*, Maison du barreau, 2006.

⁷³³ V. SÉNAT, *Rapport Guinchard du 30 juin 2008, proposition de loi relative à l'exécution des décisions de justice et aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées*, 2018.

⁷³⁴ ADPCI, *Droit collaboratif et/ou procédure participative*, in *Droit collaboratif*, 2018, <https://adpci.org/de-quoi-sagit-il/procedure-participative>.

l'impact social et psychologique des procédures »⁷³⁵. Un concept idéologique traduit dans une convention, la charte collaborative, qui va conduire les parties dans la résolution de leur litige, au prisme des principes de négociation raisonnée, conservant son esprit libéral en s'exonérant des régimes juridiques qui entravent les procédures amiables et alternatifs de résolution des litiges catégorisées en tant que « procédures » et non plus comme « processus » conventionnel. Contrairement à ce qu'aurait pu attendre les professionnels en faveur du développement du droit collaboratif, le droit français, lors de l'adoption de la législation relative à la procédure participative, n'est pas allé au bout de l'idéologie véhiculée par le droit collaboratif, et la traduit par la codification d'une procédure amiable, et non d'un processus, qui ne fait que la moitié du chemin, ayant perdu son essence même. En effet, avant d'être une procédure de résolution des différends telle que l'exprime le parti pris par le législateur dans la procédure participative, le droit collaboratif est un engagement contractuel pris par chaque participant à intégrer un processus qui se veut, volontairement, exclu de la catégorie juridique de « procédure ». Le dessein poursuivi ici par le processus de droit collaboratif est de s'adjoindre des obstacles procéduraux qu'elles représentent pour s'en remettre totalement à une libre négociation des parties suivant les techniques et principes propres à la négociation raisonnée.

B. LA DISTINCTION FONDAMENTALE AVEC LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE : L'IMPRÉGNATION DE L'IDÉOLOGIE ALTERNATIVE DE L'ARBITRAGE

Le droit collaboratif présente un intérêt singulier dans l'étude de la relation des modes de résolution des différends, qu'ils soient judiciaires ou extra-judiciaires, avec le juge, tout autant étatique ou privé ; il s'agit pour les participants au processus collaboratif de s'engager à s'en détacher totalement. En effet, à la différence du droit collaboratif qui est un engagement contractuel de recourir à un processus amiable, la procédure participative est comme son nom l'indique avant tout une procédure de mise en état préalable à une action judiciaire⁷³⁶. Il advient effectivement que le législateur français semble avoir omis, lors de la légifération sur l'adoption

⁷³⁵ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁷³⁶ ADPCI, *Droit collaboratif et/ou procédure participative*, in *Droit collaboratif*, 2018, <https://adpci.org/de-quoi-sagit-il/procedure-participative>.

du texte relatif à la procédure participative, l'idéologie alternative que recouvre le droit collaboratif ; ce processus se situant à la lisière des modes amiables de résolution des différends purement conventionnels, et l'aspect alternatif de la procédure arbitrale. Matériellement, il s'avère que, « *par principe, le processus de droit collaboratif n'entretient aucun lien avec la procédure judiciaire puisqu'il impose comme condition de sa mise en œuvre une absence de saisine préalable et unilatérale des juridictions par une des parties* » ; « *il en résulte de prime abord, et sauf en cas de démarche conjointe des parties et de leurs avocats durant le processus pour prendre une mesure judiciaire conservatoire ou urgente, une absence de lien organisé avec le juridictionnel (...) pendant le processus de droit collaboratif, et ce jusqu'à son aboutissement* »⁷³⁷. En conséquence, la distinction avec la procédure participative est d'autant plus marquée que le droit collaboratif rejoint le caractère alternatif que recouvre la procédure arbitrale. En effet, si *per se*, l'arbitrage et le droit collaboratif ne peuvent être rangés dans la même catégorie des procédures juridictionnelles alternatives de résolution des différends, le droit collaboratif emprunte la même idéologie qualifiée « d'alternative » dans le sens où c'est un processus qui ne constitue pas seulement un préalable amiable, une tentative préalable de résolution des différends avant de s'en remettre aux institutions judiciaires, mais par le fait que c'est un concept qui entend se détacher par l'absence de lien juridictionnel, et/ou procéduraux préétablis. Il est nécessaire d'observer que le droit collaboratif, au regard de la procédure arbitrale, ne troque pas un juge étatique pour un juge privé dans l'idée que ce processus n'organise pas de délégation conventionnelle de pouvoir juridictionnel à proprement parlé, et ne conduit donc pas à la résolution du différend via une décision juridictionnelle impérative. Néanmoins, le droit collaboratif peut s'entendre, bien que ne disposant pas d'une délégation légale du pouvoir juridictionnel en tant que telle, comme une réappropriation conventionnelle entre les parties, par elles-mêmes, et par extension à leurs avocats respectifs, du pouvoir juridictionnel. Suivant ce raisonnement, les parties se réapproprient l'usage exclusif, et attribué conventionnellement aux seuls participants au processus, du pouvoir juridictionnel qu'elles ont, en tant que citoyenne, allouées à l'État à travers les institutions judiciaires et personnifié par le juge étatique. L'idéologie de ce processus emporte, pour les parties s'engageant

⁷³⁷ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

contractuellement à résoudre leur différend en utilisant les techniques de droit collaboratif, une forme de renonciation à la saisine judiciaire, et implicitement, à contrario, à leur dessaisissement en vertu de la loi contractuelle. Le droit collaboratif se rapproche donc idéologiquement de l'arbitrage dans le sens où, à travers un engagement contractuel, les parties acceptent et s'obligent à ne pas recourir au juge étatique, et se constituent, à l'image de la procédure arbitrale, en tant que juges privés, à leur propre compte, du moins temporairement, le temps du processus collaboratif. Il advient qu'en « *signant la charte collaborative s'engagent principalement à rechercher une solution négociée et acceptable pour l'une et l'autre des parties sans recourir à la juridiction* ». La portée juridique que véhicule une telle renonciation de saisine des juridictions est forte, un tel engagement des parties de pas saisir unilatéralement le juge pendant le processus collaboratif, peut s'apparenter, bien que sous une forme différente et à nuancer juridiquement, à l'exclusivité de compétence que les parties allouent au tribunal arbitrale, puisqu'il « *matérialise et fonde leur volonté de résoudre de manière concertée et globale tous les aspects essentiels de leur différend, quand bien même les problématiques abordées pourraient être difficiles, annexes au litige principal ou matérialiser des tensions* »⁷³⁸. Il en résulte que, dans ce sens, le droit collaboratif rejoint l'idéologie alternative, écartant le recours aux juridictions, pour laisser le processus s'exprimer pleinement ; mais le processus collaboratif est un mode qui peut être qualifié de mode hybride « *altern-amiable* » puisque s'il s'inspire d'une idéologie alternative, il puise dans les techniques des modes amiables de résolution des différends, et notamment dans la procédure participative, sa traduction française incomplète.

II. LE PROCESSUS COLLABORATIF : L'UTILISATION DES TECHNIQUES DE LA JUSTICE PARTICIPATIVE ET DIRECTE CARACTÉRISTIQUES DES MARD

L'originalité du processus de droit collaboratif tient à ses caractéristiques hybrides, s'inspirant autant de l'aspect alternatif de la procédure arbitrale que de ce qu'il emprunte les principes fondamentaux, les techniques de la négociation raisonnée, notamment d'écoute active et de reformulation, ainsi que les outils juridiques nécessaires à la formalisation de l'accord obtenu propres aux modes amiables de résolution des différends.

⁷³⁸ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

A. UN PROCESSUS FONDÉ SUR LES PRINCIPES DE LA NÉGOCIATION RAISONNÉE

Si le droit collaboratif se rattache idéologiquement à l'aspect alternatif de la procédure arbitrale, concernant la mise en œuvre du processus, il emprunte d'avantage aux modes amiables de résolution des différends, notamment à propos des principes qui vont guider la conduite du processus. Matériellement, les parties ayant recours à ce processus s'engagent, outre à l'absence de saisine ou de menace de saisine unilatérale des tribunaux, à respecter certains principes dans la tenue des négociations ayant vocation à résoudre leur différend et à mettre en œuvre les techniques coopératives de la négociation raisonnée. En effet, le processus de « *droit collaboratif permet aux parties de prendre elles-mêmes les décisions adéquates et : favorise la participation active des deux parties ; permet de faire émerger les intérêts respectifs des parties ; a pour objectif de réduire l'impact négatif des conflits sur les parties ; diminue l'hostilité entre les parties et instaure une dynamique positive ; permet d'aboutir à des ententes satisfaisantes et équilibrées* »⁷³⁹, des facteurs qui ne peuvent naître que dans le cadre d'une négociation raisonnée. Bien que le sujet de la négociation raisonnée ait déjà été largement abordé précédemment, il est nécessaire de rappeler, le droit collaboratif en étant la meilleure expression se construisant intrinsèquement autour ces techniques, qu'elle correspond à une méthode de négociation résultant des travaux de R. Fisher et W. L. Ury, visant à obtenir un accord satisfaisant pour les deux parties. Un tel accord s'obtient par une négociation, non de position, mais d'intérêt grâce à un processus de prise de décision interpersonnelle par lequel deux ou plusieurs personnes arrivent à l'obtention d'un accord intégratif qui exploite toutes les opportunités de gains mutuels de façon mutuelle⁷⁴⁰ prônant le fait que toutes les parties, contrairement à la négociation sur position, en ressortent gagnante. Un accord optimal qui va se construire autour de cinq piliers méthodologiques fondamentaux qui sont : (1) le rejet de la négociation sur position ; (2) la distinction des personnes de leurs problèmes, ceci permettant de traiter entièrement le différend en résolvant les difficultés relationnelles et celles ayant attrait *per se* au différend, tout en s'attaquant directement à l'objet du différend plutôt que de s'en

⁷³⁹ AVOCATS.BE, *A propos du droit collaboratif ...*, in *Avocats.be*, 6 janvier 2014.

https://avocats.be/sites/default/files/texte_collaboratif_0.pdf.

⁷⁴⁰ Voir sur ce point : C. SMETS-GARY, *PMR Europe Formation*, 2008, p. 1.

prendre les uns aux autres ; (3) se concentrer sur les intérêts en jeu et non sur les positions adoptées dans l'idée qu'il est nécessaire de comprendre la préoccupation de l'autre pour pouvoir concevoir la recherche commune d'un accord mutuellement avantageux ; (4) S'engager dans un processus d'imagination et de recherche de solutions apportant un bénéfice mutuel ; (5) Une recherche d'accord mutuellement optimal via l'utilisation de critères objectifs définis par les parties et leurs conseils. Il va donc s'agir pour les parties et les avocats collaboratifs engagés dans le processus d'identifier les sujets à résoudre (les points de négociation, de discussion) ainsi que les intérêts ; l'objectif étant de comprendre le pourquoi des positions en interrogeant par des questions ouvertes pour déterminer les intérêts qu'elles recèlent et de les convertir en options concrètes. Il advient que « *les avocats doivent aider les parties à répondre de façon créative à leurs besoins cachés, sous-jacents, par la mise en place de stratégies de communication spécifiques* »⁷⁴¹ aidant les parties à convertir leurs intérêts en options, puis leurs options en solution. Modelé par les techniques de négociation raisonnée, « le droit collaboratif facilite peut-être plus aisément que les autres modes de résolution amiable des conflits l'élaboration progressive de rapports de confiance par un travail en équipe constitué par les véritables partenaires que sont les deux avocats formés à cette pratique et les deux parties, tous liés dès le début du processus par la signature d'une charte collaborative », notamment grâce à l'utilisation des « *techniques de communication que sont l'écoute active et la reformulation* »⁷⁴². Il advient effectivement que le fait d'opter pour des techniques de communication plutôt que de contradictoire permet de mettre en œuvre « *un travail d'équipe entre les parties et leurs avocats dont l'unique objectif est d'aboutir à des ententes amiables et équilibrées répondant aux besoins et aux intérêts de chacune des parties* » ; celles-ci « *peuvent donc s'exprimer en toute sécurité sur les causes réelles de leurs litiges et faire valoir toutes leurs préoccupations* »⁷⁴³. En tant que processus constructif favorisant la résolution de l'entier différend par le rétablissement de la

⁷⁴¹ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁷⁴² B. DESARNAUTS, *Cycle une autre justice civile ? L'avocat et le droit collaboratif*, in *La semaine juridique*, Édition générale, 1^{er} septembre 2014, Vol. 914, n° 36, p. 1562.

⁷⁴³ AVOCATS.BE, *A propos du droit collaboratif ...*, in *Avocats.be*, 6 janvier 2014.

https://avocats.be/sites/default/files/texte_collaboratif_0.pdf.

communication et du dialogue, le droit collaboratif met en œuvre la technique dite de « *l'écoute active* » développée à partir des travaux du psychologue Carl Rogers, également nommée « *écoute bienveillante* ». Le concept « *encourage la libre expression des sentiments, que favorise une attitude de respect, d'ouverture à l'autre et d'écoute bienveillante* » par laquelle « *accepter l'autre comme un Tu, c'est aussi accepter l'expression des sentiments négatifs qu'il peut avoir* », permettant ainsi « *l'expression des sentiments négatifs, (pour rendre) possible l'acceptation par le client du fait que ces sentiments existent en lui, ce qui lui évite de les projeter sur les autres, ou de les dissimuler par des mécanismes de défense* »⁷⁴⁴ et de déceler les véritables intérêts de chacun, dissimulés derrière des positions initiales. Une technique qui s'utilise de manière complémentaire avec celle de la reformulation, un concept du même auteur qui encourage à la compréhension mutuelle. Il s'agit d'une « *reformulation élargie qui permet de simplifier la compréhension du problème, de vérifier que l'on est bien sur la même longueur d'onde et repartir vers la solution* »⁷⁴⁵ permettant, dans le cadre du droit collaboratif se s'assurer que chacun écoute et comprend l'autre. Une reformulation « *perroquet* » qui va consister à reprendre ce qui est dit durant les séances de chaque étape du processus collaboratif et permettre ainsi à la fois d'acter des ressentis pour créer un lien de confiance, et les éléments marquant l'avancée des négociations, pour pouvoir progresser dans la découverte des intérêts de chacune des parties. Un outil nécessaire dans la recherche d'une solution en ce qu'il permet d'éviter les difficultés relatives à des situations de *quiproquo* conduisant à de faux accords, ainsi qu'en éliminant, au fil des séances, les mauvaises connotations qui auraient pu être formulées à l'occasion de déclarations négatives lors des rencontres, pour rendre les débats neutres et apaiser les relations entre les parties. Des techniques qui, toutes, visent à parvenir à une solution mutuellement bénéfique pour chacune des parties quant à la résolution de leur différend, tant technique que relationnel ; un accord qui, quant à lui, emprunte également aux techniques des modes amiables de résolution des litiges quant à sa formalisation juridique.

⁷⁴⁴ R. DAVAL, *Les fondements philosophiques de la pensée de Carl Rogers*, in *Approche Centrée sur la Personne. Pratique et recherche*, 2008, Vol. 8, n° 2, p. 5.

⁷⁴⁵ G. OSTERMANN, *Vers une alliance thérapeutique ... Pour un succès thérapeutique*, in *Diabète et obésité*, décembre 2017.

B. UNE FORMALISATION JURIDIQUE SIMILAIRE DE L'ACCORD OBTENU

Conformément aux modes amiables de résolution des différends, le processus de droit collaboratif s'achève, pour formaliser le travail de négociation qui s'est tenu durant les différentes étapes, par la rédaction d'un acte contenant, entre autres mais principalement, la solution obtenue par les parties, le résultat de ladite négociation, mettant fin au litige. Matériellement, « à la fin du processus, une entente est rédigée par les avocats et signée par les parties et leurs conseils (; et) à la demande de celles-ci, les avocats présenteront, le cas échéant, l'accord au juge compétent »⁷⁴⁶ pour en obtenir l'homologation et l'efficacité qu'elle lui confère.

En l'absence de pouvoir juridictionnel, le droit collaboratif ne peut se solder par l'adoption d'une sentence impérative tel que se conclut une procédure arbitrale, mais seulement par une convention sous seing privé. Il s'avère que, généralement, à l'image des MARD, « l'accord global qui a été trouvé lors du processus collaboratif prend la forme entre les parties d'une convention reposant sur des concessions réciproques et éclairées » dont les avocats « garantissent le respect par les parties, et dans le cadre de leurs engagements réciproques, des bonnes mœurs et de l'ordre public »⁷⁴⁷, autrement le processus s'achève par la rédaction d'une **convention transactionnelle**. Bien qu'en théorie, le droit collaboratif ne repose pas exactement sur les mêmes principes, la transaction relevant d'avantage d'une négociation sur position concédant des concessions réciproques par « marchandage » de chacune des parties de leurs positions réciproques, alors que le droit collaboratif prône une recherche de solution commune satisfaisant les intérêts sous-jacents de chacune des parties, en pratique la rédaction d'une transaction ne pose pas de difficulté particulière. En effet, qu'elles soient issues de la négociation sur position ou de la négociation raisonnée, au final, les parties se concèdent des concessions réciproques qui, peu importe le travail de fond et la qualité de ces concessions, tant qu'elles satisfont à l'intérêt mutuel des parties, rendent l'accord trouvé durant le processus de droit collaboratif conforme aux conditions de fond posées pour la transaction par l'article 2044 du

⁷⁴⁶ AVOCATS.BE, *A propos du droit collaboratif ...*, in *Avocats.be*, 6 janvier 2014.

https://avocats.be/sites/default/files/texte_collaboratif_0.pdf.

⁷⁴⁷ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

Code civil, du moins pour des différends dont les parties ont la libre disposition de leurs droits, ce qui ne pose généralement pas de difficulté en matière commerciale. Par ailleurs, il s'avère que le processus peut également se clôturer par *la rédaction d'un acte authentique* dès lors que l'objet du différend le permet. Une option qui peut être intéressante au regard, à défaut de recouvrir la reconnaissance accordée aux sentences arbitrales dans le monde par une majorité d'ordres juridiques internes, d'obtenir une reconnaissance accrue de l'acte, et donc de l'accord obtenu par les parties, du moins dans le cadre de conflits transnationaux européens. En effet, en raison de ses caractéristiques intrinsèques, le droit collaboratif connaît un développement exponentiel qui en fait un outil juridique particulièrement performant pour répondre aux difficultés soulevées par les conflits internationaux. Dans ce sens, bien que la concrétisation soit encore inachevée, de nouveaux instruments, notamment européens, sont en cours d'élaboration pour encourager le recours aux MARD par un principe général validant le principe d'une reconnaissance interétatique des actes authentiques ou des transactions judiciaires, autrement dit homologuées, obtenus en dehors d'un procès judiciaire. Tel est le cas, par exemple, du « *projet sur les Jugements* » qui fait référence au travail entrepris par la Conférence de La Haye sur deux aspects majeurs du droit international privé dans le cadre des contentieux transfrontières en matière civile et commerciale, la compétence internationale des tribunaux et la reconnaissance et l'exécution de leurs décisions à l'étranger, visant les transactions judiciaires homologuées internes et internationales, qui contrairement aux actes authentiques ne disposent pas automatiquement de la force exécutoire⁷⁴⁸. Dans l'attente de la concrétisation de ces nouveaux instruments de reconnaissance des accords conventionnels issus du processus collaboratif, et bien généralement des MARD, un premier pas a été réalisé par le droit communautaire européen, lequel reconnaît déjà les décisions en matière familiale, la reconnaissance en matière commerciale ne devrait que suivre⁷⁴⁹. À défaut, le processus de droit

⁷⁴⁸ M. DE FONTMICHEL, *Les projets d'instruments internationaux sur la reconnaissance et l'exécution des accords amiables*, in *L'accord amiable : et après ?*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.

⁷⁴⁹ Voir sur ce point : l'arrêt CJCE du 17 juin 1999, Unibank, aff. C-260/97 quant à la définition et aux conditions relatives à la qualification de l'acte authentique ; Règl. CE n°2201/2003 du Conseil, 27 nov. 2003, dit Bruxelles II bis, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.

collaboratif, du moins lorsque les parties et leurs conseils recourent à un acte transactionnel, se clôture généralement par une homologation ; une formalité réintégrant ainsi le processus dans le système judiciaire qui s'en détachait totalement jusqu'alors. En conséquence, le juge est alors saisi par la partie la plus diligente ou l'ensemble des parties à la transaction, conformément aux articles 1565 à 1568 du Code de procédure civile, pour obtenir l'homologation de leur accord aux fins de le rendre exécutoire. Le juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée, ne pouvant modifier les termes de l'accord, va opérer un simple contrôle du respect des conditions de validité tenant à la qualification de l'acte qui lui est soumis, notamment la présence de concessions réciproques équilibrées, cela dans le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs ; des éléments qui ne posent, en principes, pas de difficulté grâce aux garanties qu'offrent la participation engagées des avocats spécialement formés respectifs de chaque partie et le suivi d'un processus collaboratif préétabli.

PARAGRAPHE 2ND : LE PROCESSUS COLLABORATIF : UN RÉGIME JURIDIQUE PUREMENT CONTRACTUEL VISÉ DANS LA CHARTE COLLABORATIVE

La charte collaborative. Un instrument primordial du droit collaboratif en ce qu'il va constituer le régime juridico-conventionnel auquel sera soumis le processus collaboratif qui sera mis en œuvre par les parties et leurs avocats quant à la résolution du différend ; un véritable régime juridique conventionnel qui va recueillir les engagements respectifs des parties et de leurs avocats dans la conduite et le suivi dudit processus collaboratif, ces derniers s'obligeant à en respecter les différentes dans le cadre des principes qui le régissent et, notamment pour les avocats, à en assumer l'échec éventuel.

I. LE SUIVI D'UN PROCESSUS COLLABORATIF PRÉÉTABLI SPÉCIFIQUE

Un adage exprime l'idée selon laquelle *le plus important, ce n'est pas l'arrivée mais le chemin* ; une évidence d'autant plus vraie en ce qui concerne le processus de droit collaboratif puisque l'acte final, qui va constituer l'accord obtenu par les parties et mettre officiellement fin au différend, ne fait, en fin de compte, que formaliser le chemin que les parties, lors des sessions de négociation, auront parcouru dans la résolution participative de leur litige. Un chemin qui se matérialise par un processus ; autrement dit, par un enchaînement de faits, une suite continue d'opérations, d'actions constituant la manière de faire, d'un groupe à se comporter suivant un

certain déroulement, un schéma précis en vue de l'obtention d'un résultat particulier⁷⁵⁰. Il s'avère effectivement que la négociation en droit collaboratif se déroule en plusieurs étapes, prédéfinies au terme du contrat établi entre les parties, lesquelles sont conduites et encadrées par les avocats, également signataires du contrat susvisé. La négociation « *dans le processus de droit collaboratif consiste à trouver en transparence et de bonne foi une solution dégagée par les parties à l'aide de leurs avocats respectifs, lors de rencontre de règlements à quatre qui soit acceptable pour les deux parties et pérenne* »; un travail d'équipe, comptant chacune des parties et leurs conseils, « *dans un cadre structuré et hors de la menace d'une saisine judiciaire créait une dynamique propre et très puissante (, ces derniers pouvant) s'adjoindre, en cas de besoin, les services d'un tiers* », notamment un pour éclairer les parties dans leur prise de décision⁷⁵¹. Bien qu'en tant que processus conventionnel, les parties restent, théoriquement, libres de l'organisation du processus collaboratif qu'elles souhaitent mettre en œuvre ; bien qu'en pratique, notamment en raison de l'obligation spécifique de formation des avocats en matière de droit collaboratif, les professionnels se cantonnent à l'organisation d'un processus préétabli ayant vocation à s'appliquer de manière générale. Dans ce sens, le processus collaboratif est construit de façon à ce que les participants suivent une progression, dans leurs relations et donc dans la négociation qui est conduite, à travers une série d'étapes, organisées via des réunions à quatre, des « **rencontres de règlement** », fixées selon un calendrier aménagé contractuellement. L'idée sous-jacente « *est qu'une discussion préliminaire et approfondie des objectifs d'abord individuels, puis communs, constitue toujours une étape essentielle avant que ne puissent être envisagées diverses options puis solutions* »⁷⁵²; le principe est, encore une fois, intrinsèquement celui de la négociation raisonnée, visant à rétablir le dialogue et la communication entre les parties aux fins d'établir une atmosphère, sinon de confiance, du moins apaisée permettant d'approfondir les discussions à la recherche des intérêts poursuivis par les parties. Pour cela, le processus doit prévoir des étapes construites et réfléchies, permettant de mettre en œuvre cette

⁷⁵⁰ Processus. *LAROUSSE*, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>.

⁷⁵¹ ÉDITORIAL, *Tout savoir sur le processus de droit collaboratif, son utilisation et le processus*, in *Avocats Barreau - Paris*, 28 décembre 2017, <http://www.avocatparis.org/le-processus-de-droit-collaboratif>.

⁷⁵² N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

phase de « sas d'expiation » des tensions et des émotions conflictuelles pour rétablir le lien relationnel entre les parties ; et cela fait, d'entrer plus paisiblement dans la phase de discussions et de négociation tenant à la résolution du différend *per se*. Cette série d'étapes va consister en neuf rencontres, ayant chacune un objet prédéfini, et organisée selon un calendrier fixé préalablement dans le contrat collaboratif que les parties et leurs avocats s'engagent à respecter consciencieusement, comme suit :

(1) **Étape 1 : La première réunion individuelle entre l'entreprise et son avocat dont l'objet est l'information et l'évaluation**, notamment du différend :

Cette étape est l'occasion d'établir des bases de la relation entre l'entreprise et l'avocat, spécialisé et formé en droit collaboratif, choisi par celle-ci. Il va s'agir, pour l'entreprise, d'exposer la situation litigieuse qui la conduit à vouloir entamer un processus collaboratif, ou a priori à vouloir recourir à un mode de résolution des différends, l'avocat lui conseillant ensuite la procédure adaptée. Si l'avocat estime que la situation et le différend peuvent se prêter au recours à un processus collaboratif qui permettrait à l'entreprise de résoudre adéquatement ses difficultés et évaluer si celle-ci présente l'état d'esprit nécessaire à ce type de processus. Et, le cas échéant, l'avocat optant pour le droit collaboratif, pourra présenter à l'entreprise les tenants et les aboutissants du processus, éventuellement en lui remettant des documents descriptifs aux fins que l'entreprise puisse proposer ce mode de résolution des différends à l'autre partie litigieuse, voir lui remettre une liste des avocats spécialisés, chacune devant être respectivement représentée par un avocat collaboratif pour suivre le processus.

(2) **Étape 2 : La prise de contact avec l'avocat de l'autre partie** :

Cette étape va consister, une fois que l'entreprise et l'autre partie litigieuse décident communément de recourir au processus collaboratif, pour les deux avocats à opérer une première prise de contact mutuelle afin d'établir le dialogue et d'amorcer les échanges, initiant le travail d'équipe qui devra s'opérer pour la suite des événements ; par exemple, entamer de manière informelle les discussions relatives à l'objet du différend opposant leur client et la nécessité, ou non, de faire appel à des tiers-experts. Ils vont, notamment, pouvoir commencer à fixer un calendrier, du moins organiser la première réunion dite « *rencontre de règlement* » qui

rassemblera les 4 participants, que ce soit en termes de date, de lieu de rencontre, les documents à apporter ou transmettre, et autres modalités.

(3) ***Étape 3 : Une réunion individuelle de l'entreprise avec son avocat en vue de la préparation de la première « rencontre de règlement » :***

Cette étape est essentielle dans le sens où c'est à cette occasion que l'avocat va expliquer précisément à l'entreprise, entendue comme représentée par son dirigeant ou tout autre représentant mandaté pour cette opération, les principes tenant au processus collaboratif et notamment, la nécessité d'appréhender ce processus de manière ouverte aux techniques de la négociation raisonnée, respectant le principe de bonne foi, de transparence dans la communication des informations utiles et de recherche des intérêts de chacun par la coopération. L'entreprise se verra, en principe, expliquer précisément le processus qui va être mis en œuvre, son rôle dans les différentes étapes afin qu'elle y participe efficacement. C'est également l'occasion pour l'entreprise et son avocat de faire un point plus approfondi sur le différend lui-même, la relation litigieuse opposant les parties, les attentes et les besoins de l'entreprise, sur les informations à échanger avec l'autre partie ; cela afin de prédéterminer les différentes questions qu'il sera nécessaire de soulever lors de la rencontre de règlement.

(4) ***Étape 4 : L'avocat contactera éventuellement son confrère pour faire un retour sur la première discussion qu'il a tenu avec l'entreprise*** concernant l'étape 3, et inversement pour l'avocat de l'autre partie au différend :

Chaque avocat collaboratif ayant préalablement fait un point avec la partie qu'il représente, durant l'étape n°3 ; chacun d'entre eux détient d'avantage d'informations et d'éléments à propos du différend et de la relation litigieuse opposant leur client. Ils vont ainsi pouvoir faire un point plus détaillé de la situation, peaufiner le calendrier du processus collaboratif en fonction de la volonté et de la disponibilité de leur client, la nécessité effective, après discussion avec les parties, d'un recours à des tiers ou non, etc.

(5) ***Étape 5 : La première « rencontre de règlement » rassemblant les quatre participants :***

Après les quatre étapes préalables qui constituent une préparation au processus, les parties sont enfin plongée au cœur de l'action et vont commencer à travailler ensemble pour une

négociation coopérative durant cette première « *rencontre de règlement* ». Une réunion à quatre durant laquelle les avocats présenteront à nouveau, de manière détaillée le processus collaboratif, les parties pourront, quant à elle expliquer leur choix d’y recourir et se faire préciser certains éléments complémentaires à ce propos. C’est également à cette occasion que les participants vont signer la charte collaborative, après en avoir reçu la lecture et les informations nécessaires à sa pleine compréhension, afin de pouvoir parfaitement commencer le processus. Dès lors que les parties et leurs avocats ont signé la charte collaborative, la négociation visant la résolution du différend peut commencer mais pas de n’importe quelle manière ; l’objectif de cette première rencontre se borne à fixer et identifier les sujets que les parties litigieuses désirent régler ainsi que leur ordre de priorité respectif, permettant ainsi de fixer l’ordre du jour de la prochaine réunion, relevant prioritairement des préoccupations immédiates. Cette première rencontre de règlement est essentielle dans le sens où elle constitue une première prise de contact entre les avocats et les parties adverses et permet d’apaiser la situation litigieuse en rassemblant les parties, le fait que celles-ci parviennent à se mettre d’accord sur l’organisation du processus peut contribuer à dénouer certaines tensions et à tendre vers le rétablissement du dialogue, leur démontrant que leur relation n’est pas vouée à l’échec. Par ailleurs, il est possible qu’un sentiment de frustration quant à l’avancée des négociations conclut cette première réunion ; mais il est essentiel pour l’entreprise de comprendre, malgré le fait que la résolution du différend n’ait pas directement avancé, que le processus nécessite de laisser le temps aux choses et de respecter les différentes étapes permettant de faire décanter la situation litigieuse.

(6) ***Étape 6 : Une réunion individuelle de « debriefing » entre l’entreprise et son avocat collaboratif :***

Durant cette étape, il va s’agir pour l’entreprise et son avocat de faire un point sur l’étape précédente, la première rencontre de règlement, et de lui faire part de ses impressions, commentaires, voir incompréhensions. L’entreprise pourra notamment se faire préciser des éléments sur la conduite du processus collaboratif si des interrogations persistent, apprécier et réfléchir sur les points à améliorer, de décider du nombre de rencontres que l’entreprise estime nécessaire pour préparer la prochaine réunion, les points qu’il sera nécessaire d’y aborder, les questions à résoudre, etc ; mais également, et ce point ne doit pas être négligé dans le cadre du

processus collaboratif, de l'approche juridique de la situation litigieuse et de la réponse qu'il est possible d'apporter légalement au différend afin de s'orienter vers une négociation efficace.

(7) **Étape 7 : Réunion de « debriefing » entre les avocats collaboratifs :**

Cette étape va permettre aux deux avocats d'échanger à propos du debriefing réalisé par chacun d'entre eux respectivement avec la partie qu'ils représentent, de faire valoir les commentaires de leurs clients sur le processus et d'envisager les suites à donner à la négociation pour initier la recherche d'une solution au différend.

(8) **Étape 8 : Des rencontres de règlement intermédiaires et subséquentes :**

Le processus collaboratif poursuit son cours avec l'organisation et la mise en œuvre de rencontres de règlement intermédiaires et subséquentes, le nombre de réunion que les parties estiment nécessaires pour traiter de l'entier différend qui les opposait initialement jusqu'à la résolution globale et finale de celui-ci. Durant ces différentes rencontres, les parties et leurs avocats travailleront ensemble à déterminer les intérêts de chacune des parties et concourront à la recherche d'une solution optimale mutuellement satisfaisante résolvant chacune des questions soulevées durant le processus suivant une méthode qui s'appliquera durant chaque rencontre de règlement : « *définition de la question à résoudre, obtention et échange de l'information nécessaire à la résolution de la question, identification des intérêts, définition des principes, critères et objectifs, détermination des options, évaluation des options, aide des avocats aux parties à faire leurs propres choix* »⁷⁵³. Chaque réunion doit se terminer par des récapitulatifs mettant en lumière les points de succès de manière à établir chez l'entreprise et l'autre partie « *un sentiment de confiance et de compétence qui leur sera utile lorsqu'il s'agira d'affronter les problèmes plus difficiles* »⁷⁵⁴ afin que chacun reste motivé, coopératif et confiant dans le processus.

⁷⁵³ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁷⁵⁴ Voir sur ce point : C. BUTRUILLE-CARDEW et P.H. TESLER, *Les modes amiables de règlement des litiges en matière familiale*, Maison du barreau, 2006.

(9) **Étape 9 : Le règlement du différend et la fin du processus :**

Cette ultime étape, et qui ne doit pas être négligée, consiste en la rédaction d'un document par les avocats ayant pour objet de formaliser la solution portant résolution globale du différend qui opposait les parties. A l'image des accords rédigés dans le cadre d'un MARD dont il a été question précédemment, cette étape mérite toute l'attention des rédacteurs et des parties pour déceler les éventuels risques, difficultés ou tournures de phrase qui peuvent impacter l'accord initialement obtenu par les parties. Une fois que le consentement éclairé de chacune d'entre elles est assuré, après relecture de l'acte par les parties, tous les intervenants signent l'accord et lui octroient, ainsi, toute son efficacité ; bien qu'il soit possible, si nécessaire, que les parties soumettent celui-ci aux formalités d'homologation par le juge.

Toutes ces étapes⁷⁵⁵, chacune étant nécessaire à la conduite et au succès du processus collaboratif, doivent se dérouler conformément aux engagements contractuels pris les parties et leurs avocats.

II. L'ENCADREMENT CONTRACTUEL DU DROIT COLLABORATIF : L'ADHÉSION DE TOUS LES PROTAGONISTES À LA CHARTE COLLABORATIVE

Le droit collaboratif est un processus spécifique, rassemblant les parties litigieuses et leurs avocats collaboratifs, pour lequel chacun s'engage conventionnellement ; tantôt de s'obliger à la recherche d'une solution négociée sans recours juridictionnel au prisme des principes de la négociation raisonnée pour les parties souhaitant recourir à ce processus, tantôt dans le cadre d'un mandat spécifique, limité et exclusif se limitant au conseil à la négociation pour les avocats collaboratifs.

A. L'ENGAGEMENT DES PARTIES AU PROCESSUS COLLABORATIF

Avant même de se lancer dans les négociations, les parties, ainsi que leurs avocats collaboratifs doivent s'engager conventionnellement dans un tel processus afin de s'obliger aux règles, exclusivement soumises à la loi contractuelle, et ainsi au droit commun des contrats qui va régir la convention. Un tel engagement va se formaliser par la signature, par tous les participants, de

⁷⁵⁵ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

la Charte collaborative, document recelant les principes essentiels du processus collaboratif, ainsi que d'un accord de participation, avant de pouvoir mettre en œuvre le processus de négociation afin de s'assurer que les parties ont bien compris, et adhèrent aux principes et règles du droit collaboratif. Matériellement, « *ce contrat, parfois appelé « accord de participation » ou « contrat collaboratif » contient l'engagement des parties et de leurs avocats à rechercher de bonne foi, lors de rencontres successives à quatre, une solution négociée reposant sur la satisfaction des intérêts mutuels des parties, si nécessaire avec l'aide de tiers experts neutres, amiablement et conjointement choisis par les parties* »⁷⁵⁶. En effet, via cet engagement contractuel, les parties confirment leur intention de participer au processus collaboratif conformément aux principes qui le régissent et sont nécessaires au bon déroulement de son fonctionnement. Il advient que si le droit collaboratif ne connaît pas, du moins pour l'instant, de consécration par les textes, les parties et leurs avocats collaboratifs sont tenu au respect d'un régime juridique conventionnel qui vient s'appliquer dans le cadre du processus collaboratif qui se matérialise par référence, non à tel ou tel texte de loi, celle-ci étant muette sur le sujet, mais en vertu de la Charte collaborative. Un tel régime conventionnel est reconnu, en l'espèce, par la jurisprudence⁷⁵⁷ et encadré, conformément à sa qualification par le droit commun s'appliquant aux conventions, à savoir les articles 1101 et suivants du Code civil relatif au contrat, notamment les dispositions relatives aux conditions de validité de la convention. Les obligations contractuelles engageant ainsi les parties, constituant ainsi le régime juridique applicable au processus collaboratif auquel elles ont recours, consiste principalement en la recherche d'une solution négociée sans recours juridictionnel, sauf accord postérieur. Une solution qui doit, pour répondre à l'objet du processus collaboratif, acceptable et mutuellement bénéfique pour chacune des parties, l'entreprise devant parvenir à négocier un accord de façon à ce qu'il soit conforme à ses propres intérêts, mais également ceux de l'autre partie afin que la solution soit communément bénéfique. Par ailleurs, les parties s'engagent, durant le déroulement du

⁷⁵⁶ B. DESARNAUTS, *Cycle une autre justice civile ? L'avocat et le droit collaboratif*, in *La semaine juridique*, Édition générale, 1^{er} septembre 2014, Vol. 914, n° 36, p. 1562.

⁷⁵⁷ Cour de cassation, Chambre mixte, 14 févr. 2003, n°00-19.423 et 00-19.424, bull. ch. Mixte, n°1 ; Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 27 janvier 2004, n°00-22.320, bull. civ. I, n°23 ; Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 30 oct. 2007, n° 06-13.366, bull. civ. I, n°329.

processus collaboratif à ***se conformer aux principes de la négociation raisonnée en adoptant un comportement permettant la recherche d'une telle solution.*** Cela va consister notamment, à s'appliquer de mettre en œuvre une communication respectueuse et courtoise envers l'autre partie, excluant l'utilisation de termes dénigrants ; à employer les techniques d'écoute active et de reformulation en positivant les échanges ; en adoptant une attitude coopérative et respectueuse de l'environnement d'échange de tous les parties, mais également de manière individuelle, de chaque partie ; de faire preuve de coopération et d'honnêteté lors de la négociation, dans la délivrance réciproque d'information et des instructions données aux éventuels tiers sollicités aux fins de permettre l'avancée et le succès de la négociation, que les informations soient financières ou relevant de la sphère privée en raison du principe de confidentialité renforcée garantie par le processus collaboratif. Il est nécessaire de comprendre que ces engagements sont nécessaires au déroulement du processus, lequel est orienté vers l'avenir et la recherche d'une solution pérenne ; pour cela, il ne faut pas omettre que la solution doit inscrite, bien que le processus soit totalement conventionnel, dans un cadre légal afin de garantir son efficacité et une certaine sécurité juridique à l'accord. Dans ce dessein, les parties et, une fois encore, leurs avocats collaboratifs, vont s'engager à observer deux obligations particulières qui sont ***le respect d'une confidentialité renforcée, ainsi que l'instauration d'un climat de confiance par l'adoption d'une certaine transparence.*** Une confidentialité renforcée dans le sens où elle est doublement assurée ; une première fois grâce au secret professionnel qui régit à la fois la relation client-avocat et les avocats entre eux, ceci faisant qu'aucune des parties ne sera en mesure d'utiliser les correspondances échangées entre les avocats ou avec leurs avocats ; et dans une seconde mesure par le biais de la clause de confidentialité contenue dans la charte collaborative au terme de laquelle toutes les informations échangées (documents, rapports, notes, etc) durant le processus collaboratif sont et demeurent confidentielles, une clause qui reçoit le consentement et la signature de tous les participants au processus collaboratif. Par ailleurs, cette confidentialité renforcée va permettre de mieux mettre en œuvre la seconde obligation qui consiste à négocier de manière transparente. Autrement dit, afin de parvenir à un accord solide reposant sur de bonnes bases, il est nécessaire que les parties que les parties soient en mesure de négocier librement et sans retenue, évitant notamment les difficultés futures relatives à un accord établi sur un consentement vicié. L'obligation de transparence doit s'entendre de manière large du concept légal d'information pertinente dans le sens où le

processus collaboratif permet d'aborder tout autant des sujets techniques portant sur le différend lui-même que les difficultés relationnelles et personnelles des parties, néanmoins il convient de le limiter aux informations pertinentes et utiles à la résolution du différend. L'intérêt d'un tel processus collaboratif pour les petites et moyennes entreprises étant de construire une négociation sur la base d'informations avérées et pertinentes, dont la révélation est protégée, afin que les parties négocient une solution globale non viciée et pérenne, résolvant ainsi le différend technique qui les opposait tout en apaisant et préservant les relations pour l'avenir. Les autres avantages, qui ne peuvent être négligés, consiste en l'accès à un processus totalement conventionnel, donc confidentielle et adaptable aux besoins de l'entreprise, le tout sur une durée plus que raisonnable, le processus se déroulant habituellement sur une durée de trois à douze mois⁷⁵⁸, le tout pour des coûts abordables, les seuls frais étant la rémunération des avocats collaboratifs respectifs de chaque partie, et éventuellement des tiers experts intervenant. L'opportunité du développement en France du processus collaboratif, que ce soit pour des différends nationaux ou internationaux, et pour les PME de s'en saisir, est indéniable ; il s'agirait probablement de sensibiliser à la fois les professionnels du droit, mais également les entreprises à ce mode de résolution des différends, économiquement à leur portée, et qui résout les différends tout en participant à la restauration et à la pacification des relations sociales, et dont le taux de réussite est de 98% d'après les chiffres du Barreau de Paris⁷⁵⁹.

B. L'ENGAGEMENT DES AVOCATS AU PROCESSUS COLLABORATIF

Bien que les avocats s'engagent professionnellement envers chacun de ses clients, envers chacune des affaires qu'il traite au cours de sa carrière, le fondement de cet engagement n'est pas le même qu'en matière de droit collaboratif. Généralement, l'avocat est tenu au respect d'un certain nombre de règles dites déontologique lui sont imposées par sa profession ; en revanche, l'avocat collaboratif va, quant à lui, prendre d'avantage d'engagement qu'il en prendrait traditionnellement dans le sens où il s'implique autant, bien que différemment, que l'entreprise

⁷⁵⁸ B. DESARNAUTS, *Cycle une autre justice civile ? L'avocat et le droit collaboratif*, in *La semaine juridique*, Édition générale, 1^{er} septembre 2014, Vol. 914, n° 36, p. 1562.

⁷⁵⁹ ÉDITORIAL, *Tout savoir sur le processus de droit collaboratif, son utilisation et le processus*, in *Avocats Barreau - Paris*, 28 décembre 2017, <http://www.avocatparis.org/le-processus-de-droit-collaboratif>.

dans le processus. Tous les documents, de la charte collaborative introduisant le processus à l'acte formalisant l'accord obtenu par les parties, comportent la signature de l'avocat collaboratif qui s'engage contractuellement aux obligations contractuelle le concernant directement ; entre autres, celle de garantir qu'il dispose d'une formation préalable spécialisée en droit collaboratif, de garantir le bon déroulement du processus, mais également de se désister quant à la poursuite juridique de l'affaire avec son client en cas d'échec du processus.

1) L'ENGAGEMENT PAR L'OBLIGATION D'UNE FORMATION PRÉALABLE

L'une des spécificités du droit collaboratif est que - contrairement aux MARD et à l'arbitrage pour lesquels, bien que les parties aillent évidemment préférer des professionnels expérimentés, celles-ci restent libres de choisir le professionnel qui va conduire la procédure, qu'il soit juridique ou expert dans le domaine touchant à la technicité du différend, - les parties sont exclusivement accompagnées par un avocat formé en droit collaboratif. En effet, la mise en œuvre du processus collaboratif « *nécessite obligatoirement une formation préalable pour permettre de maîtriser ces techniques et de dégager, selon les caractéristiques propres à chaque différend, les critères de choix de la solution la mieux appropriée pour mettre un terme au litige* »⁷⁶⁰. Telle est notamment l'exigence inscrite par exemple, dans la charte collaborative de l'AFPDC (Association Française des Praticiens du Droit Collaboratif) qui dispose que : « *D'après les critères de l'AFPDC, l'avocat collaboratif doit avoir suivi au minimum les 30 (trente) heures de formation initiale au processus collaboratif et s'oblige à participer, au moins quatre fois par an, au travail d'un groupe de pratique collaborative qui assure une formation continue* »⁷⁶¹. Il en résulte, qu'à défaut de pouvoir justifier d'une formation, l'avocat ne pourra ni se présenter ni agir comme avocat collaboratif.

2) L'ENGAGEMENT D'UNE CONDUITE RESPONSABLE DU PROCESSUS

Dans le cadre d'un processus de droit collaboratif, le rôle de l'avocat se distingue de celui qu'il tient traditionnellement. En effet, les avocats collaboratifs sont les garants du bon

⁷⁶⁰ B. DESARNAUTS, *Cycle une autre justice civile ? L'avocat et le droit collaboratif*, in *La semaine juridique*, Édition générale, 1^{er} septembre 2014, Vol. 914, n° 36, p. 1562.

⁷⁶¹ Voir sur ce point : AFPDC, *Charte collaborative*, <http://www.droit-collaboratif.org>.

déroulement du processus dans le sens où, « *de manière générale, (...) ils encadrent le processus, veillent à sa mise en œuvre de bonne foi et au respect des bonnes mœurs et de l'ordre public* » aux fins d'assurer une négociation juridiquement efficace. Cela tout en fournissant un environnement sans risque en s'engageant « *à mettre en œuvre les moyens propres à permettre aux clients de résoudre les différends qui les opposent au moyen d'un véritable travail d'équipe, en agissant de manière constructive sans recourir au tribunal autrement que pour faire homologuer les solutions qui ont été mises en place* »⁷⁶². Contrairement à son rôle habituel, dans le cadre d'un processus collaboratif, l'avocat est au cœur du processus qu'il mène et anime ; c'est le seul mode alternatif de règlement des litiges qu'il peut mener en sa qualité d'avocat d'un bout à l'autre du processus lui permettant de s'investir totalement et de disposer d'une marge de manœuvre pour offrir à ses clients un moyen de parvenir à des accords sur mesure et durables, tant sur le conflit lui-même que sur la relation entre les parties litigieuses. Pour cela, il doit veiller à ce que le conflit et les parties se prêtent aux principes du processus collaboratif, notamment en s'assurant que la situation ne présente pas un fort potentiel conflictuel qui ne conviendrait pas ; intervenir au soutien de la négociation, que ce soit en discutant avec son client pour l'aider à rechercher ses besoins et ses intérêts sous-jacents, mais également pour aider les parties à communiquer et débloquer les impasses, notamment par les méthodes d'écoute active et de reformulation ; il peut également aider les parties à la négociation en générant des options créatives auxquelles celles-ci n'auraient pas pensé pour résoudre leurs difficultés ; et enfin, s'atteler de manière consciencieuse à la rédaction et aux modifications de l'accord final conformément aux négociations des parties.

3) UN PLEIN ENGAGEMENT DANS LE PROCESSUS : L'OBLIGATION DE DÉSISTEMENT EN CAS D'ÉCHEC

La charte collaborative de l'AFPDC stipule que : « *Les avocats ayant participé au processus collaboratif ont l'obligation de se retirer en cas d'échec ou d'abandon du processus collaboratif. Les avocats concernés ne pourront donc plus assister leurs clients dans le cadre*

⁷⁶² N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

d'une autre négociation ou d'un éventuel contentieux judiciaire ayant un lien direct ou indirect avec l'objet du différend »⁷⁶³. Et effectivement, particularité unique, « dans le cadre de ce processus, les avocats sont mandatés exclusivement pour une mission de conseil et de dialogue, et en aucun cas pour une mission judiciaire » dans le sens où « ils devront se retirer en cas d'échec du processus et c'est précisément cette obligation librement consentie au préalable de se retirer qui va favoriser un climat de confiance et de dialogue entre les quatre partenaires qui vont cesser de considérer l'avocat d'une des deux parties comme un ennemi potentiel en cas d'impossibilité d'aboutir à un accord transactionnel »⁷⁶⁴. En effet, les avocats collaboratifs, chacun d'entre eux devant agir indépendamment de l'autre et s'engager à coopérer dans le cadre d'obligations respectives de transparence et de confidentialité, ne pouvant continuer de représenter leurs clients sur la voie judiciaire en cas d'échec du processus amiable, les parties peuvent plus librement se confier et discuter plus aisément et honnêtement lors des négociations. Par ailleurs, il s'avère que, la procédure contentieuse n'étant dès lors plus une option, le processus collaboratif offre aux parties un espace de négociation libre, où toutes les énergies sont concentrées, non plus pour tirer avantage l'une de l'autre, mais vers la réalisation d'un objectif commun de trouver un accord amiable respectueux de chacune des parties, induisant une dynamique puissante caractérisant le processus collaboratif et redéfinissant le rôle de l'avocat dans la pacification juridique des rapports sociaux.

⁷⁶³ Voir sur ce point : AFPDC, *Charte collaborative*, <http://www.droit-collaboratif.org>.

⁷⁶⁴ B. DESARNAUTS, *Cycle une autre justice civile ? L'avocat et le droit collaboratif*, in *La semaine juridique*, Édition générale, 1^{er} septembre 2014, Vol. 914, n° 36, p. 1562.

SECTION 2^{NDE} : LA REDÉFINITION DES FRONTIÈRES DU SYSTÈME JUDICIAIRE FRANÇAIS EN MATIÈRE DE CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE

Au cours des développements précédents, nul n'a pu échapper à la constatation d'une évolution fondamentale, d'un changement de paradigme dans la conception française de la justice qui, en partie en raison de l'influence outre-Atlantique, si libéralise. Une mutation du système judiciaire qui, via une dés-implication progressive de l'État, impacte à la fois les professions juridiques que les entreprises, chacun voyant son rôle dans la gestion et la résolution du contentieux économique évoluer au prisme de la désétatisation. Ce phénomène se traduit par une libéralisation et une responsabilisation croissante des acteurs économiques et des professionnels du droit, lesquels s'impliquent d'avantage dans la gestion de leur contentieux économique pour les premiers, et voient leur champ d'intervention s'étendre et se transformer vers un système judiciaire du XXI^{ème} siècle, individualisée et modernisée. Au cœur de ce renouvellement de la Justice, les petites et moyennes entreprises, responsabilisée par de nouvelles obligations de prévention et d'implication dans la gestion et la résolution participative de son contentieux économique, doit s'adapter à l'évolution de l'office de ses différents interlocuteurs juridiques. En effet, tant l'avocat que le juge voient leurs attributions et leur champ d'intervention évoluer au gré de la libéralisation de la Justice. Si l'avocat devient peu à peu un interlocuteur privilégié de l'entreprise dans la résolution directe des différends, ne se limitant plus seulement à la défense d'intérêts particuliers mais œuvrant directement, et activement, pour la pacification des rapports sociaux. Le juge, quant à lui, bien qu'il reste l'entité institutionnelle chargée de rendre la justice, voit son office évoluer et se recentrer au prisme de l'extension du rôle juridictionnel de l'avocat, devenant une institution de 2nd degré, gardien du respect des règles de droit, à posteriori de la résolution amiable ou alternative de leurs différends par les acteurs économiques et leurs auxiliaires de justice.

PARAGRAPHE 1^{ER} : L'INSTITUTION D'UN SYSTÈME JUDICIAIRE DE L'AVOCAT-JUGE DANS LA RÉOLUTION DU CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE

« La Troisième République a souvent été surnommée la République des avocats. Aujourd'hui, elle dispute ce titre avec notre Cinquième République où les avocats règnent en maître non seulement dans les Palais de Justice, mais plus encore dans les Palais de

*République. Quant aux autres professions du droit, elles pourront toujours méditer cette pensée d'Yvan Andouard : « Les privilèges dont on ne bénéficie pas sont absolument inadmissibles »*⁷⁶⁵. Au cœur de la transformation du système judiciaire, vers la promotion d'une nouvelle ère procédurale en faveur de la contractualisation de la justice, le nouvel acteur privilégié de la résolution des différends ne sera plus le juge, lequel recevait les parties et leurs avocats, mais l'avocat lui-même celui-ci voyant ses attributions s'accroître, évoluer au rythme de la mercantilisation du droit et de la transformation de la profession d'avocat dans la résolution des différends de l'entreprise.

I. L'AVOCAT : LE NOUVEL ACTEUR PRIVILÉGIÉ DE LA RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE

Si au gré des réformes le fonctionnement du système judiciaire évolue et tend vers la responsabilisation des acteurs économiques dans la gestion de leur contentieux économique par le développement de la justice conventionnelle, les professionnels du droit, notamment les avocats, voient leur rôle dans la machine juridique se transformer et s'enrichir de nouveaux rouages pour une relation au contentieux et une vision de la justice reconditionnées.

A. LA RATIONALISATION DU PROCÈS : LE NOUVEAU RÔLE DE L'AVOCAT DANS LA RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE

*« Les avocats, dans le cadre de leur pratique, touchent au droit (bien sûr), mais aussi à la médecine, à l'environnement, à la nourriture, aux armements et aux logiciels, aux cigarettes et au fonctionnement des institutions, aux droits de l'homme et aux mécanismes de régulation financière : en tant que groupe, leur compétence n'est pas loin d'être universelle (...) et sont ainsi devenus les acteurs du changement social et économique »*⁷⁶⁶. Dans ce sens, le processus de désétatisation, en modifiant la structure du système judiciaire, impacte également le rôle que chacun y joue quant à la résolution des différends économiques de l'entreprise, que ce soit celui de l'entreprise qui se voit d'avantage responsabilisée dans la gestion et la participation à la

⁷⁶⁵ J. BONNARD, *Les nouveaux privilèges des avocats : fiducie, convention de procédure participative, acte privé contresigné*, 2011.

⁷⁶⁶ O. DEBOUZY, *Les avocats et le rôle du droit dans la société française*, in *La revue des Anciens Élèves de l'École Nationale d'Administration*, n° 329, février 2003.

résolution de ses litiges, mais également celui de l'avocat, conseiller juridique privilégié de l'entreprise mis en exergue par ce phénomène de dés-implication de l'État. L'avocat, « *confronté à la globalisation des services juridiques, à l'avènement du numérique, et à l'évolution à la fois de l'offre et de la demande juridiques qui les accompagnent, la profession, acteur essentiel au fonctionnement de nos sociétés démocratiques ainsi qu'à celui de la globalisation économique en marche, s'interroge - et tente* » d'adapter son office pour proposer des services au plus proche des besoins des entreprises et de la résolution efficace de leur contentieux économique⁷⁶⁷. En effet, à l'ère où l'entreprise a si facilement accès à l'information juridique, que des plateformes et des Legaltech proposent des actes prérédigés et des procédures de résolution des différends en ligne facilitées, le rôle de l'avocat auprès de l'entreprise évolue incontestablement. Si per se, « *la mission première de l'avocat, celle qui persiste depuis toujours, c'est peut-être celle du défenseur dans le judiciaire et du stratège dans le juridique ...* »⁷⁶⁸; aujourd'hui, l'avocat a acquis, grâce au développement de la justice conventionnelle, bien d'avantage de missions. Effectivement, le rôle originel de l'avocat auprès de l'entreprise consiste à défendre ses intérêts dans le cadre de son activité judiciaire, celle que le grand public connaît le mieux, se battant pour sa cliente devant les institutions judiciaires, défendant ses positions contre celles d'une partie opposée ; un auxiliaire juridique qui plaide les causes de l'entreprise devant le juge. L'avocat est un défenseur, certes, mais pas seulement, il est également un conseiller juridique et économique pour l'entreprise ; conseillant l'entreprise dans tous les actes de sa vie courante à ses projets d'innovation et d'investissement, pour l'éclairer juridiquement et lui suggérer des démarches juridiquement sécurisées afin d'éviter toute déconvenue. De manière plus précise, il s'agit pour l'avocat d'éclairer l'entreprise en lui indiquant l'étendue de ses droits, les obstacles à son exercice et éventuellement la meilleure procédure à suivre, lui incombant d'aller plus loin car celle-ci attend de lui, non seulement qu'il

⁷⁶⁷ CENTRE DE RECHERCHE ET D'ETUDE DES AVOCATS (CREA), et INSTITUT DES HAUTES ETUDES SUR LA JUSTICE (IHEJ), *Les quatre défis de l'avocat français du XXIème siècle*, 2017.

⁷⁶⁸ G. JCP AVOCATS, *La mission première de l'avocat, un défenseur dans le judiciaire et un stratège dans le juridique, 3 questions à Louis Degos, avocat à la Cour, président de la Commission Prospective du CNB*, in *La semaine juridique*, Edition générale, 5 octobre 2015, n° 41.

joue un rôle de prévention des risques juridiques et fiscaux mais aussi et surtout qu'il joue un rôle d'anticipation des difficultés juridiques éventuelles et de l'évolution des normes⁷⁶⁹ ; un rôle d'autant plus important dans un contexte de développement des techniques de management des risques juridiques. Il advient que ce sont précisément ces rôles qui connaissent aujourd'hui une évolution majeure, remaniant la place que tient l'avocat, non seulement dans la gestion, mais également dans la résolution du contentieux de l'entreprise. En effet, si l'avocat était un défenseur et un rempart face aux pouvoirs accordés aux autorités de poursuites, ainsi qu'un conseiller dans la vie et les démarches juridiques de l'entreprise, celui-ci s'engage dorénavant d'avantage dans un rôle d'auxiliaire de justice, par la prévention et la résolution des différends en tant que tiers au service d'une mission de pacification sociale. Il advient que l'avocat n'est plus aujourd'hui, dans le contexte de la désétatisation et de l'évolution du système judiciaire privilégiant le développement de la justice conventionnelle, un simple défenseur de positions individuelles mais devient un véritable protagoniste de pacification des rapports sociaux par la défense d'intérêts communs. L'avocat sort de sa chrysalide, passant du stade de défenseur de droits individuels, à un rôle d'interlocuteur juridique polyvalent qui traite la totalité de la résolution du différend. Cela dans le sens où, bien que l'avocat reste au service de sa cliente, au service de l'entreprise, l'usage progressif de la justice conventionnelle, et notamment des principes de la négociation raisonnée, celui-ci va défendre les intérêts de l'entreprise en résolvant, que ce soit en conseillant l'entreprise ou en participant directement, l'entier différend de l'entreprise ; et non seulement en défendant ses positions auprès d'une institution. La responsabilisation des acteurs du contentieux économique touche donc, non seulement l'entreprise qui s'implique d'avantage dans la gestion de ses litiges, mais également l'avocat qui voit son office de défenseur et conseiller de l'entreprise évoluer, devenant ainsi un auxiliaire de justice au service de la justice et de la paix sociale, allant bien au-delà de sa relation de clientèle avec l'entreprise et transcendant sa différence de statut et d'office envers le juge dans la résolution du contentieux. Dans le cadre du processus collaboratif, par exemple, « *les avocats sont mandatés exclusivement pour une mission de conseil et de dialogue, et en aucun cas pour*

⁷⁶⁹ R. DOSSA, *Rôle de l'Avocat dans la cité : du juridique au judiciaire*, in *Revue de l'ERSUMA*, décembre 2011.

une mission judiciaire »⁷⁷⁰; ces derniers, représentant les glissières de sécurité juridique sur l'autoroute de la justice conventionnelle, dans la gestion et la résolution contractuelle autonome de ses différends par l'entreprise. Ils deviennent ainsi des « accompagnateurs » et des « négociateurs » plaidant pour un accord commun satisfaisant des intérêts mutuels, dans le contexte d'une justice participative et coopérative plus avantageuse pour l'entreprise, pacifiant et pérennisant les relations.

B. L'ENRICHISSEMENT DE L'INTERVENTION JUDICIAIRE : RENFORCER L'AMONT DU JUGE PAR L'EXTENSION DES ATTRIBUTIONS DE L'AVOCAT

La compréhension du phénomène de désétatisation, et de responsabilisation des acteurs économiques et juridique pour une résolution participative et restaurative du contentieux économique, mérite de s'intéresser plus en détail aux implications juridiques dudit phénomène et aux instruments juridiques qui le permettent. Bien qu'il s'agisse « *pour l'instant d'une prospective qui s'inscrit dans le développement de l'amiable, encore assez anecdotique, mais qui pourrait repenser les équilibres du procès civil* » à travers une nouvelle forme d'acte de procédure, « *c'est donc plus profondément la conception du procès civil qui est en cause* ». En effet, « *la forme n'est-elle pas le fond qui remonte à la surface ?* »⁷⁷¹. Dans ce sens, si le fond se traduit par l'adoption d'une nouvelle conception du procès civil papillonnant vers une justice plus conventionnelle qu'institutionnelle, le développement de certains outils juridiques vont permettre l'expression pratique de ce nouveau paradigme judiciaire. Des instruments juridiques qui vont permettre à l'avocat d'élargir sa gamme d'attribution et lui octroient une nouvelle place dans la résolution du différend de l'entreprise ; celui-ci étant dorénavant chargé d'une mission de tentative de résolution des litiges en amont de la saisine du juge. L'enjeu étant ici de constituer une mission « pré-judiciaire » ; l'avocat ou, tout autre auxiliaire de justice en fonction des procédures amiables ou alternatives choisies par l'entreprise, se substituant ainsi à l'institution judiciaire représentée par le juge, grâce au déploiement d'une nouvelle politique de

⁷⁷⁰ B. DESARNAUTS, *Cycle une autre justice civile ? L'avocat et le droit collaboratif*, in *La semaine juridique*, Édition générale, 1^{er} septembre 2014, Vol. 914, n° 36, p. 1562.

⁷⁷¹ C. BLERY et L. RASCHEL et S. AMRANI-MEKKI, *Quarante ans après : une nouvelle ère pour la procédure civile*, Dalloz, col. *Actes*, 2016.

répartition des compétences juridiques entre les auxiliaires de justice et le juge dans la résolution du contentieux économique de l'entreprise. Ainsi, comme il n'est pas de bataille sans armes, la question qui reste en suspens est celle de déterminer la teneur de tels instruments juridiques. Ces derniers vont consister principalement en la création de nouvelles procédures, et processus, adaptés tels qu'ils ont été abordés au cours de cette contribution (modes amiables et alternatif de résolution des différends) ; mais il est également nécessaire d'aborder les moyens techniques et légaux déployés par le législateur pour permettre la mise en œuvre effective, d'un point de vue juridique, des dites procédures. Il advient effectivement que « *la justice du 21^e siècle ne pourra se faire qu'avec les avocats qui en sont une cheville ouvrière indispensable* » dans le sens où « *le projet portant application des mesures relatives à la justice du 21^e siècle (nous intéresser ici particulièrement son Titre 2 « Favoriser les modes alternatifs de règlement des litiges »), dit projet J21, s'intéresse particulièrement à leur office en étendant sensiblement le domaine de la convention de procédure participative⁷⁷² qui relève de leur monopole et en consacrant l'acte de procédure d'avocats* »⁷⁷³. Il s'avère que si les mutations profondes actuelles de la procédure civile préconisées par les différents rapports ministériels ont fait naître, au cours des réformes, qu'elles aient directement attiré à la procédure civile ou s'insinuent plus largement dans des textes économiques (telle que la loi Macron⁷⁷⁴), **le tremplin juridique est caractérisé par l'acte de procédure d'avocats**. Un petit pas pour l'avocat mais un grand pas pour le système judiciaire ... Une référence à un grand événement pour marquer le tournant judiciaire que cet acte représente. En effet, il serait loisible de considérer l'acte d'avocats comme une simple corde supplémentaire à l'arc de l'avocat ; mais au-delà de l'importance monopolistique d'une telle compétence attribuée aux avocats, cet acte constitue un tournant majeur de la justice institutionnelle vers la justice conventionnelle. Matériellement, l'acte d'avocats, dont la dénomination exacte s'entend de l'acte sous signature privée contresigné par avocat, a été créé par la loi du 28 mars 2011, ensuite codifié à l'article 1374 du Code civil. *Très*

⁷⁷² Pour aller plus loin : S. AMRANI-MEKKI, *La convention de procédure participative*, 2011, p. 3007.

⁷⁷³ Libres propos par S. AMRANI-MEKKI, *L'avocat du 21^e siècle - Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats*, in *La Semaine Juridique*, Edition Générale, 2015, n° 41, p. 1052.

⁷⁷⁴ Loi n° 2015-990 du 06 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi Macron), JOFR, 7 août 2015, n° 0181 ; S. Amrani-Mekki, *L'économie procédurale*, RID pén. 2016.

bien, mais qu'est-ce que c'est et en quoi est-il primordial ? En soi, il s'agit d'un acte comportant la signature des parties et de leur(s) avocat(s) et, par laquelle, l'avocat contresignataire atteste avoir éclairé pleinement les parties sur les conséquences juridiques d'un tel acte, et donc sur la portée et les conséquences potentielles de son contenu. Une catégorie d'acte d'avocats, celui-ci « défini comme un acte d'administration de la preuve contradictoirement accompli par les avocats des parties, il s'agit d'une convention sur la preuve » mettant à disposition des avocats « une sorte de boîte à outils procédurale dans laquelle les avocats pourront piocher selon le stade du procès, les besoins du litige et le comportement des parties »⁷⁷⁵ et lui permettant d'administrer la preuve, notamment à l'occasion d'une procédure conventionnelle et tout particulièrement de la mise en œuvre de la procédure participative. Plus précisément, quatre types d'actes de procédure d'avocat peuvent être envisagés : (1) les *actes de constatation* par lesquels les parties et à leurs conseils peuvent procéder contradictoirement à des constatations matérielles sur les lieux ; (2) les *actes de certification* par lesquels les pièces pourront être certifiées par acte d'avocat afin de prévenir des contestations éventuelles ; (3) les *actes d'enquête* par lesquels les avocats des parties pourront entendre ensemble des témoins, des techniciens, etc ; (4) les *actes de désignation* permettant la désignation de sachant et portant sur l'instauration amiable d'une mesure d'instruction⁷⁷⁶. Pour l'heure, cet acte vient s'inscrire dans un objectif plus global de développement d'une justice participative consistant à « donner aux parties et à leurs conseils la possibilité d'avoir un rôle plus actif dans le déroulement du procès civil. L'acte de procédure d'avocat est le support qui permet de donner force probante à l'accord intervenu et aux diligences accomplies. Il permet aux parties de collaborer personnellement à l'administration de la preuve selon un procédé beaucoup plus souple (...) D'appréciables économies de temps et d'argent peuvent ainsi être réalisées par l'évitement de procédures plus formalistes et l'on peut en attendre une contribution à la diffusion de la culture des procédures

⁷⁷⁵ Libres propos par S. AMRANI-MEKKI, *L'avocat du 21^e siècle - Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats*, in *La Semaine Juridique*, Edition Générale, 2015, n° 41, p. 1052.

⁷⁷⁶ P. DELMAS-GOYON, *Rapport dit Delmas-Goyon : Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, « Le juge du 21^e siècle », un citoyen acteur, une équipe de justice*, Ministère de la Justice, 2013.

*négociées »*⁷⁷⁷. Il en résulte que l'avocat devient l'acteur privilégié de l'entreprise, non plus simplement dans la prévention et la défense de ses positions, mais bien au-delà, plongé au cœur de la résolution même de ses différends, puisqu'en amont de la saisine du juge, **l'avocat acquiert la compétence de « ne plus régler à l'amiable les conflits, mais de les traiter amiablement »**⁷⁷⁸ ; une distinction juridique fondamentale qui redistribue les cartes entre tous les intervenants à la résolution d'un différend, que ce soit pour les parties, les auxiliaires de justice quels qu'ils soient mais également, pour le juge. Une telle redéfinition fonctionnelle, quasiment organique du système judiciaire, qui mérite de s'intéresser au phénomène de la privatisation de la justice, à sa mercantilisation ainsi qu'aux risques éventuels que cela peut comporter pour l'entreprise.

II. L'AVOCAT ET LE MARCHÉ DE LA JUSTICE CONVENTIONNELLE : LA TRANSFORMATION DE LA RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE

La mondialisation, libéralisation économique, le développement des nouvelles technologies ... Autant de phénomènes qui touchent tous les aspects de nos sociétés et le droit n'y déroge pas, le développement de la justice conventionnelle en son cœur avec pour place tournante, la relation entre l'avocat et l'entreprise, celui-ci étant à la fois l'acteur de la libéralisation des anciennes prérogatives des institutions judiciaires et le garde-fou de la sécurité juridique pour l'entreprise dans ce contexte de désétatisation en faveur de la justice conventionnelle.

A. LA RÔLE DE L'AVOCAT DANS LA MERCANTILISATION DE LA RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE

La relation entre une entreprise et son, ou ses avocats est singulière, notamment en raison du statut de l'avocat et de son rôle dans nos sociétés démocratiques lui-même singulier. Dans ce sens, si le phénomène de dés-implication de l'État, concomitant au développement de la

⁷⁷⁷ Voir sur ce point : P. DELMAS-GOYON, *Rapport dit Delmas-Goyon : Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, « Le juge du 21ème siècle », un citoyen acteur, une équipe de justice*, Ministère de la Justice, 2013.

⁷⁷⁸ C. BLERY et L. RASCHEL et S. AMRANI-MEKKI, *Quarante ans après : une nouvelle ère pour la procédure civile*, Dalloz, col. *Actes*, 2016.

justice conventionnelle a eu pour conséquence de faire évoluer le rôle de chacun dans la résolution du contentieux économique, notamment celui des parties et des avocats ; la contractualisation de la justice a fait émerger un marché juridique. Les avocats s'étant saisi de ce nouveau marché ont ainsi contribué à l'évolution de leur propre profession. En effet, il est loisible d'observer, après avoir relevé que la place de l'avocat évolue et que son rôle dans la résolution du contentieux de l'entreprise change progressivement au fil des mutations de la procédure civile, que les nouvelles attributions à pourvoir en vertu du développement de la justice conventionnelle sont l'objet d'une concurrence sévère entre les professionnels du droit ; et qu'ainsi, les avocats sont également acteurs de l'évolution de leur office. Le fait d'exercer, à titre libéral, une mission de défenseur des droits, de conseil et de plus en plus de pacificateur des relations sociales emporte pour principale conséquence de faire tomber dans des critères économiques, et dans les méandres du marché par le développement de la justice conventionnelle, le sujet délicat de la résolution juridique du contentieux économique de l'entreprise. En effet, « célèbre depuis l'ouvrage éponyme de l'économiste Karl Polanyi⁷⁷⁹, l'image de la grande transformation désigne la mutation des sociétés traditionnelles en sociétés de marché. Cela se produit lorsque l'économie cesse d'être encastrée dans les autres relations sociales pour former tout au contraire le système global dans lequel ces relations, les unes après les autres, vont se trouver successivement enchâssées. Tout y devient marchandise, au prix d'une remise en cause brutale de ce qui structurait la société jusqu'à lors et qui relevait d'une tradition »⁷⁸⁰, et le droit n'y échappe pas. Une mercantilisation du droit qui s'insinue dans le système judiciaire à travers les auxiliaires de justice, et tout particulièrement les avocats, cela à plusieurs niveaux, tantôt à l'initiative de l'État qui revoit progressivement son fonctionnement judiciaire institutionnalisé et régalién au profit d'une privatisation du service public de la justice, tantôt à l'initiative des avocats qui, dans ce contexte de libéralisation du système judiciaire, se saisissent du marché juridique qui s'ouvre. En effet, « les avocats, analystes et formalisateurs des rapports de forces et de leurs évolutions, sont ainsi devenus les acteurs du changement

⁷⁷⁹ Pour aller plus loin sur ce point : K. POLANYI, *La grande transformation : aux origines politiques et économiques de notre temps*, Gallimard, 2011.

⁷⁸⁰ CENTRE DE RECHERCHE ET D'ETUDE DES AVOCATS (CREA), et INSTITUT DES HAUTES ETUDES SUR LA JUSTICE (IHEJ), *Les quatre défis de l'avocat français du XXIème siècle*, 2017.

*social et économique, (puisque) le fait est qu'aujourd'hui, la prévalence -- encore à ses débuts et mal assurée -- du droit est la véritable révolution culturelle de la société française, et que les avocats, praticiens du droit qui en exploitent les potentialités et les vertus opérationnelles, s'insinuent dans les interstices d'un pouvoir étatique déclinant tout en favorisant l'avènement d'un univers régulé par une norme dont la légitimité vient qu'elle est apparemment neutre et objective »*⁷⁸¹. Les petites et moyennes entreprises sont les premières concernées par ce rapport de force, cette lutte qui s'opère à la fois entre les prérogatives de l'état et celles des auxiliaires de justice, puis entre les différents professionnels du droit qui se disputent ce marché du droit, et de la résolution du contentieux économique en particulier. À titre d'illustration, il suffit de se pencher sur le développement du droit collaboratif, et notamment sur sa transposition en droit français à travers la codification de la procédure participative. En effet, une relecture de ces procédures, non en des termes juridiques mais sous une approche mercantile, permet d'observer que seuls les « avocats collaboratifs » peuvent mettre en œuvre un processus de droit collaboratif, et que « *la loi du 22 décembre 2010 confie la convention de procédure participative aux seuls avocats, sans même que ses auteurs justifient les raisons juridiques ou humaines de ce choix* »⁷⁸². Un privilège exclusif de la profession des avocats mentionné dans l'article 4 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques est complété par un alinéa ainsi rédigé : « *Nul ne peut, s'il n'est avocat, assister une partie dans une procédure participative prévue par le Code civil* ». Il en va de même concernant la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées du 29 mars 2011 dont l'objet principal est d'octroyer aux avocats le monopole d'un nouvel instrument de preuve, l'acte d'avocats. Il advient que les enjeux véhiculés par la mercantilisation de la résolution des différends de l'entreprise sont majeurs pour celle-ci puisque l'ouverture à la concurrence d'un tel marché

⁷⁸¹ O. DEBOUZY, *Les avocats et le rôle du droit dans la société française*, in *La revue des Anciens Élèves de l'École Nationale d'Administration*, n° 329, février 2003.

⁷⁸² J. BONNARD, *Les nouveaux privilèges des avocats : fiducie, convention de procédure participative, acte privé contresigné*, 2011.

projette un éclairage nouveau sur l'offre de services juridiques, à la fois en termes d'avantages que de risques.

B. LE GARDE-FOU JURIDIQUE DE LA JUSTICE CONVENTIONNELLE : LA REGLEMENTATION DE L'EXERCICE DE LA PROFESSION D'AVOCAT

Si les avocats sont à la fois acteurs et proies à l'évolution de leurs attributions dans la résolution du contentieux économique de l'entreprise et de leur rôle au sein du système judiciaire ; l'entreprise, quant à elle, assiste et doit se saisir de ces mutations fonctionnelles de la justice. Néanmoins, pour s'en saisir et appréhender au mieux le phénomène, pour que ce soit pour le meilleur et non pour le pire, l'entreprise doit en déchiffrer les rouages aux fins de profiter des opportunités de l'attrait actuel pour la justice conventionnelle et en déjouer les risques éventuels. En effet, l'intérêt d'aborder les enjeux de la mercantilisation de la justice au regard des professionnels du droit dans une contribution consacrée aux entreprises, consiste à mettre en exergue les tenants et les aboutissants de ce sujet, les conflits d'intérêts provoqués par la privatisation de la justice et le déploiement des modes amiables et alternatifs de résolution des différends et ainsi, les opportunités et les risques de ce phénomène pour l'entreprise qui est au cœur de ce phénomène de désétatisation. Matériellement, si ce nouveau marché de la justice conventionnelle a permis de développer et mettre à disposition des petites et moyennes entreprises des processus de résolution amiables et alternatifs des différends qui soient à la fois adaptés à leurs besoins et accessibles en partie grâce à la libéralisation, celle-ci comporte également des risques potentiels pour l'entreprise qui ne prendrait pas garde. Bien que la justice conventionnelle soit un domaine bien particulier en raison de son aspect juridique, couverte par un régime de protection même succinct, il n'en reste pas moins qu'en ayant été soumise à la libéralisation, elle a été exposée aux travers et risques propres à tout marché économique. Et c'est sur ce point que la lutte pour ce marché juridique, et notamment les nouveaux monopoles attribués aux avocats deviennent particulièrement intéressants. En effet, à contrario de certains professionnels juridiques tels que les médiateurs, les conciliateurs, mais encore les arbitres qui peuvent être librement choisis par les parties pour résoudre conventionnellement leur différend sans obligations autres que celles convenues avec les parties, les avocats sont soumis à des obligations spéciales en raison des réglementations qui entourent leur profession. En effet, les avocats doivent se conformer dans l'exercice de leur profession à un ensemble de principes et

règles éthiques qui encadre leur activité et déterminent des devoirs professionnels envers leurs clients en vertu de la déontologie. De ce fait, il advient que même si les parties recourent à la justice conventionnelle via des modes amiables et alternatifs de résolution des différends pour lesquels les régimes juridiques sont plus ou moins développés ou codifiés, si celles-ci recourent à une procédure conventionnelle via les services d'un avocat, elles bénéficient d'un minimum de protection juridique et de garanties procédurales, du moins celles étant garanties par la déontologie professionnelle prévues par l'ordre des avocats. Il s'avère effectivement que « *plus on s'ouvre et que l'on se confronte aux autres, plus l'on sort des sentiers battus, plus la déontologie doit être un guide sévère. Une déontologie sous toutes ses formes, par ses règles et par ses principes. Une déontologie qu'il faut inventer au gré des situations et des problèmes rencontrés, qui se communique, se discute et aussi s'évalue, une déontologie qui, parce qu'elle distingue, permet de se rapprocher* »⁷⁸³. Matériellement, les avocats bénéficient d'une confiance du grand public grâce à une reconnaissance générale de leur code déontologique, celui-ci leur accordant une crédibilité qui « *est autant le fait d'un comportement collectif, que d'un système procédural et d'une culture* »⁷⁸⁴. Il s'avère que « *les avocats portent dans leur ADN la confiance, et la déontologie représente cette confiance. Nous avons dans nos règles déontologiques les garanties qui sont données au justiciable en général, au contribuable, au consommateur de droits, des garanties de confiance, de confidentialité et d'assurance. C'est un avantage énorme* »⁷⁸⁵. Effectivement, le règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN)⁷⁸⁶ exige que l'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment en respectant en outre, les principes

⁷⁸³ C. BLERY et L. RASCHEL et S. AMRANI-MEKKI, *Quarante ans après : une nouvelle ère pour la procédure civile*, Dalloz, col. *Actes*, 2016.

⁷⁸⁴ CENTRE DE RECHERCHE ET D'ETUDE DES AVOCATS (CREA), et INSTITUT DES HAUTES ETUDES SUR LA JUSTICE (IHEJ), *Les quatre défis de l'avocat français du XXIème siècle*, 2017.

⁷⁸⁵ VILLAGE DE LA JUSTICE et L. TAVITIAN, *Révolution numérique et évolution de l'activité de l'avocat*, Interview de Clarisse Berrebi Avocate, in *Village de la Justice*, 6 mars 2014.

⁷⁸⁶ Issue de la DCN n° 2016-003 adoptée par l'assemblée générale du CNB des 31 mars et 1er avril 2017 - Décision du 26 juin 2017 - JORF n°0178 du 1er août 2017 ; consulter le règlement à https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/rin_2018-01-29_consolidefinal.pdf.

d'honneur, de loyauté, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie ; cela, en faisant preuve à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence. Des principes auxquels s'ajoutent des règles strictes de confidentialité et de secret professionnel en vertu desquels tous les échanges entre avocats, verbaux ou écrits quel qu'en soit le support (papier, télécopie, voie électronique ...), sont par nature confidentiels. Par ailleurs, « *l'exercice en toute indépendance de la profession d'avocat n'est pas un privilège suranné mais un droit pour tous à bénéficier de conseils juridiques et d'une défense efficace dans un État de droit* »⁷⁸⁷. Un cadre juridique qui vient assurer une protection non négligeable à l'entreprise qui souhaite recourir à un mode amiable ou alternatif de résolution des différends, quel que soit le rôle tenu par l'avocat, qu'il intervienne comme conseiller, médiateur, conciliateur, arbitre, avocat collaboratif, ... L'entreprise dispose d'un minimum de garanties juridique dans la mise en œuvre, la conduite de la procédure conventionnelle, l'accord qui pourra être obtenu mais également dans l'exercice par l'avocat de la mission qui lui sera confiée ; ce qui n'est pas nécessairement le cas d'autres intervenants juridiques ou disposant d'une expertise particulière pouvant désormais conduire des processus amiables ou alternatifs de résolution des différends de l'entreprise. Il en résulte que des débats que le chef d'entreprise aurait pu penser éloignés de ses préoccupations directes, relevant de questions purement juridiques, s'avèrent en réalité ne pas être aussi anodins et revêtent des enjeux de prévention des risques et de sécurité juridique pour l'entreprise dans la gestion et la résolution de son contentieux économique. Il reste que si l'office de l'avocat se trouve étendue par le développement de la justice conventionnelle, les mutations qui touchent la procédure civile et, plus globalement, le système judiciaire, viennent profondément transformer l'office du juge.

⁷⁸⁷ F. SICARD, *De l'indépendance de l'avocat en droit constitutionnel français*, in *La semaine juridique*, Edition générale, 5 octobre 2015, n° 41, p. 1082.

PARAGRAPHE 2ND : L'ADAPTATION DE L'OFFICE DU JUGE DANS LA RÉOLUTION DU CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE DE L'ENTREPRISE

Les attributions judiciaires, voir juridictionnelles, consistant à trancher le différend de l'entreprise étant peu à peu privatisées, les parties et leurs avocats se voyant d'avantage responsabilisés quant à la participation directe à la recherche d'une solution par le développement de la justice participative, les juges n'échappent pas, de la même manière, à leur tour, à une redéfinition de leur rôle et, dans le cadre de cette nouvelle répartition des affectations dans le système judiciaire, à une évolution de leur office. Dans ce sens, « *les mutations de la procédure civile interroge ainsi la conception de la justice civile, bousculant les professions judiciaires, avocats, notaires, magistrats, mais aussi et surtout juge* » dans le sens où « *traiter de l'amiable dans le procès amène ainsi à s'interroger sur la place du juge dans la société civile : technicien du droit intervenant en ultime recours ou interlocuteur social ?* »⁷⁸⁸. La garantie d'une bonne justice justifie que le juge ne soit pas totalement évincé et viennent encadrer cette nouvelle conception de la justice pour un système judiciaire participatif conventionnel mis en œuvre dans contexte juridique légal et sécurisé. Pour cela, il va s'agir de concevoir la justice conventionnelle, non comme une concurrence à la justice étatique traditionnelle, mais d'avantage comme les deux faces d'une même pièce qui fonctionnent ensemble, de manière complémentaire. La première comme un mode individualisé et adaptée de répondre à une demande de justice sociale intervenant dans le cadre juridique structuré, par le juge étatique représentant la seconde, qui reste présent pour encadrer la justice conventionnelle, l'accompagner et la contrôler pour éviter les déboires et assurer l'accès à une justice garantissant la protection des droits des justiciables. Une mutation profonde de la conception du procès civil et du fonctionnement du système judiciaire⁷⁸⁹, imposant un recours à la justice conventionnelle préalablement à la saisine du juge étatique, propulsant la justice

⁷⁸⁸ C. BLERY et L. RASCHEL et S. AMRANI-MEKKI, *Quarante ans après : une nouvelle ère pour la procédure civile*, Dalloz, col. *Actes*, 2016.

⁷⁸⁹ C. BLERY et L. RASCHEL et S. AMRANI-MEKKI, *Quarante ans après : une nouvelle ère pour la procédure civile*, Op. Cit.

étatique en tant de second degré de juridiction, et en constituant une voie de recours à l'encontre de la justice conventionnelle.

I. L'ENCADREMENT INSTITUTIONNEL DE LA JUSTICE CONVENTIONNELLE :
« UNE EQUIPE DE JUSTICE »⁷⁹⁰

La justice conventionnelle ne peut totalement s'absoudre d'un encadrement institutionnel et évoluer de manière tout à fait autonome, au risque pour l'entreprise, et tout autre justiciable, d'y perdre les garanties minimales assurée par le droit au recours à un procès équitable ainsi que la protection de ses droits fondamentaux. Il advient que pour préserver une certaine sécurité juridique dans un État de droit, à l'instar des oiseaux qui se servent de leurs ailes pour protéger leurs petits, la justice conventionnelle évolue sous l'aile de la justice étatique, aux fins de veiller sur les acteurs économiques ainsi responsabilisés, et assurer leur protection.

A. UN RÔLE COMPLÉMENTAIRE DU JUGE ÉTATIQUE : UNE STRUCTURE D'APPUI DE
LA JUSTICE CONVENTIONNELLE

Il advient que « *la justice est devenue un bien de consommation courant, une justice du quotidien : il n'est aujourd'hui pratiquement plus demandé au juge de dire le droit. Le juge est plus souvent agent de recouvrement, travailleur social, auxiliaire d'intérêts privés non dévoilés. Plus encore, depuis que l'accès à la justice a été facilité, il arrive que le juge soit saisi de demandes qui ne sont fondées sur aucune prétention juridique* »⁷⁹¹. Dans un contexte où règne la « *multiplication des affaires, explosion des contentieux, procès retentissants qui tiennent en alerte l'opinion* » ; alors que la mission originelle du juge est de dire le droit et de veiller à l'application de la loi, *son office est soumis à « autant de manifestations d'une montée en puissance de la justice, dont on attend qu'elle soit à la fois l'arbitre des mœurs, le garant de la moralité publique et le responsable du salut des personnes. Mais ne lui demande-t-on pas ce qu'elle ne peut donner ?* »⁷⁹². Face à l'évolution de la demande sociale en matière de justice, la désétatisation, consistant à responsabiliser les acteurs économiques dans la gestion, le traitement

⁷⁹⁰ P. DELMAS-GOYON, *Rapport dit Delmas-Goyon : Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, « Le juge du 21ème siècle », un citoyen acteur, une équipe de justice*, Ministère de la Justice, 2013.

⁷⁹¹ J. JOLY-HURARD et S. GUINCHARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, 2015.

⁷⁹² A. GARAPON, *Le gardien des promesses : le juge et la démocratie*, Paris, O. Jacob, 1996.

et la résolution de leur contentieux économique, semble être la voie privilégiée, et les réformes suivent incontestablement cette route, par le législateur. Néanmoins, il est nécessaire pour celui-ci, tant vis-à-vis des réglementations internes que des ordres juridiques régionaux et internationaux, de procéder à une désétatisation garantissant la protection des droits fondamentaux, notamment procéduraux, des justiciables. Pour répondre à de telles conditions impératives, il était nécessaire de fournir une structure juridique, un cadre légal au déploiement de la justice conventionnelle. Au regard de l'étude des différents régimes juridiques propres à chaque modes amiables ou alternatifs de résolution des différends du contentieux économique de l'entreprise, il est loisible d'observer que le législateur a fait le choix de les réduire volontairement au strict minimum ; cela aux fins de laisser un maximum de marge de manœuvre et de liberté aux parties quant à la recherche d'une solution convenable et adaptée aux spécificités de leur litige. Il s'avère que le choix de l'encadrement juridique de ces procédures et processus de justice conventionnelle ne s'est pas porté sur une restriction par l'adoption de régimes juridiques contraignant mais d'un exercice de cette nouvelle justice privée sous l'aile de la justice étatique. Dans ce sens, l'office du juge tend dorénavant, non plus à trancher les différends opposant les acteurs économiques, ces derniers étant plongés au cœur d'une justice participative visant à une résolution autonome et socialement pacificatrice de leur litige, mais **de constituer un appui au développement de la justice conventionnelle en lui fournissant un cadre juridique**. En effet, il est possible d'observer que l'office du juge évolue dans le sens d'un support légal régalien, fournissant un cadre sécurisé aux justiciables recourant aux procédés de la justice conventionnelle pour répondre à une réadaptation intégrale du système judiciaire conformément aux mutations de la demande sociale de justice actuelle. Cette évolution ne doit pas s'entendre comme une confrontation, une concurrence entre la traditionnelle justice étatique, qui tend elle-même à se moderniser, et la justice conventionnelle, une institution privatisée par laquelle les justiciables reprennent la main sur la pacification de leurs rapports sociaux, mais d'avantage comme **une équipe de justice complémentaire**. Une équipe au cœur de laquelle chacun œuvre, en vertu de la nouvelle répartition des rôles et des responsabilités qui sont les leurs, pour remplir leur mission consistant à la prévention et la résolution du contentieux économique de l'entreprise en particulier, mais de manière plus générale pour satisfaire la demande sociale de justice. Une équipe où les parties elles-mêmes, accompagnées de leurs auxiliaires de justice dont les attributions ont également évolué, se trouvent chargés de résoudre

directement leur différend, et non plus simplement de présenter leurs prétentions respectives au juge, qui lui, n'étant plus en charge de trancher le différend, va dorénavant s'appliquer à guider les parties vers une procédure amiable aux fins de les concilier, à les aider dans la mise en œuvre desdites procédures conventionnelles, de s'assurer de la protection de leurs droits et du respect de la loi dans la solution conventionnelle répondant à la situation, au plus près des besoins de l'entreprise, et de l'exécution des engagements pris par chacun dans le cadre de cette solution. L'office du juge s'est ainsi vu réadaptée, au prisme des mutations de la procédure civile et de la conception de la Justice, à la croisée de son rôle originel de « bouche de la loi » et de « médiateur social » ; le juge devenant ainsi une aide complémentaire à la mise en œuvre, dans un contexte juridique sécurisé, de la justice conventionnelle. Celui-ci se déchargeant ainsi des demandes qui ne sont fondées sur aucune prétention juridique, les parties et leurs avocats, ou autres auxiliaires de justice, s'étant préalablement chargés de ces problématiques, pour se recentrer sur son rôle de gardien du droit plutôt que sur la conciliation d'intérêts privés, désormais déléguée à la justice conventionnelle ; cela pour une meilleure gestion du service régalién de la Justice où le citoyen devient acteur d'une équipe de justice au cœur de laquelle, le juge constitue le rempart, les limites juridiques à ne pas franchir et aide à une mise en œuvre légale de la justice conventionnelle.

Il advient effectivement que le juge étatique n'est jamais bien loin de la justice conventionnelle et constitue un support légal de choix pour l'encadrer, notamment, par exemple, en matière arbitrale. A ce titre, « *en raison de l'association permanente du juge judiciaire au procès arbitral, traditionnellement juge de l'exequatur et juge du recours, mais surtout, comme Yves Strickler le dira sans doute, juge d'appui de la procédure arbitrale, chargé d'en prévenir ou d'en régler les difficultés afin d'en assurer un déroulement optimal : constitution du tribunal, maintien de l'arbitre, durée de l'arbitrage* »⁷⁹³. Il suffit pour s'en rendre compte, de s'en référer au décret du 13 janvier 2011 ayant intégré l'encadrement et la participation, dans certaines circonstances, du juge étatique à la procédure arbitrale via la qualité de « juge d'appui », codifiée

⁷⁹³ Y. STRICKLER et J.B. RACINE, *L'arbitrage : questions contemporaines*, Paris, Harmattan, *Droit privé et sciences criminelles*, 2012.

dans le code de procédure civile⁷⁹⁴. De ce fait, pour certains auteurs, « *la compénétration de la justice arbitrale et de la justice étatique ainsi réalisée peut paraître si étroite que la thèse pourrait être défendue, malgré les hauts cris qu'elle provoque dans le milieu arbitragiste, que la juridiction arbitrale est une variété particulière de juridiction d'exception, du moins pour ce qui est de l'arbitrage interne* »⁷⁹⁵, à contrario de l'arbitrage international qui constitue un véritable ordre juridique autonome. Il en résulte que les protagonistes de la justice conventionnelle, que ce soit les parties, leurs avocats ou encore les différents intervenants à la résolution des différends (médiateurs, conciliateurs, arbitres, etc) d'une part, et le juge d'autre part, forment une équipe où chacun joue un rôle complémentaire permettant une résolution optimale des différends, au plus proche des besoins de l'entreprise tout en respectant un cadre légal assurant les égards nécessaires à la protection des droits fondamentaux des justiciables.

B. UN RÔLE DE CONTRÔLE DE LA JUSTICE CONVENTIONNELLE

Il est possible d'affirmer de manière incontestable que le juge n'est plus le seul maître à bord en matière de résolution des différends, que ce soit pour concilier ou trancher les litiges, dont les parties ont la libre disposition, celui-ci s'intégrant désormais dans une équipe où il agit de manière complémentaire à l'action des autres intervenants. « *Mais si le juge judiciaire n'est plus le seul mode de régulation sociale, si le régulateur, l'arbitre et le conciliateur contribuent également, sinon identiquement, à assurer la paix sociale, à garantir le pacte social, le juge judiciaire demeure le délégué de cette mission étatique, émanation de l'État dont il ne faudrait pas oublier qu'il est et devrait s'appliquer à être, en toutes circonstances, le tiers impartial par excellence, sur lequel l'arbitre se modèle* »⁷⁹⁶. Pour appréhender correctement ce phénomène de désétatisation, il est nécessaire d'analyser l'évolution de l'office du juge, en ce qu'elle n'est plus, mais également en ce qu'il est nécessaire de préserver entre les mains du juge, une justice étatique au service d'une bonne justice conventionnelle grâce à la mission de contrôle

⁷⁹⁴ Articles 1451 à 1457, 1459, 1460, 1463, 1505 et 1506, Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

⁷⁹⁵ Y. STRICKLER et J.B. RACINE, *L'arbitrage : questions contemporaines*, Op. Cit.

⁷⁹⁶ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

déférée au juge. En effet, « *la déjudiciarisation ne doit pas davantage remettre en cause l'effectivité de l'office tutélaire du juge : il lui revient de contrôler que l'équilibre des droits des parties est bien assuré, respectant ainsi la volonté du législateur lorsque celui-ci a édicté des normes d'ordre public, qu'il s'agisse de droit de la famille (autorité parentale) ou de droit des contrats (lois de protection du consommateur et du locataire par exemple)* »⁷⁹⁷. Dans ce sens, « *le juge rappelle la part indisponible du droit et fixe la frontière entre ce qui est négociable et ne l'est pas* »⁷⁹⁸, celui-ci constituant ainsi la ceinture de sécurité juridique de l'entreprise par la réintégration des considérations juridiques et légales dans la négociation des accords de justice conventionnelle. Il s'avère que « *lorsqu'il n'en est pas lui-même l'ordonnateur, il appartient donc au juge de s'assurer parfois a priori, parfois a posteriori, de la validité des règlements alternatifs au regard des règles procédurales de leur élaboration comme de la substance même de l'accord réalisé entre les parties, soit sous forme volontaire, avec les modes amiables, soit sous forme imposée avec l'arbitrage. Quant aux médiations extra-juridiques, les médiations sociales, elles n'ont pas d'avantage pour objet de permettre à l'administration d'échapper à ses missions mais, tout au contraire, de contribuer à recréer de nouvelles solidarités sociales (...) en réintroduisant les missions de service public là où l'action de l'administration s'est sensiblement éloignées* »⁷⁹⁹, au profit d'une réglementation générale, des besoins particuliers propres à la spécificité et la technicité des différends de l'entreprise. Grâce à l'exercice de cette activité de contrôle de la justice conventionnelle, le juge s'assure de la protection de l'entreprise et du respect de ses droits, mais aussi, à l'inverse que celle-ci respecte également la loi et les droits de l'autre partie ; ceci permettant l'obtention d'accord conventionnel, au contenu et à l'exécution pérenne. Dans ce sens, « *le juge garantit les paroles ayant été actées selon les propres termes de la procédure ; il recueille le consentement, notifie les obligations et officialise les promesses, il est le notaire des engagements sociaux* »⁸⁰⁰. En effet, via les procédures d'homologation des accords obtenus suite au recours à un mode amiable de résolution des

⁷⁹⁷ P. DELMAS-GOYON, *Rapport dit Delmas-Goyon : Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, « Le juge du 21ème siècle », un citoyen acteur, une équipe de justice*, Ministère de la Justice, 2013.

⁷⁹⁸ A. GARAPON, *Le gardien des promesses : le juge et la démocratie*, Paris, O. Jacob, 1996.

⁷⁹⁹ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

⁸⁰⁰ A. GARAPON, *Le gardien des promesses : le juge et la démocratie*, Paris, O. Jacob, 1996.

différends et d'exéquatour en matière de procédure arbitrale, l'office du juge tend au contrôle du respect des formalités réglementaires et à l'officialisation par l'apposition du sceau public, le paraphe du juge, de la validité juridique administrative de l'accord privé obtenu par les parties. Matériellement, les notaires représentent « *à côté des fonctionnaires qui concilient et qui jugent les différends, la tranquillité appelle d'autres fonctionnaires, qui, conseils désintéressés des parties, aussi bien que rédacteurs impartiaux de leur volonté, leur faisant connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigeant ces engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique et la force d'un jugement en dernier ressort, perpétuant leur souvenir et conservant leur dépôt avec fidélité, empêchent les différends de naître entre les hommes de bonne foi et enlèvent aux hommes cupides avec l'espoir du succès, l'envie d'élever une injuste contestation* »⁸⁰¹. Il en résulte que le rôle aujourd'hui alloué au juge s'apparente à celui du notaire, en tant qu'officier public, conseil désintéressé, venant obliger les parties à ce qu'elles sont convenues entre elles par l'authentification de l'accord conventionnel obtenu par celles-ci, après la réalisation d'un contrôle de conformité de la procédure aux dispositions légales en vigueur et au respect des droits respectifs et du cadre légal, les actes devant s'exécuter conformément aux règles de l'État de droit. La question qui reste en suspens est donc celle de la distinction entre le juge et le notaire. *Il est en effet loisible de s'interroger sur le fait que la déjudiciarisation n'est pas optée pour le choix de confier le contrôle et l'authentification des accords conventionnels aux notaires, au lieu et place du juge, pour recentrer la mission de celui-ci sur les litiges dont les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits.* Difficile pour l'heure de répondre à cette énigme. Il est possible d'observer que le domaine du contrôle de légalité opéré par un notaire se distingue tout de même fondamentalement de celui réalisé par le juge, bien plus vaste. La conservation de cette attribution par le juge relève certainement d'une volonté de sécurité et d'encadrement accrue de la justice conventionnelle par le contrôle, non d'un autre auxiliaire de justice, mais de la véritable émanation de l'État de droit, ayant vocation à être et rester le régulateur social par

⁸⁰¹ NOTAIRES DE France, *Le rôle du notaire, Rôle du notaire et ses principaux domaines d'intervention*, in *Notaires.fr*, 23 novembre 2017.

<https://www.notaires.fr/fr/profession-notaire/rôle-du-notaire-et-ses-principaux-domaines-dintervention/le-rôle-du-notaire>.

excellence ; ou bien la déjudiciarisation s'opère-t-elle simplement progressivement, et seul l'avenir pourra répondre avec certitude sur ce point.

II. L'ÉVOLUTION DE L'OFFICE DU JUGE ÉTATIQUE : UNE NOUVELLE JURIDICTION DE 2ND DEGRÉ

Si la tendance actuelle ne va pas à déléguer les attributions de contrôle et d'homologation des accords issus de la justice conventionnelle aux notaires ; elle tend, à contrario, à faire de la saisine du juge étatique traditionnel, une véritable juridiction de second degré dans le sens où la mission du juge aspire à trancher les différends en dernier recours, suite à une tentative conventionnelle non satisfaisante, ou à constituer une voie de recours à l'encontre de la justice conventionnelle dans l'hypothèse de la violation des droits d'une partie.

A. LA JUSTICE INSTITUTIONNELLE : LE FUTUR MODE ALTERNATIF DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE

Il s'avère que l'avènement de la justice conventionnelle, et notamment « *les MARC sont ainsi l'occasion de faire apparaître une nouvelle loi des trois États qui renvoie, à l'image de la devise républicaine, à trois figures de l'État, complétant les trois figures du juge identifiées par François Ost (« Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge ») : après l'État gendarme et son juge Jupiter, assurant la police des libertés, et l'État providence, avec son juge Hercule, assurant la promotion de l'égalité, l'État veillant à garantir la fraternité, grâce à son juge Hermès, qu'on appellera l'État médiateur ou modérateur* ». Dans ce sens, « *favoriser le développement des MARC, c'est donc contribuer à retisser du lien social et, lorsque ces modes se développent en liaison avec l'institution judiciaire, c'est promouvoir une justice plus citoyenne, plus participative, parfois même plus juste* »⁸⁰². Matériellement, toutes les réformes relatives aux mutations de la procédure civile vont dans le sens de la désétatisation et prônent implicitement, si l'on peut dire, du moins sans en utiliser le terme, le recours au juge en tant que nouvelle juridiction de second degré. En effet, la saisine du juge étatique prend un nouveau tournant via le développement, au gré des réformes : (1) de « l'amont » du juge et les procédures de résolution amiable des litiges, notamment la médiation et la procédure participative ; (2) en

⁸⁰² L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

donnant aux parties un rôle plus actif une fois l'action juridico-conventionnelle engagée permettant notamment le passage, en cours d'instance, d'une procédure écrite à une procédure orale et inversement, pour faciliter la communication directe et le recours à des solutions négociées, en créant un acte de procédure d'avocat permettant aux conseils des parties de diligenter, avec l'accord de celles-ci, des actes d'administration de la preuve conférant la force probante à leurs accords et permettant ainsi des gains de temps et d'argent en évitant le recours systématique aux mesures d'instruction⁸⁰³ ; (3) en généralisant le pouvoir du juge d'enjoindre les parties à recourir préalablement à sa saisine à une tentative de résolution conventionnelle de leur différend faisant de lui, non le premier recours des parties pour trancher le conflit, mais une saisine à défaut de résolution autonome dudit litige.

Il advient qu'en raison de l'élargissement du domaine de la justice conventionnelle, « *le juge ne doit plus être perçu comme le premier recours, mais comme le dernier, saisi seulement lorsqu'il n'a pas été possible de régler autrement le conflit : il faut avoir épuisé les voies du dialogue entre soi avant d'aller quérir la tierce parole du juge. C'est un devoir civil et une responsabilité sociale* » pour les chefs d'entreprise de reconsidérer leur participation à la gestion de leur contentieux économique. « *On pourrait même y voir, avec un brin d'audace, l'émergence d'une écologie de la justice, dès lors que le bilan carbone de la justice amiable, présentée comme une justice durable éteignant le conflit au-delà du litige, est supérieur à celui de la justice adjudicatrice, même si cette dimension n'est certes pas exclue de l'acte de juger, ce que Paul Ricœur réfère à sa fonction éthique, à sa finalité longue, de rétablir la paix sociale* »⁸⁰⁴. Il s'avère que le déploiement d'une telle offre de justice conventionnelle et la lecture de l'article 4 de la loi dite « J21 » puisse s'interpréter comme la volonté du législateur de considérer l'accès au juge, sinon totalement comme une nouvelle voie alternative en elle-même, au moins comme une voie de second degré. En effet, les dispositions dudit article mentionnant une obligation de tentative conventionnelle préalable obligatoire : « *à peine*

⁸⁰³ A. DORANGE, *Les mesures relatives aux MARD dans l'avant-projet de loi de programmation pour la Justice*, in *Wolters Kluwer France, Actualité du droit*, 19 mars 2018, <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/civil/procedure-civile-et-voies-d-execution/12436/les-mesures-relatives-aux-mard-dans-l-avant-projet-de-loi-de-programmation-pour-la-justice>.

⁸⁰⁴ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, sauf si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ; si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ; si l'absence de recours à la conciliation est justifiée par un motif légitime »⁸⁰⁵, retranscrite dans les articles 56 et 58 du code de procédure civile, impose comme nouvelle condition de saisine du juge d'avoir préalablement tenter une procédure conventionnelle, et que celle-ci ait échoué pour que le différend puisse être soumis à la justice étatique. Dans ce sens, la saisine du juge ne peut se faire que dans le cadre d'un échec, total ou partiel, de la tentative de résolution conventionnelle du litige opposant les parties ; propulsant le juge de premier interlocuteur en matière de résolution des différends, à celui d'ultime recours. Au-delà de cette condition, de cette formalité de mise en œuvre d'une action en justice, ces dispositions légales symbolisent la vocation de la justice étatique à devenir une voie « alternative » à la justice conventionnelle en matière de résolution du contentieux économique de l'entreprise, faute de succès quant à l'obtention d'un accord amiable ou d'une sentence arbitrale. Une distinction de niveau d'accès qui, conditionnant la saisine du juge au recours préalable à la justice conventionnelle qui va permettre au juge de se recentrer, non plus sur une balance d'intérêts privés et un contrôle de proportionnalité, mais de se concentrer à nouveau sur sa mission de gardien, dans une organisation de droit écrit, de la sécurité juridique et de l'application des textes de loi dans un second temps⁸⁰⁶ ; les parties et leurs avocats étant, dès lors, en charge de trancher leur différend pour les uns et d'effectuer cette recherche de solution conventionnelle dans un cadre légal pour les autres, cela sous le contrôle du juge qui reste l'émanation de l'État de droit en matière de justice.

⁸⁰⁵ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JOFR, 19 novembre 2016, n°0269.

⁸⁰⁶ C. BLERY et L. RASCHEL et S. AMRANI-MEKKI, *Quarante ans après : une nouvelle ère pour la procédure civile*, Dalloz, col. *Actes*, 2016.

B. LA JUSTICE INSTITUTIONNELLE : LA VOIE DES RECOURS CONTRE LA JUSTICE CONVENTIONNELLE

L'autre aspect de la justice conventionnelle qui place la justice étatique au rang de juridiction de second degré s'exprime par le fait que cette dernière constitue, sinon une voie d'ultime recours en cas d'échec de conciliation conventionnelle des parties, une voie de recours à l'encontre des accords issus des modes amiables et alternatifs de résolution des différends. Il advient ainsi, bien que les MARC offrent « *aux acteurs de la vie économique et sociale de nouveaux espaces de liberté juridique qu'investissent conventions et contrats de toutes sortes. Le jugement a vocation à s'engouffrer dans le champ ainsi ouvert car les accords qui se forment sont des désaccords en puissance : ce pourrait même être une loi sociologique que le recours au juge est proportionnel au recours au contrat* »⁸⁰⁷. En conséquence, l'office du juge tend vraisemblablement s'adapter à la modification de la demande de justice exprimée par les justiciables, en tant qu'intervenant secondaire de résolution des différends, post-résolution amiable et/ou alternative, mais celui-ci reste au cœur du système judiciaire et juridictionnel français. Le juge étatique conserve de beaux jours devant lui car il détient, et détiendra encore longtemps, un rôle primordial incontestable dans le système judiciaire français, figure de la Justice en tant qu'émanation de l'État. Dans ce sens, « *le rapport de la Commission Guinchard (2008) a bien montré les limites de la déjudiciarisation comme mode de désengorgement des cours et tribunaux. Un tel procédé ne se conçoit que si l'affaire peut être traitée avec une efficacité accrue, dans des conditions respectueuses de l'égalité des citoyens devant la loi en matière civile, des droits de la défense et des intérêts des victimes en matière pénale, du droit d'accès à la justice et au juge en toutes matières, selon les principes définis par le droit européen. Le droit d'accès au juge est en effet fermement garanti par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. La Cour de justice de l'Union européenne adopte la même position lorsqu'elle impose qu'un préliminaire de médiation obligatoire n'entrave pas l'accès à la justice, qu'il ait un coût faible pour le justiciable et qu'il soit suffisamment encadrer pour ne*

⁸⁰⁷ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

pas retarder l'accès au droit»⁸⁰⁸. Il en résulte que le développement de la justice conventionnelle soit limité dans son principe, les accords contractuels trouvant consensus aujourd'hui entre les parties constituent la source d'une compétence future pour la justice étatique où le juge traditionnel reste incontestablement le tiers impartial pouvant impérativement trancher le différend. Un point qui n'a pas échappé au législateur, que ce soit pour assurer le respect des conventions européennes protégeant le droit à un procès équitable pour les parties, mais encore l'efficacité juridique de la justice conventionnelle, celui-ci ayant prévu que le juge retrouve sa place dans la résolution du contentieux économique de l'entreprise dès lors que les parties échouent à se concilier, mais également si l'une d'entre elle outrepassé ses droits, au détriment de l'autre partie litigieuse. Tel est le cas, par exemple, de la sentence arbitrale qui est soumise à un régime spécifique de voies de recours qui prévoit, non la possibilité de recourir à l'opposition ou au recours en cassation qui sont exclus contre la sentence arbitrale, mais permet l'accès aux voies de l'appel et du recours en annulation, ainsi que celles de la tierce opposition et du recours en révision⁸⁰⁹. Concernant le recours en annulation par exemple, « au fil du temps, il est devenu le recours de droit commun dans l'arbitrage interne, les parties renonçant très souvent à l'appel, alors qu'elles ne peuvent renoncer par avance à exercer un recours en annulation contre une sentence, renvoient les parties devant le juge étatique. Matériellement, Le recours en annulation est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, recevable dès le prononcé de la sentence et doit être exercé dans le mois de la notification de la sentence, dans les cas où : (1) le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou (2) le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou (3) le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou (4) le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou encore si (5) la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international⁸¹⁰. Dans le même esprit, les conventions, transactionnelles ou non, en tant que conventions, sont soumises au droit commun des contrats

⁸⁰⁸ P. DELMAS-GOYON, *Rapport dit Delmas-Goyon : Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, « Le juge du 21ème siècle », un citoyen acteur, une équipe de justice*, Ministère de la Justice, 2013.

⁸⁰⁹ JCI, Fascicule 1046 : arbitrage – la décision arbitrale – voies de recours, Procédure civile, LexisNexis Jurisclasseur, 2 novembre 2011.

⁸¹⁰ Articles 1518 et suivants relatifs aux voies de recours en matière arbitrale, Code de procédure civile, Op. Cit.

et donc aux voies de recours propres aux contrats. Tel est le cas, par exemple, du recours en annulation, notamment pour vices de consentement, dans l'hypothèse où l'une des parties essaieraient, en contradiction avec les principes directeurs des MARD et de la négociation raisonnée, d'abuser ou de tromper le consentement à l'accord de l'autre partie, ou bien encore que l'une d'entre elle n'ait pas été réellement capable de consentir et d'engager, notamment l'entreprise, à l'accord trouvé ; mais encore la possibilité d'obtenir, sinon l'exécution, au moins réparation via l'engagement de la responsabilité contractuelle en vertu des obligations contractées dans la convention de résolution du différend. Il en résulte que si les institutions judiciaires, représentées par le juge, sont bien souvent la proie de nombreuses critiques, notamment en raison de l'imprévisibilité de la décision, des délais, ... le juge reste et restera encore le tiers impartial, en qui les justiciables placent leur confiance pour régler les litiges de manière impérative quand rien ne va plus et que les négociations ne sont plus envisageables, ou que celles-ci ont échoué, a priori ou a posteriori de la conclusion d'une convention de résolution amiable ou d'une sentence arbitrale. Il advient effectivement que si les justiciables, dont les petites et moyennes entreprises, peuvent apprécier le développement d'une justice conventionnelle plus flexible et adaptée aux besoins du monde des affaires, les institutions traditionnelles étatiques, le juge, à l'image de Thémis, n'a pas encore déposé son glaive et sa balance. Celui-ci reste, bien qu'avec un peu plus de recul, ayant cédé une partie du terrain de la résolution du contentieux économique directement aux premiers intéressés par leurs conflits, le gardien de l'État de droit régissant notre société démocratique par l'encadrement de la justice contractuelle, aux fins de la protection des droits fondamentaux de chacun, de la préservation de l'ordre public, des bonnes mœurs et de la sécurité juridique.

CONCLUSION DE TITRE

Dès lors qu'un risque juridique se réalise, emportant la naissance d'un différend à résoudre pour l'entreprise, et que la tentative de résolution amiable dudit litige a échoué ; tout n'est pas encore perdu pour le dirigeant-entrepreneur qui souhaite éviter le recours à une procédure contentieuse traditionnelle. En effet, de manière concomitante au phénomène de déjudiciarisation, la dés-implication de l'État dans la résolution des différends économiques se poursuit par le développement de procédures juridictionnelles privées. A la différence des MARD, ces procédures sont dites alternatives dans le sens où elle n'impliquent pas un préalable conventionnel à la saisine d'une juridiction, mais consistent en de véritables procédures juridictionnelles. La différence fondamentale réside dans le fait qu'en matière amiable, les parties se saisissent de la résolution de leur différends, avec l'assistance ou non d'un tiers professionnel pour les assister, mais le tiers n'est pas investi d'un quelconque pouvoir juridictionnel. Concernant les procédures alternatives, et singulièrement en matière de procédure arbitrale, l'entreprise peut éviter le contentieux économique en saisissant un juge privé dans le cadre d'une procédure modelée sur mesure conventionnellement. La procédure arbitrale est une institution juridictionnelle dont le sens où elle est reconnue juridiquement comme une procédure juridictionnelle, avec ses spécificités évidemment, dont la distinction repose sur la transmission de la juridiction du juge étatique à un juge privé. Une délégation singulière du pouvoir juridictionnel de l'État dans le domaine privé, permettant aux petites et moyennes entreprises d'accéder à une procédure sur mesure d'une part, mais surtout de recourir à une procédure conventionnelle aboutissant à décision impérative, exécutable via la procédure d'exequatur, que ce soit sur le territoire français comme à l'étranger. Les entreprises peuvent ainsi recourir à une procédure adaptée à leur besoin, modelable conventionnellement, offrant l'avantage de certaines garanties propres au jugement étatique, bien que disposant de ses propres caractéristiques, en s'épargnant les désagréments traditionnellement reprochés aux juridictions institutionnelles classiques. Une nouvelle ère procédurale à l'aune de la résolution conventionnelle des différends, qu'elle soit amiable ou alternative, qui tend à aller plus loin avec le développement, bien que tardif en droit français, du droit collaboratif. A la lisière de l'idéologie alternative de l'arbitrage, et de l'emprunt aux processus amiables, notamment à la

procédure participative qui fût son point d'entache en droit français ; le droit collaboratif est une procédure hybride symbole du phénomène de privatisation de la résolution des différends. Si en matière arbitrale, l'arbitre est reconnu comme un juge, un juge privé, mais un juge tout de même, à travers une délégation institutionnalisée du pouvoir juridictionnel ; le droit collaboratif est un processus purement conventionnel par lequel les parties à un différend peuvent décider, sinon de déléguer un pouvoir juridictionnel, du moins pas de manière juridiquement explicite faute de fondement législatif, de confier une telle mission à des tiers spécifiques. Les avocats collaboratifs se voient conférer une mission juridictionnelle de résolution des différends dans le sens où, contrairement aux modes amiables de résolution des différends, les parties renoncent à leur capacité de saisine des tribunaux étatiques durant le processus de droit collaboratif. Une telle renonciation au cours d'un processus purement conventionnel qui marque l'aspiration de la procédure civile à tendre vers la privatisation. Une désétatisation de la résolution du contentieux économique qui redéfinit le rôle de chacun dans le système judiciaire français, redistribuant les cartes dans le jeu de la Justice. Une nouvelle partie au cours de laquelle les acteurs économiques et les auxiliaires de justice prennent la main par une résolution directe et participative du contentieux économique, et où le juge étatique traditionnel devient un « Joker », un gardien du droit en tant que juridiction de second degré qui intervient dans l'hypothèse d'une défaillance des modes amiables et alternatifs de résolution des différends, ou tout simplement pour s'assurer du respect des règles par les différents participants.

CONCLUSION DE PARTIE

Si « *ces perspectives ne donnent pas seulement du crédit à la thèse du renforcement de la contractualisation du procès et de la justice : elles traduisent aussi une évolution considérable du système français de justice* »⁸¹¹ qui via un phénomène de désétatisation, tend à la responsabilisation des acteurs économiques dans l'engagement participatif à la résolution de leurs différends économiques ; intégrant, ainsi, directement les entreprises dans la pacification de leur rapports économiques et sociaux. Dans ce sens, les techniques de management des risques prônent de prévenir tant l'apparition de situation pouvant conduire à un contentieux économique pour l'entreprise, tout aussi bien que les risques de contentieux en eux-mêmes comportant ainsi les risques de récidives de contentieux économiques pour l'avenir. Pour cela, le choix du mode de résolution des différends constitue *per se*, un aspect central de la politique de gouvernance juridique à conduire par l'entreprise. En effet, les MARD permettent non seulement de résoudre le conflit technique, mais aussi le différend relationnel qui, s'il n'est pas également traité, ne peut que conduire, de manière inéluctable, à répéter le litige demain. Le management des risques juridiques en matière de contentieux économique peut donc préconiser à l'entreprise de s'intéresser à la question du mode de résolution des différends, non seulement à la naissance du litige, mais également en amont pour que, le jour où malheureusement un risque se réalise, elle ne soit pas prise au dépourvu et, privée d'un jugement objectif par des difficultés relationnelles, ne fasse pas le choix optimal pour la gestion et la résolution de son contentieux économique. Le choix d'une justice adaptée aux spécificités et aux besoins de chaque entreprise, organisée par elle, pour elle, et accessible aux petites et moyennes entreprises, pour répondre au mieux, de manière participative, conventionnelle et responsable à la résolution de son entier différend, le juge étatique étant, quant à lui, toujours une porte ouverte et sûre, en cas de besoin, pour aider l'entreprise dans la résolution de son contentieux économique conformément à l'évolution contemporaine du droit processuel.

⁸¹¹ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

CONCLUSION

*« Bien loin de manifester des exigences,
le conte de fées rassure, donne de l'espoir pour l'avenir
et contient la promesse d'une conclusion heureuse »,*

Psychanalyse des contes de fées,
de Bruno Bettelheim.

Suivant le raisonnement de l'auteur, *« tout conte de fées est un miroir magique qui reflète certains aspects de notre univers intérieur et des démarches qu'exige notre passage de l'immaturité à la maturité. Pour ceux qui se plongent dans ce que le conte de fées a à communiquer, il devient un lac paisible qui semble d'abord refléter notre image ; mais derrière cette image, nous découvrons bientôt le tumulte intérieur de notre esprit, sa profondeur et la manière de nous mettre en paix avec lui et le monde extérieur, ce qui nous récompense de nos efforts »*⁸¹². Dans ce sens, loin de prétendre à la beauté littéraire et au divertissement que procure un conte de fées, cette contribution ambitionne ***d'appréhender la gouvernance juridique des petites et moyennes entreprises, non comme une contrainte représentant une charge pour le dirigeant-entrepreneur, mais d'avantage comme un mode de gestion responsable***, tant pour l'entreprise que pour son environnement, pour l'avenir et contenant la promesse d'un développement prospère.

⁸¹² B. BETTELHEIM et T. CARLIER, *Psychanalyse des contes de fées*, Paris, R. Laffont, 2016.

Le droit. La bête noire de nombreux dirigeants-entrepreneurs qui ne voient en lui que contrainte, complexité et difficulté sources de risques pour leur entreprise. Il s'avère également que ces derniers, s'ils veulent éviter de subir les conséquences désastreuses éventuelles d'une défaillance de conformité juridique de leur organisation, ne peuvent simplement se contenter d'ignorer la question. Les dirigeants-entrepreneurs ne peuvent plus se permettre d'être d'excellents hommes d'affaires, des innovateurs, de disposer d'un talent particulier, etc. Les dirigeants de petites et moyennes entreprises doivent porter de nombreuses casquettes tout en s'intéressant de près, à défaut pour une majorité de pouvoir externaliser ce service, à l'aspect juridique de leur entreprise. L'ambition des propos soutenus dans cette contribution était de proposer un guide pour aider les dirigeants de petites et moyennes entreprises à appréhender l'environnement juridique dans lequel évolue leur entreprise, pour le maîtriser et éviter ainsi d'être confronté au risque juridique que représente le contentieux économique. La question qui a guidé le raisonnement, et l'argumentation qui a précédé, est la suivante : *Comment permettre aux petites et moyennes entreprises d'éviter le contentieux économique ? Quels sont les instruments juridiques soulevés par les profondes mutations contemporaines de la procédure civile permettant d'éviter la confrontation de l'entreprise à la réalisation d'un risque juridique conduisant au contentieux économique ? Dès lors qu'un risque juridique se réalise, malgré une politique de prévention et de traitement desdits risques mis en œuvre par l'entreprise, quelles sont les solutions à disposition ? Face à la survenance d'un litige, comment l'entreprise peut-elle encore éviter le contentieux économique dans le sens traditionnel du terme ?* L'enjeu était ici d'apporter des réponses à toutes ces préoccupations que peuvent rencontrer les dirigeants de petites et moyennes entreprises, pour leur permettre de mieux intégrer l'environnement juridique dans la gestion de leur entreprise, en leur apportant des solutions adaptées aux nouvelles exigences législatives et à la spécificité de leur organisation ; cela dans le dessein de leur éviter les contrariétés soulevées par le contentieux économique.

Une gouvernance juridique responsable des PME.

Maitriser son environnement juridique.

Il est essentiel de comprendre que l'entreprise évolue dans un environnement, avec tous les aspects de celui-ci, notamment juridiques et sociaux, la soumettant à un ensemble de règles et conditions qui viennent l'entourer et constituer son cadre de vie⁸¹³. Un environnement juridique qui évolue constamment, tant d'initiatives privées qu'institutionnelles, et qui impacte la gestion des organisations. Un impact source de risques, notamment de contentieux économique, souvent négligés par les dirigeants-entrepreneurs des petites et moyennes entreprises, ces derniers ayant déjà, comme le dit l'expression, « *la tête dans le guidon* » au quotidien, gérant les difficultés au jour le jour, estimant à tort que leur entreprise n'est pas concernée par ces considérations, notamment en raison de sa taille. Par ailleurs, « *les dirigeants s'attachent davantage aux conséquences financières et économiques des risques mettant en péril l'activité et le patrimoine de l'entreprise (alors que) les juristes quant à eux, se préoccupent plus des faits à l'origine des évènements potentiellement dommageables et des moyens susceptibles de les neutraliser* » ; autrement dit, en fonction des sensibilités, « *il semble que l'on puisse opposer une culture de résultats à une culture de prévention* »⁸¹⁴. Il advient que dans le contexte juridique contemporain, complexifié par la juridisation et la judiciarisation des relations économiques et sociales, ainsi que par la mondialisation et le développement des échanges internationaux, les dirigeants-entrepreneurs de petites et moyennes entreprises ne peuvent plus éluder le sujet et doivent protéger leur organisation des risques véhiculés par cet environnement juridique, qui plus est, connaît de profondes mutations, en demande d'individualisation et de meilleure gestion des services publics de la Justice, venant les responsabiliser dans la gestion et le traitement de leurs différends. Dans ce sens, il est nécessaire de comprendre que si l'entreprise ne prend pas conscience de son environnement juridique et ne l'intègre pas à son mode de gestion et à ses stratégies de gouvernance, celui-ci viendra à elle de lui-même, avec toutes les conséquences et les risques que cela peut emporter pour l'entreprise

⁸¹³ Environnement. *LAROUSSE*, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>.

⁸¹⁴ MARSH & MCLENNAN COMPANIES et AFJE, *Les dirigeants et les juristes de PME face à la gestion des risques*, 2005.

et son dirigeant. Néanmoins, « *la difficulté est que, même si des dirigeants lucides reconnaissent l'existence d'un vrai risque, cela ne signifie pas qu'ils auront le courage requis pour sortir des sentiers battus (;) ils risquent bien de continuer à succomber à la tentation d'adopter la politique de l'autruche, en priant pour que les problèmes surviennent après leur règne ou que d'autres donnent l'exemple* »⁸¹⁵.

Ainsi, l'enjeu était d'apporter un soutien aux petites et moyennes entreprises en matière de gouvernance stratégique d'évitement du risque juridique de contentieux économique en leur fournissant un guide d'outils mobilisables dans la prévention des risques juridiques éventuels et, le cas échéant, dans l'hypothèse de la réalisation d'un risque, pour le traitement conventionnel, qu'il soit amiable ou alternatif, de la résolution des litiges au prisme de la problématique suivante : ***Par quels mécanismes la responsabilisation des acteurs économiques prône-t-elle la mise en œuvre d'une gouvernance juridique permettant aux petites et moyennes entreprises d'éviter le contentieux économique ?*** Un questionnement traité au prisme de deux axes complémentaires mettant en exergue deux principaux facteurs de responsabilisation des PME en matière de gouvernance juridique. Il advient effectivement que le processus de responsabilisation trouve sa traduction concrète par **un mouvement de réforme du système judiciaire promouvant la mise en place d'une politique de prévention des risques de l'entreprise** ainsi que par **un mécanisme de désétatisation de la résolution des différends économique de l'entreprise**. Matériellement, le système judiciaire évolue à l'aune d'une politique de responsabilisation, via une volonté de replacer les justiciables au cœur de la résolution de leurs différends, des « citoyens acteurs » et des « entreprises actives », pour une justice autorégulée et coopérative permettant de répondre, du moins pour partie, aux difficultés rencontrées actuellement par le système judiciaire français en crise. Dans ce sens, les entreprises, et les petites et moyennes entreprises n'échappent pas à cette mutation profonde de notre société civile contemporaine, emportant un phénomène général de désétatisation de la gestion du contentieux économique. Une responsabilisation juridique des petites et moyennes entreprises qui contraint les dirigeants-entrepreneurs à repenser leur gouvernance d'entreprise pour un

⁸¹⁵ R. COHEN, *La justice, talon d'Achille des organisations*, in *L'Expansion Management Review* 2010, Vol. 138, n° 3, p. 103.

système global performant, transformant les risques juridiques de contentieux économique, pouvant affecter l'entreprise, en opportunités stratégiques, via un mode de gestion complet intégrant l'environnement juridique et les différentes parties prenantes de l'organisation, que ce soit a priori ou a posteriori de la survenance d'un risque juridique de contentieux économique.

Mettre en place une politique gouvernance des risques juridiques.

Dans ce sens, les dernières réformes légales viennent promouvoir une gouvernance de gestion et de traitement des risques juridiques de contentieux économique, à priori, fondée sur une politique de prévention des risques ; et qui trouve son essor dans l'adoption de ***la loi 2017-399 du 27 mars 2017 relative au « devoir de vigilance »*** des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre de manière directe, et de toutes les entreprises de manière indirecte, incluant ainsi les petites et moyennes entreprises dans le champ d'application de cette nouvelle réglementation⁸¹⁶. La PME « post-moderne » se verra demain, si ce n'est pas déjà le cas, contrainte d'aller au-delà de la simple application du cadre normatif dans lequel elle évolue, mais devra asseoir ses stratégies, son développement et l'exercice de ses activités, en intégrant la gestion et la prévention des risques juridiques à sa gouvernance pour prévenir les dommages et risques potentiels qu'impliquent les buts de l'organisation sur son environnement. L'enjeu consiste donc à adopter une gouvernance par le management des risques juridiques évitant ainsi à l'entreprise d'être confrontée à la survenance d'un différend pouvant mener à un risque de contentieux économique, ou du moins, à défaut de résorption totale, de réduire ce risque qui menace la pérennité de l'entreprise. Pour cela, il s'agit pour le dirigeant-entrepreneur d'appréhender ledit environnement de son organisation aux fins d'identifier les risques juridiques qui menacent l'entreprise en vertu des outils et des principes de la théorie de management des risques. *Comment ?* Par l'application des concepts qui ont été soulevés au long des développements précédents. *Lesquels ?* Et bien pour protéger son entreprise, le dirigeant-entrepreneur doit la connaître, pas en terme de nombre de salariés, de chiffre d'affaire, ... Mais d'un point de vue structurel et organisationnel ; et en réaliser un audit complet par l'analyse des ressources de l'entreprise et le droit qui leur est applicable. Cette étude doit être menée aux fins

⁸¹⁶Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JOFR, 28 mars 2017, n° 0074.

de mettre en avant l'environnement juridique et social qui constitue l'entreprise, dans lequel elle évolue et qui encadre l'exercice de ses activités ; l'objectif étant de permettre à l'entreprise de mieux appréhender les tenants et les aboutissants juridiques qui la constituent pour maîtriser son environnement. ***Dès lors que les risques juridiques sont identifiés, ces derniers doivent être mesurer*** ; bien que pour mettre en œuvre une gouvernance juridique totalement efficiente et sans faille, la totalité des risques doivent être traités par l'entreprise, elle se doit de gérer les risques juridiques les plus dangereux en premier lieu, réservant les risques moins critiques pour un second temps. ***Une fois l'état des risques juridiques de l'entreprise dressé, il est nécessaire de définir une politique de gestion et de traitement desdits risques*** permettant de les réduire, voire de les résorber ou de les annihiler. Bien que nombreuses techniques puissent être déployées pour éviter le contentieux économique, développées et affinées en fonction des risques juridiques à traiter, que l'argumentation ci-dessus sur le sujet en témoigne, l'entreprise dispose de ***moyens à la fois défensifs et offensifs pour se prémunir du contentieux économique***. D'un point de vue *défensif*, elle peut d'ores et déjà se concentrer sur la mise en place d'une politique de conformité à la réglementation en vigueur pour éviter de se soumettre à des risques certains. Outre la mise en œuvre d'une politique de conformité juridique, il est nécessaire pour l'entreprise de maîtriser l'information juridique au sein de son organisation ; qu'il s'agisse de l'amélioration de la culture juridique des différents agents, que la mise en place d'une veille juridique permettant d'anticiper l'impact de la norme juridique nouvelle dans la stratégie de l'entreprise. Par ailleurs, le dirigeant-entrepreneur peut se prémunir du risque juridique résiduel de son organisation en ayant recours à des mécanismes assurantiels lui apportant, faute de pouvoir les résorber, une protection contre la survenance d'un risque. D'autre part, l'entreprise dispose de nombreux moyens pour établir une *politique offensive* de lutte contre les risques juridiques de contentieux économique ; celle-ci pouvant agir en optant pour : (1) *une politique de cohérence contractuelle* lui permettant d'appréhender les risques juridiques à venir par la maîtrise et l'encadrement de ses relations contractuelles et, à défaut d'être en mesure de prévoir totalement l'imprévisible, au moins de l'anticiper et venir le réduire au minima ; (2) le *recours à des mécanismes juridiques*, tantôt de protection via l'insertion contractuelle de garanties-suretés pour préserver l'entreprise des débiteurs indécisifs et des mesures visant à protéger le patrimoine immatériel de l'organisation (compétence, produits,

etc), tantôt d'exécution par des moyens de pression et des procédures simplifiées permettant d'éviter d'en arriver au procès, au contentieux à proprement parlé.

En conséquent, il est primordial de retenir, dès lors que la gestion et la prévention des risques juridiques devient une obligation légale, que le défaut de mise en œuvre d'une gouvernance des risques par l'établissement d'un plan de prévention et de traitement desdits risques, constituent un risque de contentieux économique per se, et un risque économique de manière générale pour l'entreprise, notamment envers l'impact que cette obligation implique sur les relations commerciales qu'elle peut détenir envers les grandes entreprise, que son dirigeant ne peut se permettre de négliger.

Opter pour le recours à des modes amiables ou alternatifs de résolution des différends.

Il advient que si, malgré une gouvernance de l'entreprise par la mise en œuvre d'une politique de gestion et de traitement des risques juridiques, un évènement survient, et un risque se réalise, les mutations profondes que connaît le système judiciaire français contemporain permet à l'entreprise d'opter pour des solutions juridiques de résolution des différends autres que le procès civil traditionnel. En effet, pour rappel, il est possible de considérer que « *rendre la justice n'est que la seconde dette de la société, (dans le sens où) 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* »⁸¹⁷. Renouant avec cette philosophie, suite à de nombreuses années de judiciarisation, la Commission Guichard et les groupes de travail qui ont succédé autour de la question de la Justice du XXIème siècle posent les jalons d'une « *démocratie procédurale* » remplaçant une « *démocratie des individus* »⁸¹⁸ « *où, tout en réaffirmant le droit fondamental de toute personne au procès équitable (article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme), chacun est convié à conduire sa vie et être associé à toutes les décisions qui le concernent* »⁸¹⁹. Une philosophie qui se traduit, notamment en matière de traitement du

⁸¹⁷ Voir ASSEMBLEE NATIONALE, *Séance du 21 juin 1850*, Assemblée Nationale, 1850.

⁸¹⁸ S. GUINCHARD, *Vers une démocratie procédurale*, in *Justices*, Nouvelle série, 1991, Vol. 1, p. 91.

⁸¹⁹ A. GARAPON, *Le gardien des promesses : le juge et la démocratie*, Paris, O. Jacob, 1996.

contentieux économique, par une autonomisation des entreprises et de leurs dirigeants quant à la résolution de leurs différends via deux principaux moyens procéduraux tenant tantôt au développement des modes amiables de résolution des différends (dits MARD), tantôt des modes alternatifs, visant un phénomène global de détournement des institutions juridictionnelles traditionnelles. Globalement ***la transformation tend d'un système légal-centriste s'exprimant à travers l'autorité régaliennne et impérative du juge vers une justice sociale et coopérative responsabilisant les entreprises dans la résolution participative de leurs différends***. Tel est le sens des dernières réformes législatives, notamment du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015, modifiant les articles 56 et 58 du code de procédure civile qui exigent dorénavant que « *sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* » ; et de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle. Pour cela, de nombreuses possibilités s'ouvrent à elles pour éviter le contentieux économique au sens du recours au procès civil traditionnel, à travers le déploiement d'une offre, d'une ***gamme de justice conventionnelle amiable***, tantôt de manière préalable totalement contractuelle (transaction, médiation, conciliation, procédure participative) tantôt via l'intervention du juge permettant la redirection des parties vers des processus judiciaires de substitution au procès traditionnel (procédures amiables judiciaires, procédures amiables particulières organisées par la loi). En dehors du développement d'une justice conventionnelle préalable à l'action en justice traditionnelle permettant, en cas de succès des négociations d'éviter le procès, l'entreprise peut également ***recourir à une justice dite alternative***, ainsi qualifiée puisqu'elle répond à une toute autre idéologie. Elle ne constitue pas un préalable conventionnel pour éviter de soumettre le différend à un juge ; la Justice alternative troque le juge étatique pour un juge privé, un tribunal arbitral constitué de personnes privées qui vont rendre un véritable jugement privé, dit sentence, conformément aux instructions procédurales convenues par les parties, par l'entreprise elle-même pour une Justice sur mesure, avec tous les avantages qu'une telle personnalisation comporte. Et la marche vers une Justice privée ne fait que commencer, le processus collaboratif qui mérite encore de trouver sa voie en droit français, vient remettre totalement la résolution des différends entre les mains des parties litigieuses et de leurs avocats, répondant à la fois aux concepts directeurs des modes amiables

et à l'idéologie alternative de la procédure arbitrale. Le déploiement d'une telle offre de Justice conventionnelle ne peut qu'impacter les rôles de chacun dans le système judiciaire puisque si les entreprises et leurs conseils sont placés au cœur de la résolution directe et participative des différends, n'étant plus de simples acteurs passifs venant défendre leurs positions, mais des acteurs discutant autour d'intérêts communs pour parvenir à un accord, l'office du juge ne peut rester intacte. Si les entreprises et les auxiliaires de justice, notamment les avocats, se voient attribués un rôle accru dans la résolution du conflit par des instruments juridiques contractuels, le juge tend à devenir un « *notaire des engagements sociaux* » dont le rôle consistera à appuyer, contrôler et à accorder ses faveurs aux accords conventionnels et, le cas échéant, à devenir une juridiction de second degré à laquelle l'entreprise aura recours en cas d'échec ou de désaccord nés de la Justice conventionnelle. Un remaniement des frontières relatives aux attributions et au rôle de chacun dans la résolution des différends économiques de l'entreprise qui s'inscrit dans une tendance globale d'évolution de la Justice, pour une Justice du XXIème siècle.

Le recours au juge étatique : une voie judiciaire à ne pas négliger.

Dans ce sens, « *il ressort de l'examen des rapports entre justice publique et justice privée qu'au-delà des dissemblances, d'importantes convergences apparaissent et rapprochent à l'heure actuelle tout spécialement l'arbitrage et la justice étatique : « Dualités de légitimités, mais communauté d'éthique et de fin, diversité de moyens, mais unité fonctionnelle » a-t-on pu écrire*⁸²⁰. *Le constat se veut malgré tout rassurant, et on ne peut qu'y souscrire. L'ambiance passionnelle, affective ou idéologique*⁸²¹ *qui entoure la justice ne doit en aucun cas empêcher de poursuivre l'essentiel, afin d'éviter « le sabotage de la justice » dénoncé par Joseph K. (dans le Procès de Kafka) à l'encontre de ses juges. Car, en définitive, « que les juges soient désignés par l'effet d'un contrat social ou d'un contrat particulier ne change rien à l'affaire »*⁸²² : *quelle que soit la voie empruntée, c'est la justice, et elle seule, qui doit être poursuivie* »⁸²³. Il s'avère que l'entreprise, quant à la résolution de ses différends et plus généralement dans sa recherche

⁸²⁰ B. OPPETIT, *Justice étatique et justice arbitrale*, Litec, 1991.

⁸²¹ H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979.

⁸²² F. TERRE, *Au cœur du droit, le conflit*, in *La Justice, Autrement « Morales »*, *L'obligation impossible*, n° 16.

⁸²³ D. COHEN, *Justice publique et justice privée*, Association de philosophie du droit, 1997, n°41, p. 149 et s.

de justice, ne doit *pas totalement se fermer la porte de la justice traditionnelle* ; la voie de la résolution du contentieux économique de l'entreprise par le procès civil peut recouvrir un intérêt dans certaines situations. En effet, les juridictions étatiques et le procès traditionnel reste une solution pertinente de résolution des différends à ne pas négliger et mettre systématiquement de côté, même en vertu notamment des défauts qui ont pu être soulevés précédemment, et cela pour plusieurs raisons. Déjà, il convient d'observer que certains différends ne peuvent, en vertu des dispositions légales en vigueur, bien que la liste de ces exceptions ne cessent de se réduire, valablement être soumis à des procédures conventionnelles de résolution amiable ou alternative de résolution des litiges pour des raisons tenant à la spécificité du différend ou à la qualité des parties en jeu ; *dans ces hypothèses, seules la voie judiciaire est envisageable*. Tel est le cas, bien que les accords conventionnels tendent également à se développer en la matière, des différends économiques de l'entreprise comportant un aspect pénal ; ou encore certains différends ayant attrait au droit du travail. Ensuite, parce que malgré la diversité de l'offre procédurale en matière de justice conventionnelle, il advient que la situation ne s'y prête pas toujours. En effet, les modes amiables et alternatifs de résolution des différends reposent sur une volonté commune d'aboutir à un accord, plus ou moins poussé, qui s'étend du consensus sur le choix du mode de résolution des différends à utiliser, celui des modalités procédurales à mettre en œuvre (notamment pour l'arbitrage), jusqu'à la recherche coopérative d'une solution mutuellement bénéfique. À la lecture de ces éléments, il paraît évident que pour mettre en œuvre une procédure conventionnelle, l'état conflictuel de la relation opposant les parties litigieuses doit permettre sa mise en œuvre, et donc que les parties soient encore en mesure d'échanger, de communiquer et de trouver des consensus, et cela dès le choix de la procédure conventionnelle. En effet, s'il advient que « *chaque jour nous sommes appelés à négocier, tous tant que nous sommes (;) semblables à M. Jourdain, ravi d'apprendre qu'il avait, sa vie durant, fait de la prose, toutes sortes de gens négocient sans le savoir* »⁸²⁴ ; toutes les situations ne se prêtent pas, du moins à première vue, à la négociation, et tout particulièrement aux principes de la négociation raisonnée qui guide les MARD. Le cas s'exprime notamment lorsque le conflit est trop envenimé entre les parties et que chacune est ancrée dans ses positions, il s'agit ici

⁸²⁴ R. FISHER et W. URY, *Comment réussir une négociation*. Paris, Éditions du Seuil, 2006.

d'hypothèses où le dialogue et la communication sont parfois impossible à rétablir entre les parties. Une condition de succès des procédures conventionnelles mis en avant dans le cadre du processus de droit collaboratif, visant un travail d'équipe pour aboutir à une solution qui reconnaisse l'interdépendance de chacune des parties et la prise en compte de leurs intérêts respectifs. En effet, la première étape du processus collaboratif consiste en la rencontre entre l'avocat collaboratif et l'entreprise, celui-ci va étudier la situation litigieuse et évaluer à cette occasion si elle se prête ou non à un tel processus. Il est notamment essentiel pour l'avocat collaboratif, mais ce principe peut s'appliquer de manière générale aux procédures conventionnelles, d'évaluer « *le niveau actuel de conflit, la capacité des clients à coopérer et communiquer, le niveau de confiance entre eux, le niveau de difficulté sur les différentes questions à traiter, le niveau de violence ou de danger, et les besoins immédiats* »⁸²⁵ de l'entreprise et de son dirigeant-entrepreneur. Il reste qu'au-delà de la situation et de l'état des relations entre les parties litigieuses, pour de nombreux justiciables, malgré les défauts du système judiciaire, notamment ceux susmentionnés, le juge reste le tiers impartial par excellence. Pour reprendre l'argumentation utilisée dans cette contribution, « *si le juge judiciaire n'est plus le seul mode de régulation sociale, si le régulateur, l'arbitre et le conciliateur contribuent également, sinon identiquement, à assurer la paix sociale, à garantir le pacte social, le juge judiciaire demeure le délégué de cette mission étatique, émanation de l'État dont il ne faudrait pas oublier qu'il est et devrait s'appliquer à être, en toutes circonstances, le tiers impartial par excellence* »⁸²⁶.

⁸²⁵ N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.

⁸²⁶ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

Les outils d'aujourd'hui pour demain : la justice prédictive.

Il advient que si « *Justice publique et justice privée s'inscrivent encore dans une finalité commune, dans la recherche du même idéal de justice, comme avait pu le pressentir Motulsky. À travers la fonction juridictionnelle exercée, toutes deux doivent respecter des principes essentiels de toute justice digne de ce nom et liés à la notion de procès équitable. Si certaines règles techniques apparaissent attachées à un ordre étatique donné, ou ne visent que la justice publique, des principes fondamentaux cependant s'appliquent indifféremment à toute justice, quelque en soit la source, et paraissent relever, comme on a pu l'avancer, du droit naturel*⁸²⁷ »⁸²⁸. Un objectif de Justice et un cadre de règles techniques communes qui rassemblent, au-delà des dissemblances qui sont les leurs, la Justice publique et la Justice privée. En effet, pour aller plus loin, les clivages de paradigme qui ont pu exister, bien que la Justice privée n'en soit qu'à ses débuts, sont déjà de vieux débats. Ces dernières se retrouvent unies pour faire face à de nouvelles et incessantes évolutions qui les concernent tout autant, réunies autour de perspectives communes. Dans ce sens, si la théorie de l'évolution veut que tout progresse constamment, le système judiciaire n'y échappe pas et se retrouve plongé dans les méandres des évolutions technologiques de notre siècle. Ainsi, il s'avère que « *l'évolution ne tire pas ses nouveautés du néant (mais qu') elle travaille sur ce qui existe déjà, soit qu'elle transforme un système ancien pour lui donner une fonction nouvelle, soit qu'elle combine plusieurs systèmes pour en échafauder un autre plus complexe* »⁸²⁹. Et au cœur de cette évolution technologique, les algorithmes et l'intelligence artificielle se frayent une place au sein de la Justice, il s'agit du monde de **la justice prédictive**. En effet, « *après l'essor d'internet et de la dématérialisation, l'open data des décisions de justice, couplé au développement des algorithmes et de l'intelligence artificielle, soumettent en effet le juge à un défi nouveau : celui de la justice prédictive, qui doit s'inscrire au cœur de notre réflexion prospective* »⁸³⁰. Ainsi, « *parmi les*

⁸²⁷ H. MOTULSKY, *Le droit naturel dans sa pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, Paris, Dalloz, *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Vol. Tome II, 1961.

⁸²⁸ D. COHEN, *Justice publique et justice privée*, Association de philosophie du droit, 1997, n°41, p. 149 et s.

⁸²⁹ F. JACOB, *Le jeu des possibles : essai sur la diversité du vivant*, Paris, Fayard, 1981.

⁸³⁰ J.M. SAUVE, *Colloque organisé à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la*

grands changements annoncés dans les années à venir, la justice prédictive fait beaucoup parler. Conséquence du développement de l'intelligence artificielle, c'est un phénomène qui pour une fois ne sonne pas comme une menace pour les professionnels du droit mais plutôt comme une aide précieuse, tant pour eux que pour les justiciables. Mais de quoi parle-t-on au juste ? Quel est l'état de l'art en la matière ? Et qu'est-ce que ça apporte ? »⁸³¹.

Récemment, l'américain Éric Loomis a été condamné à six ans de prison pour avoir fui la police dans une voiture volée par une cour du Wisconsin qui s'est en partie appuyée sur un haut risque de récidive ; un risque calculé par le logiciel Compass, et bien que débouté par la Cour suprême de l'État du Wisconsin, n'ayant pas eu accès à l'algorithme, l'homme considère qu'il n'a pas bénéficié d'un procès équitable et tente désormais un recours auprès de la Cour suprême des États-Unis. Le juge ayant pris cette décision de justice s'est appuyé sur un outil de calcul statistique permettant de quantifier un risque, notamment un risque de récidive ; mais d'autres outils fonctionnant sur le même principe se développent. La justice prédictive désigne des « *algorithmes prédictifs, fondés sur l'ouverture progressive, mais massive et gratuite des bases de jurisprudence à tous – l'open data –, visent à accélérer le règlement des litiges et à accroître la sécurité juridique, en améliorant la prévisibilité des décisions de justice. En effet, par leur utilisation les juges connaîtront mieux les pratiques juridictionnelles de leurs collègues et les parties pourront déterminer plus précisément les chances de succès d'une procédure juridictionnelle, ainsi que les moyens les plus pertinents à soulever. En retour, le couple open data/algorithmes devrait favoriser l'accès au droit et l'égalité devant la justice ainsi que la stabilisation, l'harmonisation et la convergence de la jurisprudence* »⁸³². Un tel instrument juridique constituerait un outil particulièrement intéressant en termes de prévisibilité pour les entreprises quant à la mesurabilité des risques juridiques, celles-ci pouvant ainsi mesurer l'étendue du risque et l'appréciation de celui-ci, cela pour prévoir la décision que pourrait retenir un juge face à un risque de contentieux économique. Si « *aux États-Unis, plusieurs États*

Cour de cassation, Cour de Cassation, 2018.

⁸³¹ L. TAVITIAN, *Justice prédictive : où en est-on ?*, in *Village de la Justice*, 21 juillet 2016. <https://www.village-justice.com/articles/Justice-predictive-est,22683.html>.

⁸³² J.M. SAUVE, *Colloque organisé à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, Cour de Cassation, 2018.

utilisent des logiciels tels que *Compas* pour décider si un suspect doit être incarcéré avant son procès ou non, ou pour évaluer la probabilité de récidive, ce qui est susceptible d'influer sur le jugement », d'autres nations utilisent les outils de la justice prédictive. Largement développée en Chine, elle connaît un succès aux quatre coins du globe ; « au Royaume-Uni, la police de Durham va bientôt être équipée d'un programme similaire, appelé *Harm Assessment Risk Tool (Hart)*, pour déterminer si un suspect doit être placé en détention provisoire ou non (...) en France, il n'est pas question pour l'instant d'appliquer ce type d'outils au pénal mais des start-up comme *Predictice, Supra Legem* ou *Case Law Analytics* développent des solutions permettant d'anticiper les chances de réussite d'une affaire et les montants d'indemnisation au civil »⁸³³. En effet, si ces outils d'assistance juridique ne sont pas encore intégrés aux mœurs des institutions judiciaires, de nombreuses start-up se saisissent de ce marché émergent et proposent des services aux professionnels du droit qui permettent aux entreprises, entre autres :

(1) **D'estimer le montant** des dommages-intérêts, d'une pension, d'une indemnité ou de tout type de prestation à caractère monétaire pouvant être accordé par les juridictions dans certains domaines (bail, dommage, licenciement, trouble du voisinage, etc) ; (2) **De faire des statistiques sur les chances de gagner une procédure contentieuse**, une prévision sur le montant des indemnités qu'il est possible d'obtenir, et les éléments de fait ou de droit qui ont le plus de poids devant les juridictions ; (3) **De calculer le risque** pour une entreprise d'être condamnée en cas de contentieux lié, par exemple, au licenciement sans cause réelle et sérieuse ainsi que le montant de l'indemnité ; (4) D'analyser et faire remonter les décisions de justice dans le domaine du droit administratif en fonction de critères choisis par l'entreprise pour **révéler les positions de chaque juge** mettant parfois en évidence leur impartialité ; (5) D'**afficher graphiquement l'état du contentieux**, les montants indemnitaires moyens pour un litige, les arguments mobilisés par les juges et les avocats⁸³⁴. Tout l'intérêt va résider en la prévisibilité de la justice par la quantification du risque juridique pour l'entreprise grâce à des études statistiques des décisions de justice. Il en résulte que la justice prédictive est porteuse de

⁸³³ PARIS INNOVATION REVIEW, *La justice prédictive, ou quand les algorithmes s'attaquent au droit*, 9 juin 2017, <http://parisinnovationreview.com/article/justice-predictive-les-algorithmes-sattaquent-au-droit>.

⁸³⁴ L. TAVITIAN, *Justice prédictive : où en est-on ?*, in *Village de la Justice*, 21 juillet 2016. <https://www.village-justice.com/articles/Justice-predictive-est,22683.html>.

transformations majeures, offrant des évolutions bénéfiques pour la qualité et l'efficacité de la justice en permettant de mieux gérer le flux des contentieux de masse et de recentrer les magistrats sur le cœur de leur office. Tel est le cas « *pour le traitement des dossiers les plus répétitifs et les plus simples, ceux par exemple qui ne nécessitent que l'évaluation d'un dommage, l'application d'un barème ou d'une trame prédéterminée, encourageant aussi le règlement de nombreux litiges en amont même du recours au juge, par le développement des modes alternatifs de règlement, comme la médiation ou la conciliation* »⁸³⁵.

Néanmoins, comme le dit sagement un éminent chercheur en intelligence artificielle, et particulièrement en apprentissage profond, Yann LeCun : « *il faut éviter que les biais de la société ne se reflètent dans les décisions prises par les machines* ». Pour cela, l'intelligence artificielle en matière juridique offre des outils dont il faut se saisir dans le respect des principes fondamentaux de la Justice et de la procédure civile. Aux fins de se préserver des risques que peut comporter l'utilisation de tels instruments technologiques dans la prise de décision judiciaire, il est nécessaire d'observer quelques principes :

(1) Les juges doivent conserver leur ***liberté d'appréciation*** : « *Ces logiciels, qui à l'instar de la common law vont mettre en exergue la règle du précédent, ne doivent pas effacer la règle écrite par le législateur au risque d'inverser notre hiérarchie des normes* », prévient ainsi Stéphane Dhonte ; dans ce sens, il est essentiel que le juge utilise les outils de la justice prédictive au même titre que tout autre fait du dossier, avec suffisamment de recul pour ne pas substituer la norme d'application à la règle de droit⁸³⁶. Le mot d'ordre : le juge doit rester maître de la procédure ; dans le sens où il doit considérer ces nouvelles technologies comme des informations supplémentaires, une assistance destinée à éclairer son raisonnement tout en gardant ses attributions et son rôle à l'esprit.

⁸³⁵ J.M. SAUVE, *Colloque organisé à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, Cour de Cassation, 2018.

⁸³⁶ PARIS INNOVATION REVIEW, *La justice prédictive, ou quand les algorithmes s'attaquent au droit*, 9 juin 2017, <http://parisinnovationreview.com/article/justice-predictive-les-algorithmes-sattaquent-au-droit>.

(2) Les juges doivent conserver **leur indépendance** : « avec ce type de dispositifs, la part de jugement du magistrat peut se trouver aussi bien confortée que biaisée par des effets de surdétermination ou d’ancrage (;) les outils d’aide à la décision judiciaire doivent donc être conçus et perçus comme une aide auxiliaire au processus de décision du juge, permettant de faciliter son travail, et non comme une contrainte »⁸³⁷ observe la CEPEJ. Ainsi, l’obligation d’indépendance commande que le juge puisse appréhender ces outils comme une information supplémentaire mais qui ne le contraignent pas à suivre un « comportement moutonnier » qui serait conservateur et nocif au système judiciaire français et à son fonctionnement⁸³⁸.

(3) L’utilisation des algorithmes doit être fondée sur **les principes de neutralité et de transparence** : il est impératif que ces logiciels soient ouverts et a minima permettent à ses utilisateurs de comprendre leur fonctionnement pour s’assurer de l’équité de l’outil utilisé, que ce soit par l’avocat, comme par le juge. Pour cela, « il est nécessaire de savoir qui sont les sociétés qui commercialisent des logiciels de prédiction, qui sont leurs soutiens, leurs financements », ensuite « la communauté des utilisateurs doit pouvoir être renseignée sur l’algorithme utilisé et ne pas simplement se fier à une boîte noire » conformément aux exigences du procès équitable⁸³⁹. Par ailleurs, « la méthodologie retenue dans le traitement des données disponibles en open data doit être explicite et transparente, pour que les utilisateurs puissent comparer et discuter les résultats et obtenir des explications sur les différences, voire les erreurs ou les biais, qu’ils pourraient constater, débattre du contenu et des résultats des algorithmes. Il faut également veiller à la neutralité et la complétude des sources jurisprudentielles mobilisées dans le cadre de l’usage des algorithmes »⁸⁴⁰ pour éviter qu’apparaissent des biais ou pire, des

⁸³⁷ COMMISSION EUROPEENNE POUR L’EFFICACITE DE LA JUSTICE (CEPEJ), *Pour un panel des outils numériques au service de la Justice déjà en place en Europe et les voies de leur amélioration, voir Commission européenne pour l’efficacité de la justice (CEPEJ), CEPEJ (2016)13F : Lignes directrices sur la conduite du changement vers la Cyberjustice [Bilan des dispositifs et synthèse de bonnes pratiques]*, Commission Européenne, 2016.

⁸³⁸ PARIS INNOVATION REVIEW, *La justice prédictive, ou quand les algorithmes s’attaquent au droit*, 9 juin 2017, <http://parisinnovationreview.com/article/justice-predictive-les-algorithmes-sattaquent-au-droit>.

⁸³⁹ C. ZORN et F. BORG, *De la Justice prédictive à la Justice pré-conditionnée*, in *Justice*, octobre 2017, p. 24-25.

⁸⁴⁰ J.M. SAUVE, *Colloque organisé à l’occasion du bicentenaire de l’Ordre des avocats au Conseil d’État et à la*

discriminations. En effet, le programme ne faisant que recenser une grande quantité de décisions prises par les Hommes, il est possible qu'elle fasse ressortir les biais qu'elles contiennent et les consolident en proposant leur répétition.

(4) Il faut veiller à ce que ces outils n'empêchent pas ***l'évolution du droit*** : En effet, *n'y a-t-il pas aussi un risque que les algorithmes basés sur la jurisprudence se révèlent très conservateurs et bloquent l'évolution et l'amélioration du droit ? Bien que ces algorithmes fonctionnent en effet à partir de situations antérieures, la forte évolutivité des règles juridiques constitue en elle-même une limite technique pour les algorithmes*⁸⁴¹. Il conviendra donc de porter une attention particulière à l'évolution respective à la fois du droit et de l'outil qui le reflète.

Il s'avère que « *la connaissance sans la sagesse est de l'intelligence artificielle* »⁸⁴² ; dans cet état d'esprit, « *il faut veiller à ce que ces technologies ne finissent pas par déshumaniser la justice. Notre responsabilité est majeure, a averti Stéphane Dhonte à Lille. Ces logiciels de demain, qui peuvent être d'excellents outils d'aide à la décision, qu'elle soit judiciaire ou amiable, ne doivent pas nous écarter de nos objectifs communs : une justice de qualité, humaine et individualisée* »⁸⁴³. C'est la raison pour laquelle, ces outils doivent être appréhendés et utilisés pour ce qu'ils sont ; des outils statistiques sûre d'aide à la décision, des informations supplémentaires à disposition du juge, quel qu'il soit, pour l'aider à prendre sa décision et non, du moins en l'état actuel des choses, comme une technologie intelligente, qui se construit par un apprentissage profond autonome (deep learning), ayant vocation à remplacer totalement la présence humaine pour « *rendre la justice* ».

Cour de cassation, Cour de Cassation, 2018.

⁸⁴¹ PARIS INNOVATION REVIEW, *La justice prédictive, ou quand les algorithmes s'attaquent au droit*, 9 juin 2017, <http://parisinnovationreview.com/article/justice-predictive-les-algorithmes-sattaquent-au-droit>.

⁸⁴² De J. M. PAVELKA.

⁸⁴³ PARIS INNOVATION REVIEW, *La justice prédictive, ou quand les algorithmes s'attaquent au droit*, 9 juin 2017, <http://parisinnovationreview.com/article/justice-predictive-les-algorithmes-sattaquent-au-droit>.

En conclusion, les petites et moyennes entreprises doivent intégrer les considérations juridiques et se réapproprier leur environnement juridique et judiciaire pour mettre en œuvre une gouvernance globale et optimale de l'organisation, cela par la mise en œuvre d'un plan de vigilance permettant la gestion et le traitement des risques juridiques de l'entreprise, puis par un management optimisé et coopératif, dès lors qu'un risque juridique se réalise, de la résolution du contentieux économique de l'entreprise via le recours aux modes amiables et alternatifs de résolution des différends. Une gouvernance du contentieux économique qui redonne le pouvoir aux entreprises, même les plus petites d'entre elles, d'être actrices, et non simplement passives, de leur Justice, responsabilisées dans la recherche d'une solution négociée, et d'une solution pérenne, restaurative qui tend vers la pacification des rapports sociaux. Des mutations de la Justice et de la procédure civile constamment alimentées par l'évolution de la demande sociale en la matière et l'apport du développement des nouvelles technologies. Il est à la fois intrigant et passionnant d'observer, qu'au moment même où l'écriture, puis la lecture de ces lignes, s'effectuent ; le progrès ayant un appétit féroce et sans fin, d'autres innovations remodelent continuellement le droit et le système judiciaire français ... Quid de l'avenir ? Une question à laquelle seul l'adage « qui vivra verra » peut répondre.

Table des matières

RESUME	IV
REMERCIEMENTS	VI
LISTE DES ABRÉVIATIONS	X
SOMMAIRE	XIV
INTRODUCTION	1
PME.	1
LA GOUVERNANCE.	6
PME ET DROIT.	8
LA GOUVERNANCE JURIDIQUE.	8
LES PME ET LE RISQUE JURIDIQUE.	10
LES PME ET LE CONTENTIEUX ECONOMIQUE.	11
LES PME ET LA JUSTICE.	14
LA RESPONSABILISATION JURIDIQUE DES PME.	16
LES CONSEQUENCES DE LA RESPONSABILISATION SUR LA GOUVERNANCE JURIDIQUE DES PME.	19
PREMIÈRE PARTIE :	23
<u>L'ÉVITEMENT DU CONTENTIEUX ECONOMIQUE PAR LA GOUVERNANCE RESPONSABLE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE</u>	<u>23</u>
TITRE 1^{ER} : LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE	27
CHAPITRE 1 ^{ER} : LES FONDEMENTS DE LA RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE	29
SECTION 1 ^{ÈRE} : LA PRÉOCCUPATION DE LA GOUVERNANCE DU RISQUE JURIDIQUE PAR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	31
PARAGRAPHE 1 ^{ER} : LA MULTIPLICATION DES FACTEURS DE RISQUES JURIDIQUES POUR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	31
I. LES CONSÉQUENCES DE LA COMPLEXIFICATION JURIDIQUE SUR LES PME	31
A. LA JURIDISATION DES RELATIONS SOCIALES DES PME	32
B. LA JUDICIARISATION DES RELATIONS SOCIALES DES PME	34
II. LES CONSÉQUENCES DE L'INTERNATIONALISATION DES ÉCHANGES COMMERCIAUX DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	37
PARAGRAPHE 2 ND : LE PARI DE LA GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES POUR LA PRÉSERVATION DES INTÉRÊTS DE L'ENTREPRISE	42
I. LA PRÉVENTION CONTRE LES CONSEQUENCES DU RISQUE JURIDIQUE : LA PROTECTION DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	42
A. LA PROTECTION DU PATRIMOINE DE L'ENTREPRISE	43
B. LA PRÉSERVATION DE L'IMAGE DE L'ENTREPRISE	45
II. LA PRÉVENTION CONTRE LES RISQUES JURIDIQUES DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES POUR ÉVITER LE CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE	47
SECTION 2 ^{NDE} : LE PHÉNOMÈNE DE RESPONSABILISATION DE L'ENTREPRISE PAR LA GOUVERNANCE DE SES RISQUES JURIDIQUES	50
PARAGRAPHE 1 ^{ER} : LE DÉVELOPPEMENT DE MÉCANISMES COERCITIFS DE RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES	50

I.	LA SENSIBILISATION AU RISQUE JURIDIQUE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES PAR LA VALORISATION ÉCONOMIQUE DE L'INFORMATION JURIDIQUE : LE PRINCIPE DE L'INTELLIGENCE JURIDIQUE	50
A.	LA VALORISATION ÉCONOMIQUE DE L'INFORMATION JURIDIQUE	51
B.	LA PRÉVENTION DES RISQUES JURIDIQUES : UNE ARME CONCURRENTIELLE SUR LE MARCHÉ ÉCONOMIQUE	53
II.	LA SENSIBILISATION AU RISQUE JURIDIQUE DE CONTENTIEUX DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES PAR LE DÉVELOPPEMENT DE LA RESPONSABILITÉ SOCIÉTALE	57
	PARAGRAPHE 2ND : LE DÉVELOPPEMENT DE MÉCANISMES DE NORMALISATION DE RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES	61
I.	LA PRÉVENTION DE LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DE L'ENTREPRISE PAR L'APPARITION D'UNE NORMALISATION DE CONFORMITÉ	61
II.	LA CONSÉCRATION DE LA PRÉVENTION DES RISQUES ISSUE DE LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DE L'ENTREPRISE PAR LE GLISSEMENT NORMATIF DE LA RESPONSABILISATION	66
	CHAPITRE 2 ND : LE DOMAINE DE LA RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DU RISQUE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE	71
	SECTION 1 ^{ÈRE} : LA NOTION DE GOUVERNANCE DU « RISQUE JURIDIQUE » DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	72
	PARAGRAPHE 1^{ER} : LA DÉFINITION DU « RISQUE JURIDIQUE » DE L'ENTREPRISE	72
I.	LA CARACTÉRISATION DU « RISQUE JURIDIQUE » DE L'ENTREPRISE	72
A.	LA DÉFINITION GÉNÉRALE DU RISQUE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE	72
B.	LES ASPECTS DU RISQUE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE	75
1)	Le risque juridique avéré ou suspecté par l'entreprise	75
2)	Le risque juridique positif ou négatif pour l'entreprise	76
3)	Le risque juridique accepté ou refusé par l'entreprise	77
II.	LA CONCEPTION DU « RISQUE JURIDIQUE » PAR LES DIFFÉRENTES PARTIES PRENANTES DE L'ENTREPRISE	77
	PARAGRAPHE 2ND : L'ORGANISATION DU MANAGEMENT DES RISQUES JURIDIQUES DANS LA GOUVERNANCE DE L'ENTREPRISE	81
I.	LA THÉORIE DU « MANAGEMENT DES RISQUES » OU L'ART DE LA GOUVERNANCE DE L'ENTREPRISE	81
A.	LA NOTION DE « MANAGEMENT DES RISQUES »	81
B.	LES PRINCIPES DU « MANAGEMENT DES RISQUES »	84
II.	« MANAGEMENT DES RISQUES ET GOUVERNANCE D'ENTREPRISE : DES APPROCHES INTÉGRÉES DES RISQUES »	86
	SECTION 2 ^{NDE} : LE CHAMP D'APPLICATION DE LA RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DU RISQUE JURIDIQUE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	91
	PARAGRAPHE 1^{ER} : LE CHAMP D'APPLICATION QUANT AUX PERSONNES DE LA PRÉVENTION DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE	91
I.	LES CRITÈRES DE QUALIFICATION DU NOUVEL ARTICLE L.225-102-4 DU CODE DE COMMERCE	92
A.	LA QUALIFICATION DES SOCIÉTÉS MÈRES VERSUS FIALIALES LIÉES PAR UNE RELATION DE CONTRÔLE	92
B.	LA QUALIFICATION DES ENTREPRISES DONNEUSES D'ORDRE VERSUS SOUS-TRAITANTS ET FOURNISSEURS LIÉS PAR UNE RELATION COMMERCIALE ÉTABLIE	95
II.	LA PORTÉE DES CRITÈRES DE QUALIFICATION RETENUS DANS LE NOUVEL ARTICLE L.225-102-4 DU CODE DE COMMERCE	97
A.	LA REDÉFINITION DES FRONTIÈRES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE	98
B.	L'HARMONISATION ET LA CO-RÉGULATION PAR LES ACTEURS ÉCONOMIQUES : UN NOUVEL AGENCEMENT NORMATIF	101
	PARAGRAPHE 2ND : LE CHAMP D'APPLICATION QUANT À L'OBJET DE LA PRÉVENTION DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE	104
I.	LA CODIFICATION DE LA PRÉVENTION DES RISQUES MAJEURS SOURCES DE CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE POUR L'ENTREPRISE	104
A.	LES ATTEINTES GRAVES ENVERS LES DROITS HUMAINS ET LES LIBERTÉS FONDAMENTALES	105
B.	LES ATTEINTES GRAVES ENVERS LA SANTÉ ET LA SÉCURITÉ DES PERSONNES	107
C.	LES ATTEINTES GRAVES ENVERS L'ENVIRONNEMENT	109
II.	LES AUTRES PRINCIPAUX RISQUES JURIDIQUES SOURCES DE CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE POUR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	110

A.	LES PRINCIPAUX RISQUES POUVANT AFFECTER L'ENTREPRISE	111
1)	L'INSTABILITÉ DU DROIT	111
2)	LES RISQUES D'ACTIVITÉ	112
3)	LES RISQUES DE DÉFAILLANCE	113
B.	LES PRINCIPAUX RISQUES JURIDIQUES POUVANT AFFECTER LE DIRIGEANT DE L'ENTREPRISE	114
	CONCLUSION DE TITRE	118
	TITRE 2ND : L'APPLICATION DE LA RESPONSABILISATION PAR LA GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE	121
	CHAPITRE 1 ^{ER} : LES CARACTÉRISTIQUES DE L'OBLIGATION DE GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE	123
	SECTION 1 ^{ÈRE} : L'OBLIGATION DE CARTOGRAPHIER LES RISQUES JURIDIQUES DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	126
	PARAGRAPHE 1 ^{ER} : L'IDENTIFICATION DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE	126
I.	L'IDENTIFICATION DES RISQUES PAR LA DÉTERMINATION DE L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE	126
A.	L'IDENTIFICATION DE L'ENVIRONNEMENT JURIDIQUE : LE RECENSEMENT DES RESSOURCES DE L'ENTREPRISE	127
B.	L'IDENTIFICATION DU DROIT APPLICABLE AUX RESSOURCES DE L'ENTREPRISE : LES SOURCES DE RISQUE JURIDIQUE	130
II.	L'IDENTIFICATION DES FACTEURS DE RISQUES : L'ORIGINE DU RISQUE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE	133
	PARAGRAPHE 2 ND : L'ÉVALUATION DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE	138
I.	LA MESURE DU RISQUE JURIDIQUE QUANT À L'ACTIVITÉ DE L'ENTREPRISE	139
A.	LES CRITÈRES DE MESURE DES RISQUES JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE	139
B.	L'ÉVALUATION DE L'IMPACT DES RISQUES JURIDIQUES SUR L'ENTREPRISE	142
II.	LA REPRÉSENTATION GLOBALE DES RISQUES DE L'ENTREPRISE : LA CARTOGRAPHIE DES RISQUES JURIDIQUES ET SES ENJEUX	144
	SECTION 2 ^{NDE} : L'OBLIGATION D'ADOPTION D'UNE POLITIQUE D'ATTÉNUATION DES RISQUES JURIDIQUES DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	150
	PARAGRAPHE 1 ^{ER} : UNE POLITIQUE OFFENSIVE DE TRAITEMENT DU RISQUE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE	150
I.	L'OPTIMISATION DES ACTES DANS LA LUTTE CONTRE LES RISQUES DE CONTENTIEUX CONTRACTUELS DE L'ENTREPRISE	151
A.	LA PRÉVENTION DE LA SURVENANCE DE LITIGE DANS LE CADRE DES RELATIONS CONTRACTUELLES DE L'ENTREPRISE	151
1)	L'ENCADREMENT DES RELATIONS D'AFFAIRES DE L'ENTREPRISE : L'IMPRÉCISION DU CONTENANT CONTRACTUEL	153
2)	L'ENCADREMENT DES RELATIONS CONTRACTUELLES DE L'ENTREPRISE : L'IMPRÉCISION DU CONTENU CONTRACTUEL	154
B.	LA PRÉVENTION CONTRACTUELLE ENCADRANT LA SURVENANCE D'UN LITIGE ÉCONOMIQUE CONTRE L'ENTREPRISE	156
1)	LES CLAUSES D'INTERPRÉTATION DES TERMES DU CONTRAT	157
2)	LES CLAUSES LIMITANT LES RESPONSABILITÉS DE L'ENTREPRISE EN CAS DE SURVENANCE D'UN RISQUE	158
3)	LES CLAUSES ATTRIBUTIVES DE COMPÉTENCE QUANT À LA RÉOLUTION DU LITIGE NÉ DU CONTRAT	159
II.	LE RECOURS À DES MÉCANISMES JURIDIQUES PARTICIPANT À LA PRÉVENTION DES RISQUES DE L'ENTREPRISE	160
A.	LES MÉCANISMES DE PROTECTION CONTRE LES RISQUES JURIDIQUES	160
1)	LA PRÉVENTION DU RISQUE JURIDIQUE PAR LE CHOIX D'UN INSTRUMENT DE GARANTIE-SÛRETÉ	161
2)	LA PRÉVENTION DU RISQUE JURIDIQUE PAR LE CHOIX D'UN INSTRUMENT DE PROTECTION DU PATRIMOINE IMMATÉRIEL DE L'ENTREPRISE	162
B.	LES MÉCANISMES D'EXÉCUTION CONTRE LES RISQUES JURIDIQUES	164
1)	LES MOYENS DE PRESSION D'ÉVITEMENT DU CONTENTIEUX À DISPOSITION DE L'ENTREPRISE	164
2)	LES MOYENS D'EXÉCUTION D'ÉVITEMENT DU CONTENTIEUX À DISPOSITION DE L'ENTREPRISE	165
	PARAGRAPHE 2 ND : UNE POLITIQUE DÉFENSIVE DE TRAITEMENT DU RISQUE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE	167
I.	L'INSTAURATION D'UN SYSTÈME GLOBAL DE TRAITEMENT DE L'INFORMATION JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE	168
A.	L'INSTAURATION D'UNE PRÉVENTION DES RISQUES VIA LE DÉPLOIEMENT DE LA CULTURE JURIDIQUE AU SEIN DE L'ENTREPRISE	168
B.	L'ÉTABLISSEMENT D'UNE VEILLE JURIDIQUE AU SEIN DE L'ENTREPRISE	171
II.	LA GESTION DU RISQUE JURIDIQUE RÉSIDUEL DE L'ENTREPRISE PAR LE MÉCANISME ASSURANTIEL	173

CHAPITRE 2 ND : LA THÉORIE D'UNE RESPONSABILITÉ COMMUNE MAIS DIFFERENCIÉE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE	179
SECTION 1 ^{ÈRE} : LA PRINCIPALE RESPONSABILITÉ CIVILE DÉLICTUELLE DE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE	181
PARAGRAPHE 1 ^{ER} : LE RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ PRINCIPALE DE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE	181
I. LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITÉ PRINCIPALE DE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE	181
II. LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ PRINCIPALE DE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE	186
A. « UNE FAUTE NOMMÉE : UN MANQUEMENT AU PLAN DE VIGILANCE »	186
B. « UN DOMMAGE NOMMÉ : UNE ORIENTATION PRÉVENTIVE »	188
C. « UN LIEN DE CAUSALITÉ : UNE PREUVE MALAISÉE »	190
PARAGRAPHE 2 ND : LE RÉGIME DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CONTRE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE	192
I. L'ACTION QUANT À L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION TENANT AU DEVOIR DE VIGILANCE DE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE	192
II. L'ACTION EN RESPONSABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE EN CAS DE MANQUEMENT À L'OBLIGATION DE VIGILANCE	196
A. LA CAPACITÉ À AGIR EN RESPONSABILITÉ CONTRE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE	196
B. LA COMPÉTENCE POUR TRANCHER UN LITIGE RELEVANT D'UNE ACTION EN RESPONSABILITÉ CONTRE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DONNEUSE D'ORDRE	199
SECTION 2 ^{NDE} : LA PROSPECTIVITÉ JURIDIQUE D'UNE RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE PAR RICOCHET DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE	203
PARAGRAPHE 1 ^{ER} : L'INSTAURATION INDIRECTE D'UNE RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE CONTRE LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES EN CAS DE MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE	203
I. LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE SOUS-JACENTE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES EN MATIÈRE DE DEVOIR DE VIGILANCE ENVERS LES ENTREPRISES DONNEUSES D'ORDRE	204
A. LA CONSTITUTION DE NOUVELLES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES À L'ENCONTRE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	204
1) LE CONSENTEMENT À DES OBLIGATIONS DE GESTION DES RISQUES	205
2) LE CONSENTEMENT À L'IMMIXTION DE L'ENTREPRISE DONNEUSE D'ORDRE DANS LA GOUVERNANCE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	206
B. LA FORMATION D'UNE RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	207
II. LE RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE PAR RICOCHET DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	210
A. LA QUALIFICATION D'UNE RELATION CONTRACTUELLE SOUMISE AU DEVOIR DE VIGILANCE	210
B. LA RÉUNION DES ÉLÉMENTS TRADITIONNELS DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE	212
1) UNE FAUTE DÉLIMITÉE : LA VIOLATION D'UNE OBLIGATION CONTRACTUELLE RELATIVE AU DEVOIR DE VIGILANCE	212
2) UN DOMMAGE CERTAIN : LA PRÉVISIBILITÉ D'UN RISQUE DOMMAGEABLE	214
3) UN LIEN DE CAUSALITÉ PRÉCIS : UNE SUITE IMMÉDIATE ET DIRECTE DE L'INEXÉCUTION	215
PARAGRAPHE 2 ND : LES CONSÉQUENCES DE L'ACTION EN RESPONSABILITÉ CONTRE LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE	216
I. LES SANCTIONS À L'ENCONTRE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES POUR MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE	217
A. LES SANCTIONS POUR INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES DE PRÉVENTION DES RISQUES	217
B. LES SANCTIONS RELATIVES AU RETOURNEMENT DE LA SOCIÉTÉ MÈRE OU DE L'ENTREPRISE DONNEUSE D'ORDRE CONTRE L'ENTREPRISE À L'ORIGINE DU MANQUEMENT	220

II. LE MANQUEMENT AU DEVOIR DE VIGILANCE : UN VÉRITABLE RISQUE JURIDIQUE POUR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES ?	223
CONCLUSION DE TITRE	228
CONCLUSION DE PARTIE	231

SECONDE PARTIE : 233

L'ÉVITEMENT DU CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE PAR LA DÉSETATISATION DE LA RÉOLUTION DES DIFFÉRENDIS DE L'ENTREPRISE 233

TITRE 1^{ER} : LA DÉSETATISATION PAR L'OBLIGATION D'UNE GOUVERNANCE DÉJUDICIAIRISÉE EN MATIÈRE DE RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDIS DE L'ENTREPRISE 239

CHAPITRE 1^{ER} : LE PRINCIPE DE LA DÉJUDICIAIRISATION PAR L'OBLIGATION DE TENTATIVE DE RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDIS DE L'ENTREPRISE 241

SECTION 1^{ÈRE} : LES FONDEMENTS DE LA DÉJUDICIAIRISATION DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE 242

PARAGRAPHE 1^{ER} : LA DÉJUDICIAIRISATION PAR LE DÉVELOPPEMENT D'UNE JUSTICE PARTICIPATIVE 242

I. LES MODES AMIABLES DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDIS : UNE NOUVELLE GOUVERNANCE PAR LA SUBSIDIARITÉ DE L'ÉTAT 242

A. LA RESPONSABILISATION DES ACTEURS ÉCONOMIQUES : LA CONSÉQUENCE DES FACTEURS DE CRISE DE LA JUSTICE 243

B. LES MARC : LE DÉVELOPPEMENT D'UNE JUSTICE PARTICIPATIVE EN RÉPONSE À LA CRISE DE LA JUSTICE 246

II. L'ÉSSOR DES « MODES AMIABLES DE RÉGLEMENT DES CONFLITS » DE L'ENTREPRISE 248

A. L'APPRÉHENSION DE LA NOTION DE MODES AMIABLES DE RÉGLEMENT DES CONFLITS DE L'ENTREPRISE 248

B. LES ENJEUX DE LA RESPONSABILISATION PAR L'ADOPTION D'UNE JUSTICE PARTICIPATIVE AU SEIN DE L'ENTREPRISE 252

1) LA RÉOLUTION GLOBALE DU CONFLIT 252

2) L'OPPORTUNITÉ D'UNE SOLUTION A-JURIDIQUE ET INNOVANTE 253

3) LES ENJEUX ÉCONOMIQUES ET FINANCIERS DES MARC 254

PARAGRAPHE 2ND : LA DÉJUDICIAIRISATION PAR LE DÉVELOPPEMENT D'UNE JUSTICE COOPÉRATIVE 256

I. LE FONDAMENT DE LA JUSTICE COOPÉRATIVE : LE CONCEPT DE LA NÉGOCIATION RAISONNÉE 256

A. LA NOTION DE CULTURE DE COOPÉRATION 256

B. LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA NÉGOCIATION RAISONNÉE 258

II. LA MISE EN ŒUVRE DE LA JUSTICE COOPÉRATIVE : LA MÉTHODE DE LA NÉGOCIATION RAISONNÉE DE FISHER ET URY 261

A. LA DIFFÉRENCIATION DES DIFFÉRENTS ASPECTS DU LITIGE 261

B. LA CONCENTRATION SUR LES INTÉRÊTS EN JEU ET NON SUR LES POSITIONS 262

C. L'IMAGINATION DE SOLUTIONS PROCURANT UN BÉNÉFICE MUTUEL 263

D. L'EXIGENCE DE CRITÈRES OBJECTIFS DE NÉGOCIATION 265

SECTION 2^{NDE} : UNE NOUVELLE ÈRE POUR LA PROCÉDURE CIVILE : L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DU DOMAINE DE LA RÉOLUTION AMIABLE DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE 266

PARAGRAPHE 1^{ER} : LES MODES AMIABLES DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDIS : UNE OFFRE DE PROCESSUS PRÉALABLES OBLIGATOIRES 266

I. LA TRANSACTION : UNE SOLUTION PUREMENT PÉCUNIAIRE 268

II. LA CONCILIATION CONVENTIONNELLE : L'ADAPTABILITÉ ENCADRÉE 269

III. UN MODE DE RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDIS PARTICULIÈREMENT PROMETTEUR POUR LES PME : LA MÉDIATION 271

IV. UNE PROCÉDURE AMIABLE SINGULIÈRE CONDUITE PAR L'ASSISTANCE D'AVOCATS RESPECTIFS : LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE 273

PARAGRAPHE 2ND : LES MODES AMIABLES DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDIS : UNE OFFRE DE PROCESSUS DE SUBSTITUTION AU PROCÈS 277

I. LES MODES AMIABLES DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDIS AU SEIN DES INSTITUTIONS JUDICIAIRES : LE SUBSTITUT AU PROCÈS 278

II. LES PROCÉDURES AMIABLES PARTICULIÈRES ORGANISÉES PAR LA LOI 283

CHAPITRE 2ND : LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA DÉJUDICIAIRISATION PAR LA RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDIS DE L'ENTREPRISE 288

SECTION 1^{ÈRE} : L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA DÉJUDICIAIRISATION AMIABLE DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE 289

PARAGRAPHE 1^{ER} : LA SINGULARITÉ DE L'ENCADREMENT PROCÉDURAL DE LA RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE	289
I. L'INAPPLICABILITÉ DES GARANTIES PROCÉDURALES TRADITIONNELLES AU DROIT AU PROCÈS ÉQUITABLE ALTERNATIF	289
II. LES GARANTIES PROCÉDURALES PROPRES AU NOUVEAU DROIT AU PROCÈS ÉQUITABLE ALTERNATIF	294
A. <i>LES TECHNIQUES DE PRISE EN COMPTE DES GARANTIES PROCÉDURALES DANS LE PROCESSUS AMIABLE</i>	294
B. <i>LES QUALITÉS SPÉCIFIQUES DU PROCESSUS AMIABLE COMME NOUVELLES GARANTIES PROCÉDURALES</i>	297
PARAGRAPHE 2ND : LES CONDITIONS PARTICULIÈRES DES PROCÉDURES DE RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE	300
I. LES CONDITIONS QUANT À L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE AMIABLE	300
A. <i>LA LIBRE DISPOSITION DES DROITS RELATIFS À L'OBJET DU DIFFÉREND</i>	300
B. <i>L'EXPRESSION DU CONSENTEMENT DES PARTIES AU PROCESSUS AMIABLE</i>	303
II. LES CONDITIONS QUANT À LA SAISINE DES TIERS INTERVENANTS	306
SECTION 2^{NDE} : LES EFFETS JURIDIQUES DE LA DÉJUDICIARISATION AMIABLE DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE	311
PARAGRAPHE 1^{ER} : LA MATÉRIALISATION DE L'ACCORD AMIABLE OBTENU ENTRE LES PARTIES NÉGOCIATRICES	311
I. LA FORMALISATION DE L'ACCORD AMIABLE OBTENU	311
A. <i>LES FIGURES DE L'ACCORD AMIABLE</i>	312
B. <i>LA QUALIFICATION DE L'ACCORD AMIABLE</i>	315
II. L'ENJEU DE LA RÉDACTION DE L'ACCORD AMIABLE	317
PARAGRAPHE 2ND : LES EFFETS TENANT AU RÉSULTAT DES PROCÉDURES AMIABLES DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE	323
I. L'EFFICACITÉ DE L'ACCORD AMIABLE : LA FORCE CONTRAIGNANTE	323
A. <i>LA FORCE OBLIGATOIRE EN VERTU DE L'ASPECT CONTRACTUEL DE L'ACCORD</i>	323
B. <i>LA FORCE EXÉCUTOIRE EN VERTU DE L'HOMOLOGATION DE L'ACCORD</i>	326
II. LES SUITES DE LA PROCÉDURE AMIABLE	328
A. <i>LES SUITES EN CAS D'INEXÉCUTION DE L'ACCORD OBTENU</i>	329
B. <i>LES SUITES EN CAS D'ACCORD PARTIEL OU D'ÉCHEC QUANT À L'OBTENTION D'UN ACCORD ENTRE LES PARTIES</i>	332
CONCLUSION DE TITRE	334
TITRE 2ND : LA DESETATISATION PAR L'OPPORTUNITÉ D'UNE GOUVERNANCE ALTERNATIVE EN MATIÈRE DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE	337
CHAPITRE 1 ^{ER} : LA DESETATISATION DE LA GOUVERNANCE DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE PAR LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL À L'ARBITRE	339
SECTION 1^{ÈRE} : LA NATURE DE LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL DU JUGE À L'ARBITRE DURANT L'INSTANCE ARBITRALE	341
PARAGRAPHE 1^{ER} : LES FONDEMENTS JURIDIQUES DE LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL DU JUGE À L'ARBITRE	341
I. LA PORTÉE DE LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL À L'ARBITRE	341
A. <i>LA PROCÉDURE ARBITRALE : L'INSTITUTION D'UNE CO-JUSTICE</i>	342
B. <i>LA NATURE DE LA DÉLÉGATION DE POUVOIR À L'ARBITRE</i>	344
II. LA FORME DE LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL DU JUGE À L'ARBITRE : UN CONTRAT PROCESSUEL	347
A. <i>UNE ORIGINE CONTRACTUELLE EXPRESSE : LA CONVENTION D'ARBITRAGE</i>	347
B. <i>UN CONTRAT PROCESSUEL ACCESSOIRE A PART ENTIÈRE : L'AUTONOMIE DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE</i>	350
PARAGRAPHE 2ND : LES CONSÉQUENCES DE LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL DU JUGE À L'ARBITRE	353
I. LE PRINCIPE DE LA DÉLÉGATION DU POUVOIR DU JUGE	353
A. <i>L'EFFET NÉGATIF DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE : L'INCOMPÉTENCE DES TRIBUNAUX ÉTATIQUES</i>	354
B. <i>L'EFFET POSITIF DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE : LA COMPÉTENCE EXCLUSIVE DU TRIBUNAL ARBITRAL</i>	357
II. L'INSTITUTION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL DU TIERS INVESTI DE LA QUALITÉ D'ARBITRE : LE CONTRAT D'ARBITRE	360
A. <i>UN TRIBUNAL VALABLEMENT INSTITUÉ</i>	360

B.	DES ARBITRES LIÉS AUX PARTIES PAR UN CONTRAT	362
	SECTION 2 ^{NDE} : L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA DÉLÉGATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL DANS LE CADRE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE	365
	PARAGRAPHE 1 ^{ER} : L'ATTRAIT DE LA PROCÉDURE ARBITRALE POUR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	365
I.	LE PRINCIPE D'UNE JUSTICE PRIVÉE SUR MESURE POUR L'ENTREPRISE	366
A.	LE CHOIX DE LA PROCEDURE ARBITRALE : UNE VOIE DE RECOURS PLURALE FACONNEE PAR ET POUR LES PARTIES	366
B.	UNE JUSTICE ANIMÉE PAR UNE LOGIQUE PLUS ECONOMIQUE QUE JURIDIQUE	369
II.	LA SOUPLESSE DU RÉGIME JURIDIQUE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE	372
A.	L'ARBITRAGE : UNE PROCÉDURE AU REGIME JURIDIQUE LÉGALISTE VOLONTAIREMENT LIMITÉ	372
B.	L'ARBITRAGE : UNE PROCEDURE INTERNATIONALE RÉGIE PAR LA PRATIQUE	374
	PARAGRAPHE 2 ND : L'ACCÈS À UNE DÉCISION JURIDICTIONNELLE PRIVÉE IMPÉRATIVE POUR LES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES	377
I.	LA PROCÉDURE ARBITRALE : UN MODE ALTERNATIF DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS JURIDICTIONNEL EFFICACE	377
A.	LA SENTENCE ARBITRALE : UN VÉRITABLE JUGEMENT PRIVÉ	378
B.	LA SENTENCE ARBITRALE : LA GARANTIE D'UNE DÉCISION EXÉCUTABLE	380
II.	UNE JUSTICE PRIVÉE ACCESSIBLE AUX PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES : LE DÉVELOPPEMENT DU MARCHÉ DE L'ARBITRAGE	383
A.	L'ÉVALUATION DU COÛT DE LA PROCÉDURE ARBITRALE : L'INFLUENCE DES DEMANDES DES PARTIES	383
B.	LA MERCANTILISATION D'UN MODE JURIDICTIONNEL DE RÉOLUTION DES LITIGES : LA DÉMOCRATISATION DE L'ACCÈS À L'ARBITRAGE	387
1)	LE FINANCEMENT DE L'ARBITRAGE : LE REPORT DE L'IMPUTATION DES COÛTS	387
2)	L'ESSOR D'UN MARCHÉ « LOW COST » DE L'ARBITRAGE	389
	CHAPITRE 2 ND : LA DESETATISATION DE LA GOUVERNANCE DU CONTENTIEUX DE L'ENTREPRISE PAR LA PRIVATISATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL	391
	SECTION 1 ^{ERE} : LE DROIT COLLABORATIF : UN MODÈLE HYBRIDE ALTERNATIF AU CHOIX ENTRE LES MODES AMIABLES DE RÉOLUTION ET L'ARBITRAGE	392
	PARAGRAPHE 1 ^{ER} : L'ORIGINALITÉ DU DROIT COLLABORATIF À LA CROISÉE DES MODES AMIABLES ET ALTERNATIFS DE RESOLUTION DES DIFFERENDS	392
I.	LA DISTINCTION AVEC LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE : L'IMPRÉGNATION IDÉOLOGIQUE DE L'ARBITRAGE	393
A.	LE DROIT COLLABORATIF : UNE PROCÉDURE PARTICIPATIVE INACHEVÉE	393
B.	LA DISTINCTION FONDAMENTALE AVEC LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE : L'IMPRÉGNATION DE L'IDÉOLOGIE ALTERNATIVE DE L'ARBITRAGE	395
II.	LE PROCESSUS COLLABORATIF : L'UTILISATION DES TECHNIQUES DE LA JUSTICE PARTICIPATIVE ET DIRECTE CARACTÉRISTIQUES DES MARD	397
A.	UN PROCESSUS FONDÉ SUR LES PRINCIPES DE LA NÉGOCIATION RAISONNÉE	398
B.	UNE FORMALISATION JURIDIQUE SIMILAIRE DE L'ACCORD OBTENU	401
	PARAGRAPHE 2 ND : LE PROCESSUS COLLABORATIF : UN RÉGIME JURIDIQUE PUREMENT CONTRACTUEL VISÉ DANS LA CHARTE COLLABORATIVE	403
I.	LE SUIVI D'UN PROCESSUS COLLABORATIF PRÉÉTABLI SPÉCIFIQUE	403
II.	L'ENCADREMENT CONTRACTUEL DU DROIT COLLABORATIF : L'ADHÉSION DE TOUS LES PROTAGONISTES À LA CHARTE COLLABORATIVE	409
A.	L'ENGAGEMENT DES PARTIES AU PROCESSUS COLLABORATIF	409
B.	L'ENGAGEMENT DES AVOCATS AU PROCESSUS COLLABORATIF	412
1)	L'ENGAGEMENT PAR L'OBLIGATION D'UNE FORMATION PRÉALABLE	413
2)	L'ENGAGEMENT D'UNE CONDUITE RESPONSABLE DU PROCESSUS	413

3) UN PLEIN ENGAGEMENT DANS LE PROCESSUS : L'OBLIGATION DE DÉSISTEMENT EN CAS D'ÉCHEC	414
SECTION 2 ^{NDE} : LA REDÉFINITION DES FRONTIÈRES DU SYSTÈME JUDICIAIRE FRANÇAIS EN MATIÈRE DE CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE	416
PARAGRAPHE 1 ^{ER} : L'INSTITUTION D'UN SYSTÈME JUDICIAIRE DE L'AVOCAT-JUGE DANS LA RÉOLUTION DU CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE	416
I. L'AVOCAT : LE NOUVEL ACTEUR PRIVILÉGIÉ DE LA RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE	417
A. LA RATIONALISATION DU PROCÈS : LE NOUVEAU RÔLE DE L'AVOCAT DANS LA RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE	417
B. L'ENRICHISSEMENT DE L'INTERVENTION JUDICIAIRE : RENFORCER L'AMONT DU JUGE PAR L'EXTENSION DES ATTRIBUTIONS DE L'AVOCAT	420
II. L'AVOCAT ET LE MARCHÉ DE LA JUSTICE CONVENTIONNELLE : LA TRANSFORMATION DE LA RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE	423
A. LA RÔLE DE L'AVOCAT DANS LA MERCANTILISATION DE LA RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE	423
B. LE GARDE-FOU JURIDIQUE DE LA JUSTICE CONVENTIONNELLE : LA REGLEMENTATION DE L'EXERCICE DE LA PROFESSION D'AVOCAT	426
PARAGRAPHE 2 ND : L'ADAPTATION DE L'OFFICE DU JUGE DANS LA RÉOLUTION DU CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE DE L'ENTREPRISE	429
I. L'ENCADREMENT INSTITUTIONNEL DE LA JUSTICE CONVENTIONNELLE : « UNE EQUIPE DE JUSTICE »	430
A. UN RÔLE COMPLÉMENTAIRE DU JUGE ÉTATIQUE : UNE STRUCTURE D'APPUI DE LA JUSTICE CONVENTIONNELLE	430
B. UN RÔLE DE CONTRÔLE DE LA JUSTICE CONVENTIONNELLE	433
II. L'ÉVOLUTION DE L'OFFICE DU JUGE ÉTATIQUE : UNE NOUVELLE JURIDICTION DE 2 ND DEGRÉ	436
A. LA JUSTICE INSTITUTIONNELLE : LE FUTUR MODE ALTERNATIF DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS DE L'ENTREPRISE	436
B. LA JUSTICE INSTITUTIONNELLE : LA VOIE DES RECOURS CONTRE LA JUSTICE CONVENTIONNELLE	439
CONCLUSION DE TITRE	442
CONCLUSION DE PARTIE	445
CONCLUSION	447
UNE GOUVERNANCE JURIDIQUE RESPONSABLE DES PME.	449
MAITRISER SON ENVIRONNEMENT JURIDIQUE.	449
METTRE EN PLACE UNE POLITIQUE GOUVERNANCE DES RISQUES JURIDIQUES.	451
OPTER POUR LE RECOURS A DES MODES AMIABLES OU ALTERNATIFS DE RESOLUTION DES DIFFERENDS.	453
LE RECOURS AU JUGE ÉTATIQUE : UNE VOIE JUDICIAIRE À NE PAS NÉGLIGER.	455
LES OUTILS D'AUJOURD'HUI POUR DEMAIN : LA JUSTICE PRÉDICTIVE.	458
TABLE DES MATIERES	I
BIBLIOGRAPHIE	IX
INDEX DES REFERENCES JURIDIQUES	XXXI
INDEX ANALYTIQUE	XXXIX
ANNEXES	XLVII
ANNEXE 1 : LOI RELATIVE AU DEVOIR DE VIGILANCE	XLIX
ANNEXE 2 : DÉCRET RELATIF À LA SIMPLIFICATION DE LA PROCÉDURE CIVILE	LIII
ANNEXE 3 : LOI RELATIVE À LA MODERNISATION DE LA JUSTICE DU XXIÈME SIÈCLE (EXTRAITS)	LXI

BIBLIOGRAPHIE

<p style="text-align: center;"><u>OUVRAGES</u></p>
--

- J. ADDA, *La mondialisation de l'économie : genèse et problèmes*, Paris, La Découverte, 2006.
- S. AMRANI-MEKKI, *La convention de procédure participative*, 2011, p. 3007.
- J. TRICOT, *Éthique à Nicomaque*, Paris, 1987 — ARISTOTELES, *ēthiká Nikomácheia*.
- G. BAJOIT, *Le changement social*, A. Collin, Paris, 2003.
- H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979.
- J. BEGUIN, *Droit du commerce international*, 2 éd., Traités, Paris, Lexis Nexis, 2011.
- W. BEN HAMIDA et T. CLAY et L. AYNES, éd. *L'argent dans l'arbitrage*, Issy-les Moulineaux : Lextenso éditions, 2013.
- L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE et T. CLAY, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Arbitrage 4, Bruxelles : Bruylant, 2012.
- B. BETTELHEIM et T. CARLIER, *Psychanalyse des contes de fées*, Paris, R. Laffont, 2016.
- E. BLARY-CLEMENT et F. PLANCKEEL, *Le patrimoine de l'entreprise, d'une réalité économique à un concept juridique*, Éditions Larcier, 2014.
- C. BLERY et L. RASCHEL et S. AMRANI-MEKKI, *Quarante ans après : une nouvelle ère pour la procédure civile*, Dalloz, col. Actes, 2016.
- D. BLOOM, *Is Arbitration Really Compatible with Bargaining*, Industrial Relations, 1981, vol. 20, p 233 et s.
- M. BOUCARON-NARDETTO, *Le principe de compétence-compétence en droit de l'arbitrage*. Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, *Collection de l'Institut de Droit des Affaires*, 2013.
- C. BOUCHARD et UNIVERSITE LAVAL, *Droit des PME*, Québec, Yvon Blais, *Collection CÉDÉ*, 2011.
- H. BOUTHINON-DUMAS, *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, Paris, Larcier, *Droit Management et stratégies*, 2012.
- L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*. Paris, Dalloz, 2016.

- L. CADIET, S. DAUCHY, J-L. HALPERIN, *Itinéraires d'histoire de la procédure civile. 1 : Regards français*, 52^e éd, Paris, IRJS, *Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc*, 2014.
- C. CHAMPAUD et D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises, Regards sur la justice*, Dalloz, 2006, p. 13.
- F. CHENEDE, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, 1^{er} éd, Paris, Dalloz, 2016.
- T. CLAY, in : *Me Christiane Féral-Schuhl, Discours d'ouverture, L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso Éditions, 2013, p. 216.
- T. CLAY, *Le marché de l'arbitrage*, in *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso Éditions, 2013.
- C. COLLARD et C. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, Paris : LGDJ, *Collection Droit des Affaires*, 2010.
- CONSEIL NATIONAL DES GREFFIERS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE, *Entrepreneurs ne restez pas seuls face à vos difficultés !*, 3^e éd., Biper Studio, *Accueil, écoute, accompagnement*, 2016.
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., Presses universitaires de France, *Quadrige, Dicos poche*, 2018.
- G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Presses universitaires de France, 1996, n°7, p. 44.
- J. CURRIE, *Who Uses Interest Arbitration ? the Case of British Columbia's Teachers 1947-1981*, *Industrial and Labor Relations Review*, 1989, Vol. 42, p 363 et s.
- H. DE BALZAC, *Œuvres complètes*, éd. Houssiaux, 1874.
- C. DEBOURG, *Les contrariétés de décisions dans l'arbitrage international*, Paris, L.G.D.J., *Bibliothèque de droit privé*, tome 540, 2012.
- C. DE SECONDAT, *De l'esprit des lois*, 1748.
- T. DU MANOIR DE JUAYE, *Le droit pour dynamiser votre business : stratégie judiciaire, stratégie de protection du patrimoine, stratégie d'alliances et de pouvoir*, Paris, Éditions d'Organisation, 2004.
- A.F. FERNANDEZ, *Les nouveaux tableaux de bord des managers : le projet décisionnel dans sa totalité*, Paris, Eyrolles, 2013.
- N. FERRY-MACCARIO, *Gestion juridique de l'entreprise*, Paris, Pearson Education, 2006.
- L. J. FILION, *Management des PME : de la création à la croissance*, Paris, Pearson Education, 2007.

- R. FISHER et W. URY, *Comment réussir une négociation*. Paris, Éditions du Seuil, 2006.
- N. FRICERO, *L'essentiel du droit des voies d'exécution*, 8^e éd., Paris, Gualino, 2009.
- N. FRICERO et C. BUTRUILLE-CARDEW et L. BENRAÏS et B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN. *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015.
- A. GARAPON, *Le gardien des promesses : le juge et la démocratie*, Paris, O. Jacob, 1996.
- J.L. GENARD, *Les dérèglements du droit*, Bruxelles, Éd. Labor, 2000, p. 35.
- J.P. GOND et J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, Presses universitaires de France, 2008.
- M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, Paris, Presses universitaires de France, 2009.
- S. HECQUET, *L'homme accusé*, Nagel. Essai, 1952.
- D. HURON, *Décisions et stratégies Marketing*, Gualino éditeur, *EJA*, Paris, 2007, n° 146, p. 163.
- F. JACOB, *Le jeu des possibles : essai sur la diversité du vivant*, Paris, Fayard, 1981.
- C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 408.
- J. JOLY-HURARD et S. GUINCHARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, 2015.
- J. DE LA FONTAINE et G. PEUREUX, *Fables : Livres I à VI*, Paris, Larousse, 2010.
- R. LAFORE, *La juridicisation des problèmes sociaux : la construction juridique de la protection sociale*, Informations sociales, 2010, Vol. 157, n°1, p 18 et s.
- A. LEMPEREUR et J. SALZER et A. COLSON, *Méthode de médiation : au cœur de la conciliation*, Paris, Dunod, 2008.
- A. LOYSEL, *Institutes Coutumières*, 1846 éd., Hachette Livre-BNF, 2012.
- E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Issy-Les-Moulineaux, Joly éditions, *Pratique des affaires*, 2015.
- N. MACHIAVEL, *Le Prince*, in *Le Prince et autres textes*, Éditions Gallimard, *Folio classique*, 1980, Ch. XIV, p. 98.
- G. MOLLERING, *The nature of trust: From Georg Simmel to a theory of expectation, interpretation, and suspension*, *Sociology*, 2001, vol. 35, n°2, p. 403 et s.
- C. MOREL, *Les décisions absurdes*, Paris, Gallimard, *Bibliothèque des sciences humaines*, 2002.
- H. MOTULSKY, *Écrits, études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 2010.

- H. MOTULSKY, *Le droit naturel dans sa pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, Paris, Dalloz, *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Vol. Tome II, 1961.
- J.M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris, Éd. Jurid. Lefebvre, 1988.
- M.L. NIBOYET et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, L.G.D.J., 2007, n°307.
- L. NURIT-PONTIER et S. ROUSSEAU, *Risques d'entreprise : quelle stratégie juridique ?* Paris, L.G.D.J., *Collection Droit des affaires*, 2012.
- B. OPPETIT, *Justice étatique et justice arbitrale*, Litec, 1991.
- F. PLOQUIN et E. MERLEN, *Secrets d'avocats*, 2012.
- G. PLUYETTE, *La médiation judiciaire*, Gaz. Pal., 1998, p.702 et s.
- K. POLANYI, *La grande transformation : aux origines politiques et économiques de notre temps*, Gallimard, 2011.
- M.E. PORTER, *L'avantage concurrentiel*, Paris, Dunod, 2008.
- X. ROBBEN et 50 MINUTES BUSINESS, *La chaîne de valeur de Michael Porter : Comment identifier sa valeur ajoutée ?*, 2014.
- J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Harper colophon éd., New York, NY, HarperPerennial, 2006.
- Y. STRICKLER et J.B. RACINE, *L'arbitrage : questions contemporaines*, Paris, Harmattan, *Droit privé et sciences criminelles*, 2012.
- G. TEUBNER, *Et Dieu rit, Indétermination, autoréférence et paradoxe*, Archives de philosophie du droit, 1989, Vol. 34, p. 285.
- P. THERY, *Le litige en droit judiciaire privé. Petits exercices de procédure élémentaire*, in *Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD, Justices et droit du procès*, Éditions Dalloz, 2010, n° 2, p. 854
- F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Paris, Organisation, 2006.
- D. VIDAL, *Droit français de l'arbitrage commercial international*, éd. Bilingue Français-Anglais, Paris, Gualino, 2004.
- VOLTAIRE, *Œuvres complètes*, 1870.

ENCLYCOLPEDIES, DICTIONNAIRES

Encyclopaedia Universalis, Paris, S.A., 2002.

JURISCLASSEUR, *arbitrage – la décision arbitrale – voies de recours* », Fascicule 1046, LexisNexis, 2011.

S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Dalloz, 2017-2018.

LAROUSSE, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>.

H. ROLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, 2^e éd., Litec, 2002, 255 p.

RAPPORTS

AFNOR, *Les PME sont-elles bien armées pour résister aux chocs ? Perception réalité des risques et capacité d'adaptation des PME*, 2015.

ASSEMBLEE NATIONALE, *Séance du 21 juin 1850*, Assemblée Nationale, 1850.

E. BRESSOL, *Organisation du travail et nouveaux risques pour la santé des salariés*, IENA, 2004.

P. CAHUC et F. KRAMAZ, *De la précarité à la mobilité : vers une sécurité sociale professionnelle, rapport au ministère de l'Économie*, 2004.

M. CAMDESSUS, *Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France, rapport au ministère de l'Économie*, 2004.

CENTRE DE RECHERCHE ET D'ETUDE DES AVOCATS (CREA), et INSTITUT DES HAUTES ETUDES SUR LA JUSTICE (IHEJ), *Les quatre défis de l'avocat français du XXI^{ème} siècle*, 2017.

CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS, *Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial*, CCI Paris, 2002.

COMMISSION EUROPEENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Commission Européenne, 2011.

COMMISSION EUROPEENE, *Livre vert, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, 2001, COM 366 — COMMISSION

- EUROPEENNE, *Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, Bruxelles, 25 octobre 2011.
- COMMISSION EUROPEENNE POUR L'EFFICACITE DE LA JUSTICE (CEPEJ), *Pour un panel des outils numériques au service de la Justice déjà en place en Europe et les voies de leur amélioration, voir Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), CEPEJ (2016)13F : Lignes directrices sur la conduite du changement vers la Cyberjustice [Bilan des dispositifs et synthèse de bonnes pratiques]*, Commission Européenne, 2016.
- CONFERENCE PERMANENTE DES CHAMBRES CONSULAIRES AFRICAINES ET FRANCOPHONES, *Guide de l'intelligence économique au service des TPE-PME*, Centre du Commerce International, 2013.
- CONSEIL D'ORIENTATION POUR L'EMPLOI, *Rapport d'étape sur la sécurisation et la dynamisation des parcours professionnels*, 2007.
- COUR DE CASSATION, *Communiqué de la Cour de cassation, jurisprudence Moukarim du 10 mai 2006*, 2006.
- P. DELMAS-GOYON, *Rapport dit Delmas-Goyon : Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, « Le juge du 21ème siècle », un citoyen acteur, une équipe de justice*, Ministère de la Justice, 2013.
- DIRECTION GENERALE DES POLITIQUES INTERNES DU PARLEMENT EUROPEEN, *La quantification du coût de non-recours à la médiation, analyse des données*, 2011.
- FIDAL et AMRAE, *La gestion du risque juridique dans l'entreprise*, 2012.
- ISO, *Norme 31000:2009*, ISO, 2009.
- ISO, *Norme 31000:2018*, ISO, 2018.
- KPMG, *Outil 7 : exemple de cartographie des risques*, 2015.
- MARSH & MCLENNAN COMPANIES et AFJE, *Les dirigeants et les juristes de PME face à la gestion des risques*, 2005.
- J.L. MONINO, *L'information au cœur de l'intelligence économique stratégique*, Documents de travail, Réseau de recherche sur l'innovation, 2012.
- G. NAULIN, *Prévention et résolution des conflits du travail*, Conseil économique et social, 1998.

- OCDE, *Les petites et moyennes entreprises : force locale, action mondiale*, OCDE, *Les synthèses de l'OCDE*, 2000.
- OCDE, *Businesses' Views on Red Tape, Administrative and regulatory burdens on small and medium sized enterprises*, Paris, 2001.
- OXFORD RESEARCH, *Traverser la frontière pour gagner en compétitivité, pour le Nordic Industrial Fund et le Nordic Council of Ministers*, Copenhague, 2002.
- RSCD, *Cartographie des mécanismes de responsabilité des entreprises et des interactions des donneurs avec le secteur privé dans le domaine du développement*, 2015.
- RSCD et OSCO et POED, *La responsabilisation des entreprises pour le développement, Cartographie des mécanismes de responsabilité des entreprises et des interactions des donneurs avec le secteur privé dans le domaine du développement*, Document de recherche, Eurodad, avril 2015.
- V. SÉNAT, *Rapport Guinchard du 30 juin 2008, proposition de loi relative à l'exécution des décisions de justice et aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées*, 2018.
- E. SERVERIN et J. VALENTIN, *L'évaluation du droit du travail à partir de son contentieux*, in J. AFFICHARD, A. LYON-CAEN, *L'analyse économique du droit du travail*, rapport IIPC/DARES, 2008.
- J. ST-PIERRE, *Mondialisation et PME : l'internationalisation des activités comme solution*, Université du Québec à Trois-Rivières, 2009.
- M. VIRVILLE, *Pour un code du travail plus efficace, rapport au ministre des Affaires sociales, du travail et de la solidarité*, 2004

- AFPDC, *Charte collaborative*, <http://www.droit-collaboratif.org>.
- ASSOCIATION FRANÇAISE ANTICORRUPTION, *La cartographie des risques*, 2017.
- C. BOILLOT, *La qualification de l'accord amiable : transaction ou non ?*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.
- J. BONNARD, *Les nouveaux privilèges des avocats : fiducie, convention de procédure participative, acte privé contresigné*, 2011.
- V. BORGIA, *Le contrat d'arbitre*, Université de Montpellier, 2015-2016.
- S. BRUNENGO, *La rédaction de l'accord amiable : aspects pratiques*, in *L'accord amiable : et après ?*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.
- C. BUTRUILLE-CARDEW et P.H. TESLER, *Les modes amiables de règlement des litiges en matière familiale*, Maison du barreau, 2006.
- M. CASTILLO, *Le phénomène de judiciarisation*, IHEDN et INHESJ, 2012.
- P. COLERIDGE, *Discours du juge Paul Coleridge (Angleterre)*, Londres, 2007.
- C. CRAMPES, *Principes économiques du traitement des contentieux*, LGDJ, *Droit et économie*, 2010, p.157-166.
- M. DE FONTMICHEL, *Les projets d'instruments internationaux sur la reconnaissance et l'exécution des accords amiables*, in *L'accord amiable : et après ?*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.
- G. DEHARO, *Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective économique et dynamique de droit des contrats*, 2011.
- M. DEPINCE, *L'accord amiable constaté par les médiateurs ou conciliateurs*, in *L'accord amiable : et après ?*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.
- V. HELFRISH, *La régulation des pratiques de RSE par les normes : Le cas de la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociale*, 5^e Congrès de l'ADERSE, *Transversalité de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise : L'entreprise à l'aune de ses responsabilités vis-à-vis de l'homme, de l'environnement et du profit ?*, 2008.
- M. HENRY, *Indépendance et impartialité des arbitres*, Université de Montpellier, 2015-2016.

- S. HENRY, *L'efficacité des accords amiables obtenus dans un cadre institutionnel : l'exemple du CMAP*, in *L'accord amiable : et après ?*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.
- D. HOUTCIEFF, *L'accord amiable constaté par les juges*, in *L'accord amiable : et après ?* Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.
- J.M. SAUVE, *Colloque organisé à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, Cour de Cassation, 2018.
- C. JALLAMION, *Théorie et définition de l'arbitrage*, Université de Montpellier, 2015-2016.
- D. MAINGUY, *L'accord amiable purement oral*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.
- J. ORTSCHIEDT, *La sentence arbitrale, exécution et voies de recours*, Université de Montpellier, 2015-2016.
- R. ZIADE, Roland, *La sentence arbitrale en droit interne et international*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.
- D. MOURALIS, *L'arbitrabilité des litiges*, Université de Montpellier, 2015-2016.
- E. PRAIRAT, *De la déontologie enseignante : valeurs et bonnes pratiques*, 2014.
- J. ST-PIERRE et P.A. JULIEN, *La vulnérabilité des TPE et PME dans un environnement mondialisé* ». In *Mondialisation et PME : une vulnérabilité fort différenciée*, Trois-Rivières, Canada, 2009.
- F.X. TRAIN, *L'accord amiable constaté par les arbitres*, in *L'accord amiable et après ?* Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.
- L. WEILLER, *L'efficacité interne*, in *L'accord amiable : et après ?*, Université d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2018.

<u>ARTICLES, CHRONIQUES & DOCTRINE</u>
--

- A. ACQUIER, *Élargir la responsabilité des sociétés mères à leurs filiales et leurs fournisseurs ? Analyse de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères*, in *Revue de l'organisation responsable*, 2014, Vol. 9, n° 2, p. 76 et s.

- S. AMRANI-MEKKI, *L'avocat du 21 siècle - Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats*, in *La semaine juridique*, Édition générale, 5 octobre 2015, n° 41.
- W. AYED, *Les programmes de compliance ou le management des risques de non-conformité*, in *la semaine juridique*, Éditions générale, 2011, p. 190.
- A. AZZI, *On sollicite le juge parce qu'on n'est plus capable de régler en interne les conflits, par la négociation*, in *La semaine juridique*, Édition générale, 13 mars 2017, n° 11.
- D. BARATANGE, *Gestion du contentieux dans l'entreprise*, Le Monde du Droit, 2012.
- B. BARRAQUE et C. VIAVATTENE, *Eau des Villes et Eau des Champs : Vers des accords coopératifs entre services publics et agriculteurs ?*, *Économie rurale*, 5 avril 2009, n° 310.
- B. BARRAQUE et P. GARIN et D. SALLES, *L'eau des villes et l'eau des champs* in *Génie de l'environnement et gouvernance territoriale*. Rapport de recherche pour le PIDUD, CERTOP-CNRS, LATTIS-CNRS, IR- CEMAGREF, 2006, p. 277.
- M. BAZERMAN et H. FARBER, *The General Basis of Arbitrator Behavior : an Empirical Analysis of Conventional and Final-Offer Arbitration* in *Econometrica*, 1986, Vol. 54, n° 6.
- J. BELGRAVE, *L'arbitrage en droit de affaires : faire les bons choix*, in *Journal du management juridique et réglementaire*, Experts de l'entreprise, août 2017, n° 58.
- B. BELLON, *Quelques fondements de l'intelligence économique*, in *Revue d'économie industrielle*, 2002, n° 1, p. 55 et s.
- B. BISMUTH, *La PME dans la RSE, ou la RSE dans la PME*, in *Les cahiers de l'industrie électronique et numérique*, juin 2014, n° 80, p. 24-25.
- V. G. BLANC, *Clause compromissoire et clause attributive de juridiction dans un même contrat ou dans un même ensemble contractuel – De la concurrence à la subsidiarité de la compétence des tribunaux étatiques*, JCP E, 1997, n°47, p. 707.
- L. CADIET, *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, in *Les petites affiches*, Lextenso, 5 mai 2000, n° 30.
- P. CAILLEBA, *L'entreprise face au risque de réputation*, in *Responsabilité et environnement*, juillet 2009, n° 55.

- T.E. CARBONNEAU, *Étude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1984, n° 4, p. 727 et s.
- N. CHAPPE, *L'analyse économique d'un mode de résolution des litiges : l'arbitrage*, in *Revue française d'économie*, 2001, n°4, p. 187 et s.
- N. CHAPPE, *Non-exécution du contrat : le choix de l'arbitrage*, in *Revue d'économie industrielle*, 15 septembre 2010, n°131, p. 9 et s.
- C. CHASERANT, *Les fondements incomplets de l'incomplétude : Une revue critique de la théorie des contrats incomplets*, in *L'Actualité économique*, 2007, Vol. 83, n° 2, p. 227.
- J. CHEVALLIER, *La juridicisation des préceptes managériaux*, in *Politiques et management public*, 1993, Vol. 11, n°4, p. 111 et s.
- CLUNET et J.M. JACQUET, *Cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale*, in *Journal du droit international, Chronique des sentences arbitrales*, 2015, n° 1.
- R. H. COASE, *The nature of firm*, *Economica*, novembre 1937, Vol. 4.
- D. COHEN, *L'engagement des sociétés à l'arbitrage*, in *Revue de l'arbitrage*, 2006, n°35.
- D. COHEN, *Justice publique et justice privée*, *Association de philosophie du droit*, 1997, n°41, p. 149 et s.
- R. COHEN, *La justice, talon d'Achille des organisations*, in *L'Expansion Management Review* 2010, Vol. 138, n° 3, p. 103.
- O. COSTA et N. JAKBO et C. LEQUESNE et P. MAGNETTE, *La diffusion des mécanismes de contrôle dans l'Union Européenne : vers une nouvelle forme de démocratie ?*, in *Revue française de science politique*, 2001, Vol. 51, n° 6, p. 859 et s.
- J.R. COSTARGENT et J. SPINELLI, *L'arbitrage et les petits litiges* in *Les cahiers de l'arbitrage, Nouveaux domaines, nouvelles utilisations*, 3^e éd, Conseil National des Barreaux, *Guide pratique édition*, 2017.
- DALLOZ AVOCATS, *La médiation, une nouvelle opportunité ?*, in *Exercer et entreprendre*, Dalloz, janvier 2014, n° 1, p. 23.
- D. DANET, *Sécurité économique et intelligence juridique : le rôle des stratégies judiciaires*, in *Revue internationale d'intelligence économique*, Lavoisier, 2010, Vol. 2, p. 277 et s.

- R. DAVAL, *Les fondements philosophiques de la pensée de Carl Rogers*, in *Approche Centrée sur la Personne. Pratique et recherche*, 2008, Vol. 8, n° 2, p. 5.
- P. DIENER, *Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires, La distinction fins-moyens n'a pas cours dans le monde réel ; elle n'est que construction géométrique idéale*, Recueil Dalloz, 1997, p.147.
- M. DE FONTMICHEL, *Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français*, in *Recueil, Revue des sociétés*, Dalloz, 2012, p. 279.
- O. DEBOUZY, *Les avocats et le rôle du droit dans la société française*, in *La revue des Anciens Élèves de l'École Nationale d'Administration*, n° 329, février 2003.
- G. DEHARO et S. POINT et A. MADANAMOOHOO, *Les risques en entreprise : dialogues entre la gestion et le droit*, in *Management & Avenir*, 2014, Vol. 74, n° 8, p. 135.
- B. DESARNAUTS, *Cycle une autre justice civile ? L'avocat et le droit collaboratif*, in *La semaine juridique*, Édition générale, 1^{er} septembre 2014, Vol. 914, n° 36, p. 1562.
- J. DIONNE-PROULX et G. LAROCHELLE, *Éthique et gouvernance d'entreprise*, in *Management & Avenir*, 2010, Vol. 32, n° 2, p. 36.
- R. DOSSA, *Rôle de l'Avocat dans la cité : du juridique au judiciaire*, in *Revue de l'ERSUMA*, décembre 2011.
- G. OSTERMANN, *Vers une alliance thérapeutique ... Pour un succès thérapeutique*, in *Diabète et obésité*, décembre 2017.
- R.C. DROUIN, *Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales : quel rôle pour le devoir de vigilance*, Dalloz, *Droit social*, 2016, p. 246.
- R. DUMAS, *Les MARD (modes alternatifs de résolution des différends) au prisme des droits fondamentaux substantiels*, in *Théorie des droits fondamentaux*, Droit processuel, 2018, n° 1, p. 18.
- E. EBONDO WA MANDZILA et D. ZEGHAL, *Management des risques de l'entreprise : Ne prenez pas le risque de ne pas le faire !*, in *La Revue des Sciences de Gestion*, 2009, n°3, p. 237 et s.
- F. EISEMANN, *La clause d'arbitrage pathologique*, in *Essais Memoriam Eugenio Minoli*, 1974, p. 120.
- J. FAGET, *L'impensé de la médiation : contre-culture ou soft power*, *Empan*, 2008, Vol. 72, n° 4, p. 74.

- O. FAVEREAU, *Le devoir de vigilance dans les groupes et réseaux de sociétés, Sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale le 30 mars 2015*, in *Revue de droit du travail*, Études, août 2015, n° 12.
- G. FERNANDEZ et N. ALAIN, *PME, mondialisation et stratégies*, in *Revue internationale P.M.E.: Économie et gestion de la petite et moyenne entreprise*, 1994, Vol. 6, n° 3-4, p. 145.
- W. FEUGERE, *Responsabilité pénale des dirigeants et des personnes morales et organisation de l'entreprise*, in *Grande Bibliothèque du Droit, Le droit partagé*. Lexbase, 2013.
- L.J. FILION, *Six types de propriétaires-dirigeants de PME*, in *Organisations et territoires*, 2000, Vol.9, n° 1.
- M. FRIEDMAN, *The responsibility of business is to increase its profits*, in *New York Times Magazine*, 1970.
- M.A. FRISON-ROCHE, *Vers un gouvernement économique des juges*, in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, n° 111, p 248.
- H. GARRAULT, *L'identification et le contrôle des risques*, Dalloz, *Juris Associations*, 2011, n° 434, p. 18.
- N. GONTHIER-BESACIER et G. HOTTEGINDRE et S. FINE-FALCY. *Les facteurs d'influence de la qualité de l'audit : Perception des préparateurs de l'information financière*, in *Comptabilité – Contrôle – Audit*, 2012, Vol. 18, n° 2, p. 33.
- S. GUINCHARD, *Vers une démocratie procédurale*, in *Justices*, Nouvelle série, 1991, Vol. 1, p. 91.
- J.P. GRANDJEAN, *L'évaluation des accessoires (taux et point de départ des intérêts dans l'arbitrage)*, *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso Éditions, 2013.
- C. HANNOUN, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017*, Dalloz, *Social*, 2017, p. 806.
- D. HASCHER, *L'autorité de la chose jugée des sentences arbitrales*, in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 2004, Vol. 15, n° 2000, p.17 et s.
- V. HELFRICH, *Peut-on normaliser efficacement la RSE et ses pratiques ? : Étude du cas de la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale*, in *Revue de l'organisation responsable*, 2010, Vol. 5, n°1, p. 51.

- V. HELFRISH, *La régulation des pratiques de RSE par les normes : Le cas de la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociale, Transversalité de la Responsabilité Sociale de l'Entreprise : L'entreprise à l'aune de ses responsabilités vis-à-vis de l'homme, de l'environnement et du profit ?* 5^e Congrès de l'ADERSE, 2008.
- H. HELLIO, *Le principe des responsabilités communes mais différenciées et le contrôle du non-respect : une rencontre fantasmée*, in *Les Cahiers de droit*, 2014, Vol. 55, n° 1, p. 193.
- G. JCP AVOCATS, *La mission première de l'avocat, un défenseur dans le judiciaire et un stratège dans le juridique, 3 questions à Louis Degos, avocat à la Cour, président de la Commission Prospective du CNB*, in *La semaine juridique*, Edition générale, 5 octobre 2015, n° 41.
- A. JEAMMAUD, *CONFLIT, DIFFEREND, LITIGE*, in *Droits*, Presses Universitaires de France, 2001, Vol. 2, n° 34, p.15 et s.
- H. JONAS et J. GREISCH, *Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, in *Revue Philosophique de la France Et de l'Étranger*, Champs, 1999, Vol. 1, n° 189.
- X. LAGARDE, *L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation*, *Revue de l'arbitrage*, 2000, 377.
- T. LEMAITRE, *Devoir de vigilance des grandes entreprises : quelles conséquences pour les ETI et les PME ?*, in *Les petites affiches*, Droit édition, 4 juin 2015.
- B. LEMENNICIER, *L'économie de la justice : du monopole d'État à la concurrence privée ?*, in *Justices* 1, 1995, p. 135 et s.
- P. LEQUET, *Loi "devoir de vigilance" : de l'intérêt des normes de management des risques*, in *Revue juridique de l'environnement*, 2017, Vol. 42, n° 4, p. 705 et s.
- LJA, *L'arbitrage est l'une des voies de règlements des différends en droit du travail depuis de nombreuses années*, in *La lettre des Juristes d'Affaires*, n° 1325, 13 novembre 2017, <https://www.lja.fr/larbitrage-est-lune-des-voies-de-reglements-des-differents-en-droit-du-travail-depuis-de-nombreuses-annees/>.
- M.H. MALEVILLE, *L'interprétation du contrat*, in *Lamy, Recueil, Droit du contrat*, 2008, n° 331-3.
- M. MARCHESNAY, *La PME : une gestion spécifique*, in *Économie rurale*, 1991, Vol. 206, n° 1, p.11 et s.

- G. MARAIN, *Nature des devoirs issus de la proposition relative à la vigilance*, LPA, 2016, p. 6.
- C. MARCON, *Stratégie-réseau en intelligence économique : conviction versus analyse*, in *Revue internationale d'intelligence économique*, 30 Juin 2012, Vol. 4, p. 11 et s.
- A. MASSON et H. BOUTHINON-DUMAS, *L'approche « Law & Management »*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, Dalloz, 2011.
- A. MASSON et H. BOUTHINON-DUMAS, *Stratégies juridiques des acteurs économiques, Droit, Management et Stratégies*, Larcier, 2013, p. 544.
- P. MAYER, *Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire*, in *Revue de l'arbitrage*, 1998, p. 359.
- A. MOREAUX, *Le droit collaboratif peut-il s'appliquer à tous types de conflits ?*, in *Affiches parisiennes*, 27 juillet 2015.
- P. MOUGEOLLE, *Sur la conformité constitutionnelle de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre: Responsabilité juridique des entreprises*, in *Revue des droits de l'homme*, 15 février 2017.
- D. MOURALIS, *L'entreprise face à l'arbitrage : quels coûts, quels financements ?*, in *Option Finance*, avril 2015.
- T. MOURRE et J. SCAPOLI, *Devoir de vigilance, l'effet ricochet*, in *Le Figaro Décideurs*, 7 juin 2017.
- J. MOURY, *Le droit confronté à l'omniprésence du risque*, in *Recueil*, Dalloz, 2012.
- B. OPPETIT, *Justice étatique et justice arbitrale*, in *Études offertes à Pierre Bellet*, 1991, p. 415 et s.
- B. OPPETIT, *La clause compromissoire par référence*, in *Revue de l'arbitrage*, 1990.
- B.M. PAPILLON et N. LEVRATTO, *Les PME. Définition, rôle économique et politiques publiques, Bruxelles, De Boeck Université*, in *Revue internationale P.M.E.: Économie et gestion de la petite et moyenne entreprise*, 2010, Vol. 23, n° 2, p. 164.
- J. PELISSE, *Judiciarisation ou juridicisation ? : Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail*, in *Politix*, 2009, Vol. 86, n° 2, p. 73.
- P.L. PERIN, *Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, Dalloz, juin 2015, p. 215 et s.
- P. PINSOLLE, *L'évaluation du dommage, L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso Éditions, 2013.

- O. POMIES, *Chronique de droit de l'arbitrage*, in *Revue juridique de l'Ouest*, 1997, Vol. 10, n° 1, p. 95 et s.
- M. POWER et P. HERVE, *Un nom, c'est quoi ? Le risque image et la transformation de la notion de responsabilité sociale*, in *Sécurité et stratégie*, 2011, Vol. 6, n° 2 p. 5.
- D. RABOUD, *William Ury, ou l'art de la négociation raisonnée*, in *Uni-Cité*, Université de Genève, 2016, Vol. 119, p. 16.
- C. ROQUILLY, *Chronique sur la performance juridique : la culture juridique d'entreprise, facteur-clé et tacite de la performance juridique*, in *Petites Affiches*, 10 décembre 2012, Lextenso, n° 246.
- C. ROQUILLY, *Performance juridique et avantage concurrentiel*, in *Les petites affiches*, 30 avril 2007.
- J.L. ROSSIGNOL, *Fiscalité et responsabilité globale de l'entreprise*, in *Management & Avenir*, 2010, Vol. 33, n° 3, p. 175.
- R. RUBLE et B. VERSAEVEL, *Mise en œuvre de la collusion et détection : approches passives*, in *Revue de littérature comparée*, Dossier, mars 2010, p. 119.
- R.P. RUSSO. *L'information, source de pouvoir*, in *Économie rurale*, 1966, Vol. 69, n°1, p. 3 et s.
- D. SALAS, *Le procès*, in *Droits*, Presses Universitaires de France, 2001, Vol. 2, n° 34, p. 29 et s.
- D. SALLES, *Environnement : la gouvernance par la responsabilité ?* in *VertigO*, 9 novembre 2009, n°6.
- F. SICARD, *De l'indépendance de l'avocat en droit constitutionnel français*, in *La semaine juridique*, Edition générale, 5 octobre 2015, n° 41, p. 1082.
- F. TERRE, *Au cœur du droit, le conflit*, in *La Justice, Autrement « Morales », L'obligation impossible*, n° 16.
- C. THIBIERGE, *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir*, in *Receuil*, Dalloz, 2004, p. 577.
- O. THIBOUT, *La responsabilité sociétale des entreprises : un système normatif hybride*, in *Revue juridique de l'environnement*, Lavoisier, 2016, Vol. 41, n° 2, p. 215 et s.

- O. TORRES, *Pour une approche contingente de la spécificité de la PME*, in *Revue internationale P.M.E. : Économie et gestion de la petite et moyenne entreprise*, 1997, Vol. 10, n° 2 , p. 9.
- M. TURCOTTE, *L'assurance : seulement une des solutions de la gestion des risques*, *Processus de gestion des risques : étapes à suivre et éventail de solutions possibles*, in *Assurance*, septembre 2009, Vol. 23.
- F. VERT, *La médiation dans le domaine judiciaire en France*, in *Annonces de la Seine*, 2014, n° 21.
- G. VINEY et A. DANIS-FATOME, *La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *Receuil*, Dalloz, 2017, p. 1610.
- G. VINEY, *l'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, 2016, p. 1545.
- B. WARUSFEL, *Intelligence économique et pratiques juridiques*, in *Revue de l'intelligence économique*, octobre 1999, n° 5.
- B. WARUSFEL, *L'intelligence juridique : une nouvelle approche pour les praticiens du droit*, in *Le monde du droit*, 15 avril 2010, n° 43.
- P. ZEIMETT et S. LEINHEISER, *Piloter la maîtrise des risques, cartographie en main*, Dalloz, *Juris Associations*, 2014, n° 491, p. 22.
- C. ZORN et F. BORG, *De la Justice prédictive à la Justice pré-conditionnée*, in *Justice*, octobre 2017, p. 24-25.

<u>THESES</u>

- I. CADET, *Responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), responsabilité éthiques et utopies, Les fondements normatifs de la RSE, Étude de la place du droit dans les organisations*, thèse CNAM (Conservatoire National des Arts et Métiers), 2014.
- E. DEIRMENDJIAN, *La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile*, Université de Toulon, 2012.
- L. JANDARD, *La notion de contrat d'arbitre*, Paris X, 2012.

- M. LECERF, *Les petites et moyennes entreprises face à la mondialisation*, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2006.
- M. OUASSINI SAHLI, *La responsabilité de la société mère du fait de ses filiales*, Paris Dauphine - Paris IX, 2014.
- M. PERSONNE, *Contribution à la méthodologie d'intégration de l'environnement dans les PME-PMI : Évaluation des performances environnementales*, École Nationale Supérieure des Mines de Saint-Étienne, 1998.
- C. SANCHEZ SAËZ, *Usages et arbitrage*, Université de Montpellier, 2017.

<u>BILLETS DE BLOG</u>

- ADPCI, *Droit collaboratif et/ou procédure participative*, in *Droit collaboratif*, 2018, <https://adpci.org/de-quoi-sagit-il/procedure-participative>.
- AVOCATS.BE, *A propos du droit collaboratif ...*, in *Avocats.be*, 6 janvier 2014. https://avocats.be/sites/default/files/texte_collaboratif_0.pdf.
- D. BARELLA, *La machine infernale de la judiciarisation*, in *Constructif*, février 2005, http://www.constructif.fr/bibliotheque/2005-2/la-machine-infernale-de-la-judiciarisation.html?item_id=2611.
- U. BECK, *La société du risque*, in *Constructif*, février 2005, http://www.constructif.fr/bibliotheque/2005-2/la-societe-du-risque.html?item_id=2609.
- R. BENSAOUD, *Risques juridiques & Réputation : Quels Enjeux pour l'Entreprise ?*, 2016, <http://www.esca.ma/blog/risques-juridiques-reputation-quels-enjeux-pour-lentreprise/>.
- S. BRAUDO, *Dictionnaire du droit privé*, in *Dictionnaire du droit privé*, 2018, <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/imperium.php>.
- CARRIERES-JURIDIQUES.COM, *La culture juridique d'entreprise, une donnée à appréhender*, 12 avril 2012, <https://www.carrieres-juridiques.com/actualites-et-conseils-emploi-juridique/la-culture-juridique-d-entreprise-une-donnee-a-apprehender/46>.
- CMS, BUREAU F. LEFEBVRE, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, in *CMS*, 29 mars 2017,

<https://cms.law/fr/FRA/Publication/Loi-relative-au-devoir-de-vigilance-des-societes-meres-et-des-entreprises-donneuses-d-ordre>.

CO-CONSTRUIRE L'AVENIR, *Le donneur d'ordre et le sous-traitant : un couple stérile ?* in *Co-construire l'Avenir*, 26 novembre 2014,

<http://www.co-construire-avenir.org/publications/echo/donneur-dordre-et-sous-traitance-maltraitance>.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANISATION OF THE TREADWAY COMMISSION (COSO), *Enterprise Risk Management, Integrated Framework*,
<http://coso.org>.

R. DI NOTO et VILLAGE DE LA JUSTICE, *L'ordre public international en droit internationaux privés français et allemand*, 23 avril 2009,

<https://www.village-justice.com/articles/ordre-public-international-droit,5354.html>.

DOCTRINE.FR, *CEDH, Cour (Plénière), 21 févr. 1975, n° 4451/70*, in *Doctrine.fr*,

<https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/1975/CEDH001-62054>.

A. DORANGE, *Les mesures relatives aux MARD dans l'avant-projet de loi de programmation pour la Justice*, in *Wolters Kluwer France, Actualité du droit*, 19 mars 2018,

<https://www.actualitesdudroit.fr/browse/civil/procedure-civile-et-voies-d-execution/12436/les-mesures-relatives-aux-mard-dans-l-avant-projet-de-loi-de-programmation-pour-la-justice>.

ÉDITORIAL, *Tout savoir sur le processus de droit collaboratif, son utilisation et le processus*, in *Avocats Barreau - Paris*, 28 décembre 2017,

<http://www.avocatparis.org/le-processus-de-droit-collaboratif>.

G. FILLION, *La désobéissance civile d'UberX*, in *Radio-Canada*, 29 avril 2015,

<http://blogues.radio-canada.ca/geraldfillion/2015/04/29/la-desobeissance-civile-duberx/>.

E. GASIOROWSKI-DENIS, *Améliorer la sécurité et la santé au travail avec ISO 45001*, in *ISO - Sécurité, sûreté et risques*, 28 avril 2017,

<https://www.iso.org/fr/news/Ref2180.html>.

M. GHAZAL, *Les 10 principes clés de la négociation raisonnée de Harvard*, 14 février 2016,

<https://fr.linkedin.com/pulse/les-10-principes-clés-de-la-négociation-raisonnée-harvard-ghazal>.

- S. GUINCHARD, *Belles pages 35 : Les modes alternatifs de règlement des différends*, in *Le blog de Serge Guinchard*, 30 mai 2017,
<http://sergeguinchard.blogspot.fr/2017/05/belles-pages-35-les-modes-alternatifs.html>.
- L'ÉQUIPE DYNAMIQUE ENTREPRENEURIALE, *Entreprises : les fautes de gestion qui peuvent coûter cher*, in *L'équipe dynamique entrepreneuriale*, 13 octobre 2017,
<http://www.dynamique-mag.com/article/entreprises-fautes-gestion-peuvent-couter-cher.2008>.
- L. LEVASSEUR, *Le devoir de vigilance, quand la protection sociétale devient un avantage économique*, in *JurilexBlog*, 18 avril 2017,
<http://www.jurilexblog.com/le-devoir-de-vigilance-quand-la-protection-societale-devient-un-avantage-economique-265970>.
- M.H., *Le rappel de la notion de faute lourde*, in *Dalloz-actu-etudiant.fr*, 2 mai 2014,
<https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/le-rappel-de-la-notion-de-faute-lourde/h/1ec1cfe64563e5a8e905a98c63447147.html>.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Les fondements et principes de la Justice, 1789*.
<http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/les-fondements-et-principes-10032/>.
- NOTAIRES DE France, *Le rôle du notaire, Rôle du notaire et ses principaux domaines d'intervention*, in *Notaires.fr*, 23 novembre 2017.
<https://www.notaires.fr/fr/profession-notaire/rôle-du-notaire-et-ses-principaux-domaines-dintervention/le-rôle-du-notaire>.
- PARIS INNOVATION REVIEW, *La justice prédictive, ou quand les algorithmes s'attaquent au droit*, 9 juin 2017,
<http://parisinnovationreview.com/article/justice-predictive-les-algorithmes-sattaquent-au-droit>.
- PETITE-ENTREPRISE.NET, *TPE, PME : les risques juridiques*, in *Tout pour l'entrepreneur*, 14 juin 2013.
<https://www.petite-entreprise.net/P-3746-87-G1-tpc-pme-les-risques-juridiques.html>.
- J. PIERRE-ANDRÉ, *Mondialisation des marchés et comportements des PME manufacturières*, Gouvernement Canada, 9 mars 2012,
<http://www.statcan.gc.ca/pub/61-532-x/1997001/article/3494-fra.html>.

- L. RIMONDI, *Intelligence économique, un outil de compétitivité pour les PME*, in *Lenouveleconomist.fr*, 15 avril 2015,
<https://www.lenouveleconomiste.fr/lesdossiers/intelligence-economique-un-outil-de-competitivite-pour-les-pme-26792/>.
- L. TAVITIAN, *Justice prédictive : où en est-on ?*, in *Village de la Justice*, 21 juillet 2016.
<https://www.village-justice.com/articles/Justice-predictive-est,22683.html>.
- VILLAGE DE LA JUSTICE, *Directions juridiques : comment concevoir votre cartographie des risques juridiques ?*, in *Village de la Justice*, 2 octobre 2015,
<https://www.village-justice.com/articles/Cartographie-Directions-juridiques,20515.html>.
- VILLAGE DE LA JUSTICE, *Une chaîne de vidéos pour diffuser la culture juridique au sein de l'entreprise*, in *Village de la Justice*, 17 octobre 2017,
<https://www.village-justice.com/articles/une-chaîne-vidéos-pour-diffuser-culture-juridique-sein-entreprise,26197.html>.
- VILLAGE DE LA JUSTICE et L. TAVITIAN, *Révolution numérique et évolution de l'activité de l'avocat*, *Interview de Clarisse Berrebi Avocate*, in *Village de la Justice*, 6 mars 2014.

<i>ENTRETIENS, ENREGISTREMENTS VIDEOS</i>

- AMRAE, *Rencontres AMRAE 2017 : atelier B10 (D&O, devoir de vigilance, RSE...)*, in *People et blogs*, 2017,
<https://www.youtube.com/watch?v=qhOhXq7SYqk>.
- CPME, *Instabilité juridique dans les PME-TPE*, 2011.
<https://www.youtube.com/watch?v=AHwVZhr2wUA>.
- M. LAZARTE, *L'extraordinaire histoire de la plongée sous-marine*, ISO, 12 mai 2014,
<https://www.iso.org/fr/news/2014/05/Ref1846.html>.
- O. PIERI, *Interview du Secrétaire Général de la CPME de Vaucluse (84)*, M4A, Avignon, 2017.
Échange autour de la relation des PME, et leurs dirigeants, au droit, à la Justice et au système judiciaire. Appréhensions, besoins, et autres.
- O. PIERI, *Interview du Secrétaire Général de la CPME de Vaucluse (84)*, 24 janvier 2017.

Échange autour de la relation des PME, et leurs dirigeants, au droit, à la Justice et au système judiciaire. Appréhensions, besoins, et autres.

M. PORTER par M. MORSING, *CSR – a religion with too many priests*, septembre 2003, Copenhagen Business School.

INDEX DES REFERENCES JURIDIQUES

TEXTES

NORMES NATIONALES

Circulaire n° SJ 93-005 AB1 du 16 mars 1993 relative au recrutement et à la gestion des Conciliateurs, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice n°103.

Code civil, promulgué le 21 mars 1804 (30 ventôses an XII), par Napoléon Bonaparte, en sa version consolidée au 6 août 2018.

Code de procédure civile, issu du décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, entré en vigueur le 1er janvier 1976, en sa version consolidée au 1er janvier 2018.

Décision du 14 janvier 2016 portant réforme du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat (art. 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée), adoptée par l'assemblée générale du CNB des 31 mars et 1er avril 2017, décision du 26 juin 2017 - *JORF* n°0178 du 1er août 2017.

Décision Constitutionnelle n° 2017-750 du 23 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JOFR*, 28 mars 2017, n°0074.

Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, *JOFR*, 23 mars 1978, page 01265.

Décret n°81-500 du 12 mai 1981 Instituant les dispositions des livres III et IV du nouveau Code de procédure civile, *JOFR*, 14 mai 1981, page 01380.

Décret n°2001-963 du 23 octobre 2001 relatif au fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante institué par l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001, *JOFR*, 24 octobre 2001.

Décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique, *JOFR*, 20 décembre 2008, n° 0296.

Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, *JOFR*, 22 janvier 2012, n° 0019.

Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, *JOFR*, 14 mars 2015, n°0062.

Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JOFR*, 5 janvier 1972, p.131.

Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, *JOFR*, 9 février 1995, n° 0034, page 2175.

Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *JOFR*, 21 mai 1998, n° 117, page 7744.

Loi n° 2001- 420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JOFR*, 16 mai 2001, page 7776.

Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, *JOFR*, 31 juillet 2003, page 13021.

Loi n° 2003-706 du 1 août 2003 de sécurité financière, *JOFR*, 2 août 2003, page 13220.

Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1 mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, *JORF*, n°0051 du 2 mars 2005 page 3697.

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME), *JOFR*, 5 août 2008, n°0181.

Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, *JOFR*, 23 décembre 2010, n°0297.

Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, *JOFR*, 29 mars 2011, n° 0074.

Loi n° 2015-990 du 06 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi Macron), *JOFR*, 7 août 2015, n° 0181.

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JOFR*, 19 novembre 2016, n°0269.

Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi Sapin II), *JOFR*, 10 décembre 2016, n° 0287.

Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des

entreprises donneuses d'ordre, *JOFR*, 28 mars 2017, n° 0074.

Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *JOFR*, 21 août 2015, n° 0192, page 14721.

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JOFR*, 11 février 2016, n° 0035.

Rapport Guinchard (2008). Commission sur la répartition des contentieux présidée Serge Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, La documentation française, Paris 2008.

NORMES EUROPÉENNES

CONSEIL DE L'EUROPE

Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, 4 novembre 1950, Conseil de l'Europe.

UNION EUROPÉENNE

Recommandation, Commission Européenne, 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises [notifiée sous le numéro C(2003) 1422], (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), (2003/361/CE).

Règlement, Commission Européenne (CE), n°2201/2003 du Conseil, 27 novembre 2003, dit Bruxelles II.

NORMES INTERNATIONALES

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) dite Convention de Vienne, adoptée le 11 avril 1980 et entrée en vigueur le 1er janvier 1988, avec pour objectif de fournir un régime moderne, uniforme et juste pour les contrats de vente internationale de marchandises, et contribuer ainsi de manière considérable à la sécurisation des échanges commerciaux et à la réduction du coût des opérations.

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (la « Convention de New York »), signée à New York le 10 juin 1958 entrée en vigueur le 7 juin 1959, avec pour objectif de donner plein effet aux conventions d'arbitrage en obligeant les juridictions des États contractants, saisies d'un litige entrant dans le champ

d'application d'une convention d'arbitrage, à renvoyer les parties à l'arbitrage ; et permettre la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères dans les États contractants (articles III, IV, V, VI et VII).

Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987 (État le 1er avril 2017),
Assemblée fédérale de la Confédération suisse.

Loi type sur l'arbitrage commercial international (1985), Commission des Nations Unies pour
le Droit Commercial International.

Règlements de médiation et d'arbitrage (CMAP).

Règlement d'arbitrage, The London Court of International Arbitration (LCIA), 1998.

Règlement d'arbitrage (CCI) de 2012, tel que révisé en 2017 et en vigueur à compter du 1er
mars 2017.

Règlement d'arbitrage (AAA), Rules of Arbitration of the Bahrain Chamber for Dispute
Resolution, effective 1 October 2017.

JURIDICTIONS FRANÇAISES

Cour d'Appel :

CA Paris, 4 mars 1986, Cosiac, Rev. arb., 1987, P 167.

CA Paris, 10 mars 2011, affaire Tesco c/ Neoelectra, n° 09/28540.

Cour de Cassation :

Cour de cassation, Chambre civile, 16 juin 1896, *Teffaine*, DP 1897.1.433, DP 1897.1.433, concl. L. SARRUT, note R. SALEILLES ; S. 1897.1.17, note A. ESMEIN.

Cour de cassation, Chambre civile, 25 mai 1948, Lautour, Rev.Crit.1949. 89, note Batiffol, D. 1948.357, note P.L.; S.1949.1.21, note Niboyet, J.C.P.1948.II.4532, note Vasseur.

Cour de cassation, Chambre civile, 7 mai 1963, Ets Raymond Gosset c/ Carapelli, JCP G, 1963, II, 13, p. 405, note B. Goldman ; JDI, 1964, p. 82, note J.-D. Bredin ; Rev. crit. DIP, 1963, p. 615, note H. Motulsky ; D., 1963, p. 545, note J. Robert..

Cour de cassation, Chambre commerciale, 12 novembre 1968, publication n°316.

Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 18 mai 1971, Impex, n° 69-14130.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 20 mars 1972, JCP 1973, II, 17543, note J. Schmidt.

Cour de cassation, Chambre civile, 13 avril 1972, Ury c/ Galeries Lafayette, n°70-12774.

Cour de Cassation, Chambre criminelle, 27 juin 1972, n° 72-92.608.

Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 4 juillet 1972, Hecht, n° 70-14163.

Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 9 octobre et 6 novembre 1990, n° 89-13.740.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 22 octobre 1996, n° 93-18632.

Cour de Cassation, Chambre civile 2^{ème}, du 2 octobre 1997, Douai, n° 95-22.27, D. 1997. IR. 230.

Cour de cassation, Chambre sociale, 16 février 1999, n° 96-45565, bull. civ V, n° 78.

Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 6 février 2000, Rev. Arb., 2000, p. 765, note D. Cohen.

Cour de cassation, Chambre sociale, 18 juillet 2001, n°99-45.534 et 99-45.535, Bull. civ. IV, n°279.

Cour de cassation, Chambre civile 2^{ème}, 4 avril 2002, n° 00-19822.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 9 avril 2002, n° 99-10028.

Cour de Cassation, Chambre sociale, du 10 juillet 2002, n°00-45.135.

Cour de cassation, Chambre mixte, 14 févr. 2003, n°00-19.423 et 00-19.424, bull. ch. Mixte, n°1.

Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 3 mai 2003, n° 98-12.819, Bull. civ. I, n°130.

Cour de cassation, Chambre civile 3^{ème}, 3 décembre 2003, n° 02-18.033.

Cour de cassation, Chambre civile 2^{ème}, 18 décembre 2003, n° 02-13.410.

Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 27 janvier 2004, n°00-22.320, bull. civ. I, n°23.

Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 6 avril 2004, n° 00-18.097.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 28 juin 2005, n° 03-16794.

Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 22 septembre 2005, Navire Lindos, n° 13-25584 et 13-27489.

Cour de cassation, Chambre sociale, 10 mai 2006, Moukarim, n° 03-46.593.

Cour de cassation, Chambre civile 3^{ème}, 26 mai 2006, n° 05-10.859, RDI 2006. 378, obs. P. Malinvaud

Cour de cassation, Chambre civile 2^{ème}, 13 juillet 2006, n° 05-17095.

Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 20 février 2007, Société UOP NV, n° 06-14107.

Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 13 mars 2007, Chefaro, n° 05-16627, Rev. arb. 2007, L. Jaeger, note.

Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 30 oct. 2007, n° 06-13.366, bull. civ. I, n°329.

Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 15 mai 2008, n° 06-20806.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 3 juin 2008, n°07-15228, Bull. civ., IV, n°114.

Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 8 juillet 2009, n°08-16.025, V. D. Cohen, L'engagement des sociétés à l'arbitrage, Revue de l'arbitrage, n°35, 2006.

Cour de cassation, Chambre Civile 3^{ème}, 7 octobre 2009, n° 08- 17.620, D. 2010. 1103, chron. F. Nési ; RDI 2009. 650, obs. P. Malinvaud.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 15 septembre 2009, n° 08-19.200.

Cour de cassation, Chambre commerciale, 29 juin 2010, Faurecia c/ Oracle, n° 09-11.841.

Cour de cassation, Chambre Civile 3^{ème}, 11 mai 2011, n° 10-11.713, D. 2011. 1482 ; RDI 2011. 405, obs. P. Malinvaud.

Cour de cassation, Chambre sociale, 18 juillet 2011, n° 99-45.534 et 99-45.535, Bull. civ. IV, n° 279.

Cour de cassation, Chambre civile 2^{ème}, 26 mai 2011, n°06-19.527, Bull. Civ. IV, n°120.

Cour de cassation, Chambre sociale, 30 novembre 2011, n° 2512 (11-12.905 ; 11-12.906).

Cour de cassation, Chambre civile 1^{ème}, 10 avril 2013, n° 12-13.672, Bull. civ. I, n°80 ; D.2013.1005.

Cour de cassation, Chambre civile, 25 juin 2014, affaire Tecnimont c/ Avax, n° 11-26.529.

JURIDICTIONS EUROPÉENNES ET COMMUNAUTAIRES

CEDH, Cour (Plénière), 21 févr. 1975, Golder c. Royaume-Uni, n° 4451/70.

CEDH, 9 décembre 1994, Affaire Lopez Ostra c. Espagne, requête n° 16798/90.

CEDH, 26 mars 2015, *Momčilović c. Croatie*, n°11239/11.

CJCE, 17 juin 1999, Unibank, n°C-260/97.

CJUE, 12 juillet 2011, n° C-324/09, eBay, V. note, P.-Y. Gautier, De l'éventuel « rôle actif » des opérateurs internet dans la réalisation du dommage, D. 2011. 2054 ; F. Terré, Être ou ne pas être responsable, À propos des prestataires de services par internet, JCP 2011. 1175, spéc. n° 12.

JURIDICTIONS ÉTRANGÈRES

Cour suprême, *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, 546 US 440 (2006).

Cour suprême, *Éric L. Loomis, Petitioner, Inc. v. State of Wisconsin*, n°16-6387 (May 2017).

INDEX ANALYTIQUE

A

Accord amiable
 Accord partiel, 332
 Échec accord, 332
 Enjeux, 317
 Figures, 312
 Inexécution, 329
 Qualification, 315
Acte authentique, 314, 402
Acte de procédure d'avocat, 421, 422
 Acte de constatation, 422
 Acte de désignation, 422
 Acte d'enquête, 422
Acte sous seing privé, 313
Action, 197
Action en responsabilité délictuelle, 192
 Exécution de l'obligation, 192
 Manquement à l'obligation, 196
Action récursoire, 222
Ad hoc, 367
ADR, 250
AFNOR, 87, 89
AFPDC, 413
Amiable composition judiciaire, 282
Anticipatrice sereine, 88
Arbitrabilité, 373
Arbitrage
 Consentement, 347
 Convention d'arbitrage, 347
 Coûts, 383
 Définition, 343
 Démocratisation, 387
 Frais, 385
 Régime, 372

Arbitre, 339
Aristote, 249
Astreinte, 218
Atteinte
 Réputation de l'entreprise, 46
Autonomie, 350
Autorité de la chose jugée, 379
Avantage concurrentiel, 128
Avocat, 417
Avocat collaboratif, 405, 425

B

BATNA, 301
Bénéfice mutuel, 263
Bonne foi, 298, 305, 347, 406

C

Capacité à agir, 196
Carte en rond, 264
Cartographie, 126
 Évaluation, 142
 Exemple, 147
 Identification, 126
 Mesure, 139
 Représentation globale, 144
 Sources, 130
CCI, 359, 376
CESDH, 202, 246, 295
Charte collaborative, 403, 409
Charte de l'environnement, 109
 Principe de précaution, 110
 principe de prévention, 110
 Principe pollueur-payeur, 110
Charte des Droits Fondamentaux, 68, 106, 246

CIRDI, 376
 Clause compromissoire, 347
 Autonomie, 350
 Défectueuse, 352
 Effet négatif, 354
 Effet positif, 357
 Nullité ou inapplicabilité manifeste, 356
 Par référence, 349
 Pathologique, 352
 Clause de droit applicable, 160
 Clause de non-concurrence, 54
 Clauses attributive de compétence, 159
 Clauses d'astreinte, 164
 Clauses de différend, 304
 Clauses de garantie-sûreté, 161
 Clauses d'interprétation, 157
 Clauses limitatives de responsabilité, 158, 220
 CMAP, 272, 325, 361
 CNUDCI, 347, 352, 361, 375
 Cohérence contractuelle, 155
 Co-justice, 342
 Common Law, 351
 Compas, 459
 Compétence, 199
 Compétitivité
 Spécificité de la PME, 43
 Complétude, 155
 Comportements transgressifs
 Typologie, 135
 Compromis d'arbitrage, 347
 Conciliation, 269
 Conciliation extrajudiciaire, 269
 Conciliation judiciaire, 279
 Confiance, 259
 Confidentialité, 299, 411
 Conformité, 62, 91
 Conseil de la Concurrence, 113
 Consentement
 MARD, 303
 Consentement
 Immixtion, 206
 Obligation de gestion des risques, 205
 Contentieux économique
 Contentieux contractuels, 151
 Définition, 12
 Désaccord, 12
 Contradictoire, 296
 Contrat, 151
 Contrat d'arbitre, 360, 362
 Contrefaçon, 112
 Convention d'arbitrage, 347
 Convention de Genève, 375
 Convention de la Haye, 402
 Convention de Vienne (CVIM), 376
 Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de
 l'Homme, 106
 Coopération, 406
 Cour Suprême, 459
 CPME, 111, 170
 Crise de la justice
 Concept, 15
 Crise de la Justice, 243
 Culture, 168
 Culture de coopération, 256
 Culture juridique, 168
 E-learning, 170
 Réseau, 170
 Culture organisationnelle, 81

D

Dalai-Lama, 235
 Décentralisation, 33
 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 106
 Déclaration Universelle, 106
 Déjudiciarisation, 242, 420
 Effets, 311

Modes alternatifs, 337
Régime, 288

Démocratisation, 387

Déontologie, 427

Désétatisation, 233
Déjudiciarisation, 239
Privatisation, 391

Devoir de vigilance
Champ d'application, 91
Critères (objet), 104
Critères (personnes), 92
Évaluation des risques, 138
Instabilité du droit, 111
Manquement, 203
Réglementation, 91
Responsabilité, 179
Responsabilité contractuelle, 203
Risque d'activité, 112
Risque de défaillance, 113
Risques majeurs, 104

Diagramme Ishikawa, 134
5M, 134

Dompage
Évaluation, 384

Dompage certain, 214

Dompage nommé, 188

Domages et intérêts, 219

Domages et intérêts moratoires, 165

Droit, 32
Aléa, 111

Droit collaboratif, 392
Idéologie alternative, 395
Négociation raisonnée, 397, 411
Notion, 392

Droits fondamentaux
Droit à un environnement sain, 109

Droits humains, 105
Droits civils et politiques, 106

Droits des peuples, 106
Droits économiques, 106

E

Échaudée réactive, 89

Écoute active, 399

Efficience juridique, 60

Égalité, 296

Entrepreneur
Concept, 3
Typologie, 5

Entreprise
Activité, 143
Définition, 11
Objectifs, 144
Relations commerciales, 154
Ressources, 128

Entreprise donneuse d'ordre, 95

Entreprise en difficulté, 286

Environnement, 109
Risque d'atteinte grave, 110

Environnement juridique
Définition, 9
Identification, 131
Norme juridique nouvelle, 171
Règles applicables, 131

EUURL, 116

Évolution
Contrat, 155

Exception d'incompétence, 355

Exécution forcée, 219

Exécution forcée, 208

Exequatur, 346, 381

F

Faute de gestion, 116

Faute délimitée, 212

Faute nommée, 186
Filiales, 93
Fin de non-recevoir, 268, 355
Fisher, 257, 398
For, 367
Force contraignante, 323
Force exécutoire, 326, 346
Force majeure, 209
Force obligatoire, 323
Formation, 413
Fragilisée désorganisée, 89
Friedman, 59

G

Garantie, 161
Personnelle, 161
Réelle, 161
Garanties procédurales, 289
Inadéquation, 293
Inapplicabilité, 292
Golder, 291
Gosset, 351
Gouvernance
Définition, 7
Gouvernance juridique
Caractéristiques, 123
Définition, 9
Intégration, 86
Management des risques, 86
Politique de traitement des risques juridiques, 150
Préservation de l'entreprise, 42
Groupe de contrats, 349
Groupe de sociétés, 349
Identification, 93
Guinchard, 394, 439

H

HARM, 460
Hart, 152
Homologation, 326
Juge, 434
Honoré de Balzac, 380
Hoover, 171
Hybride, 342

I

Imperium, 344
Imprécision, 153
Imputation, 387
Incomplétude, 152
Rationalité limitée, 152
Théorie des coûts de transaction, 152
Individualisation, 16, 235
Inexécution, 215
Inexpérimentée passive, 88
Inflation normative, 32
Information juridique
Culture juridique, 168
Norme juridique nouvelle, 171
veille informationnelle, 112
Injonction de payer, 166
Intelligence juridique
Définition, 51
Science de l'information, 51
Intérêts, 262
Parties prenantes, 78
ISO, 65
Évaluation, 142
ISO 14001, 110
ISO 26000, 65
ISO 31000, 65, 85
2009, 123
ISO 9001

2015, 65

J

J21, 239, 374, 416

Équipe de Justice, 430

Justice conventionnelle, 430

Philosophie, 14

Jarrosson, 365

Judiciarisation, 34

Juge, 341

Évolution, 429

Médiateur social, 432

Notaire des engagements sociaux, 434

Juridictionnalisation, 369

Juridisation, 32

Jurisdictio, 344

Juste, 342

Justice

Justice privée, 342

Justice publique, 342

Justice conventionnelle

Élargissement, 437

Voies de recours, 439

Justice coopérative, 256

Justice participative, 246, 420

Enjeux, 252

Justice prédictive

Avantages, 460

Définition, 459

Risques, 461

K

Knowledge management, 132

L

Legaltech, 389

Lex mercatoria, 368, 375

Liberté contractuelle, 151

Libertés fondamentales, 105

Libre disposition, 300

Lien de causalité, 190, 215

Litige

Aspects, 261

Résolution globale, 252

Loi, 32

Low-cost, 389

M

Management des risques

Définition, 82

Notion, 81

Processus, 84, 124

Sécurité économique, 103

Théorie, 81

Manquement, 181

Marché

Contraintes, 143

MARD

Accord conventionnel, 311

Conditions, 300

Consentement, 303

Effets, 323

Efficacité, 323

Garanties procédurales, 289

Notion, 248

Procédures, 266

Terminologie, 236

Tiers, 306

MARL, 159

Mécanisme assurantiel, 174, 387

Assurance de responsabilité civile, 174

Protection juridique, 174

Médiation, 271

Médiation judiciaire, 280

Médiation des entreprises, 286

Médiation du crédit, 167, 285
Médiation extrajudiciaire, 271
Mercantilisation, 387, 423
MESORE, 301
Mesure
 criticité, 139
 Gravité, 139
 Probabilité, 139
Mise en demeure, 165
Modes de régulation sociale, 244
Mondialisation, 423
 Définition, 37
 Effets, 39
Moore, 152

N

Négociation
 Critères objectifs, 265
Négociation raisonnée, 411
 Méthode, 261
 Notion, 256
 Principes, 258
Normalisation
 AFNOR, 66
 Définition, 62
 OCDE, 66
 OIT, 66
 Stratification, 64
Norme juridique nouvelle, 171
Nouvelles technologies, 423
Nullité, 356

O

OIT, 107
Ordre public, 302, 382

P

Paix sociale, 433
Parties prenantes, 57, 128, 168
 Caractérisation, 78
Patrimoine de l'entreprise
 Brevets, 44
 Composition, 43
 Fiscalité, 44
 Image, 45
 Propriété intellectuelle, 44
Patrimoine immatériel, 162
Patrimoine immatériel
 Savoir-faire, 163
Patrimoine immatériel
 Secret de fabrique, 163
Patrimoine informationnel, 52
 Avantages, 56
Personnalité juridique, 101
PFRLR, 106
Phase précontractuelle, 153
Plan de vigilance
 Cartographie, 148
 Mécanismes de protection, 160
 Mécanismes d'exécution, 164
 Politique défensive, 167
 Politique offensive, 150
 Typologie PME, 87
PME
 Catégorie d'entreprise, 2
 Critères, 2
 Critères qualitatifs, 4
 Critères quantitatifs, 4
 Définition, 1
 Responsabilité contractuelle, 204
Polanyi, 424
Police d'assurance, 176
Porter
 Chaîne de valeur, 128

Positions, 262
Pouvoir juridictionnel, 339
 Délégation, 341
Pratiques anti-concurrentielles, 113
PRD, 249
Predictice, 460
Prescription extinctive, 333
Preuve, 346
Prévention
 Bloc de Constitutionnalité, 68
Principe de compétence-compétence, 358
Principe de précaution, 37
Privatisation, 391
Probabilité, 140
Procédure civile, 266
Procédure de liquidation, 167
Procédure de redressement, 167
Procédure participative, 273
 Convention de procédure participative, 275
 Notion, 274
 Procédure, 276
Procès équitable alternatif, 267, 289
 Garanties procédurales, 294
Processus collaboratif, 405
Propriété intellectuelle, 162

R

Rana Plaza, 69
Réciprocité négative, 260
Recours en annulation, 440
Recouvrement amiable des créances, 166
Reformulation, 399
Règlement extrajudiciaire des litiges de consommation
 (RELC), 283
Relation commerciale établie, 95
 Définition, 96
Relation de contrôle
 Filiale, 93

Sociétés mères, 92
Rencontre de règlement, 404
Résolution, 219
Responsabilisation, 420
 Chaîne de responsabilisation, 103
 Champ d'application, 16
 Déjudiciarisation, 242, 343
 Responsabilité sociale, 437
Responsabilité
 Assurance, 178
 Devoir de vigilance, 179
 Gérant, 115
Responsabilité civile délictuelle, 179
 Conditions, 186
 Domaine, 181
 Régime, 181
Responsabilité contractuelle, 179, 203
 Régime, 210
 Sanctions, 217
Responsabilité du fait d'autrui, 185
Responsabilité sociale des entreprises
 Concept, 57
Ressources, 127
RIN, 427
Risque juridique, 72
 Accepté ou refusé, 77
 Aspects, 75
 avéré ou suspecté, 75
 Cartographie, 144
 Causes, Difficultés, 90
 Classification, 84
 Conception, 77
 Définition, 10, 73, 74
 Dirigeant-entrepreneur, 80
 Évaluation, 142
 Formalisation, 84
 Identification, 84
 Incertitude, 73

Juristes, 79
Origine, 133
Positif ou négatif, 76
Préjudice, 74
Priorisation, 84
Sources, 130
Traitement, 84
Risque résiduel, 173
 Assurance, 174
 Définition, 173
Risques juridiques
 Réputation, 46
 RSE, 60
Rogers, 400
RSE
 Développement durable, 66
 Marchés publics, 64

S

Santé, 107
Savoir-faire, 163
Secret de fabrique, 163
Sécurité
 Personnes, 107
Sensibilisation, 50
Sentence accord-partie, 330
Sentence arbitrale, 370, 378
 Exécution, 380
 Mentions, 378
Sociétés mères, 92
 Définition, 94
Soft-law
 RSE, 62
Solidarité, 221
Sous-traitant, 95

Spectre de la société contentieuse, 36
Stakeholders, 57
Standardisation, 62
Surconsommation
 Instruments juridiques, 35
Sûreté, 161
 Personnelle, 161
 Réelle, 161
Système judiciaire, 416

T

Théorie des jeux, 103
Tiers
 Compétence, 309
 Diligence, 309
 Honnêteté, 309
 Impartialité, 307
 Probité, 309
Tiers financeurs, 387
Total, 170
Transaction, 268
 Convention transactionnelle, 401
Transparence, 298, 406

U

Union Européenne, 68
 Charte des Droits Fondamentaux, 246
 Justice participative, 251
Ury, 257, 398
Utilité, 365

V

Veille juridique, 171
 Avantages, 172

ANNEXES

ANNEXE 1 : LOI RELATIVE AU DEVOIR DE VIGILANCE

JORF n°0074 du 28 mars 2017
texte n° 1

LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1)

NOR: ECFX1509096L

ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/ECFX1509096L/jo/texte>

Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte>

L'Assemblée nationale et le Sénat ont délibéré,
L'Assemblée nationale a adopté,
Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-750 DC du 23 mars 2017 ;
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article 1 [En savoir plus sur cet article...](#)

Après l'article L. 225-102-3 du code de commerce, il est inséré un article L. 225-102-4 ainsi rédigé :

« Art. L. 225-102-4.-I.-Toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance.

« Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés au premier alinéa sont réputées satisfaire aux obligations prévues au présent article dès lors que la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, établit et met en œuvre un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle.

« Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation.

« Le plan a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale. Il comprend les mesures suivantes :

- « 1° Une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation ;
 - « 2° Des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ;
 - « 3° Des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ;
 - « 4° Un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ;
 - « 5° Un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.
- « Le plan de vigilance et le compte rendu de sa mise en œuvre effective sont rendus publics et inclus dans

le rapport mentionné à l'article L. 225-102.

« Un décret en Conseil d'Etat peut compléter les mesures de vigilance prévues aux 1° à 5° du présent article. Il peut préciser les modalités d'élaboration et de mise en œuvre du plan de vigilance, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale.

« II.-Lorsqu'une société mise en demeure de respecter les obligations prévues au I n'y satisfait pas dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, la juridiction compétente peut, à la demande de toute personne justifiant d'un intérêt à agir, lui enjoindre, le cas échéant sous astreinte, de les respecter.

« Le président du tribunal, statuant en référé, peut être saisi aux mêmes fins.

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-750 DC du 23 mars 2017.]

Article 2 [En savoir plus sur cet article...](#)

Après le même article L. 225-102-3, il est inséré un article L. 225-102-5 ainsi rédigé :

« Art. 225-102-5.-Dans les conditions prévues aux articles 1240 et 1241 du code civil, le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter.

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-750 DC du 23 mars 2017.]

« L'action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente par toute personne justifiant d'un intérêt à agir à cette fin.

« La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci, selon les modalités qu'elle précise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.

« La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte. »

Article 3 [En savoir plus sur cet article...](#)

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-750 DC du 23 mars 2017.]

Article 4 [En savoir plus sur cet article...](#)

Les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du code de commerce s'appliquent à compter du rapport mentionné à l'article L. 225-102 du même code portant sur le premier exercice ouvert après la publication de la présente loi.

Par dérogation au premier alinéa du présent article, pour l'exercice au cours duquel la présente loi a été publiée, le I de l'article L. 225-102-4 dudit code s'applique, à l'exception du compte rendu prévu à son avant-dernier alinéa.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 27 mars 2017.

François Hollande

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,

Bernard Cazeneuve

Le ministre de l'économie et des finances,

Michel Sapin

Le garde des sceaux, ministre de la justice,

Jean-Jacques Urvoas

(1) Travaux préparatoires : loi n° 2017-399

Assemblée nationale :

Proposition de loi n° 2578 ;

Rapport de M. Dominique Potier, au nom de la commission des lois, n° 2628 ;

Avis de Mme Annick Le Loch, au nom de la commission des affaires économiques, n° 2625 ;

Avis de M. Serge Bardy, au nom de la commission du développement durable, n° 2627 ;

Discussion et adoption le 30 mars 2015 (TA n° 501).

Sénat :

Proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, n° 376 (2014-2015) ;

Rapport de M. Christophe-André Frassa, au nom de la commission des lois, n° 74 (2015-2016) ;

Résultat des travaux de la commission n° 75 (2015-2016) ;

Discussion les 20 octobre et 18 novembre et rejet le 18 novembre 2015 (TA n° 40, 2015-2016).

Assemblée nationale :

Proposition de loi, rejetée par le Sénat, n° 3239 ;

Rapport de M. Dominique Potier, au nom de la commission des lois, n° 3582 ;

Discussion et adoption le 23 mars 2016 (TA n° 708).

Sénat :

Proposition de loi, adoptée avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, n° 496 (2015-2016) ;

Rapport de M. Christophe-André Frassa, au nom de la commission des lois, n° 10 (2016-2017) ;

Texte de la commission n° 11 (2016-2017) ;

Discussion et adoption le 13 octobre 2016 (TA n° 1, 2016-2017).

Assemblée nationale :

Proposition de loi, modifiée par le Sénat en deuxième lecture, n° 4133 ;

Rapport de M. Dominique Potier, au nom de la commission mixte paritaire, n° 4184 ;

Sénat :

Rapport de M. Christophe-André Frassa, au nom de la commission mixte paritaire, n° 99 (2016-2017) ;

Résultat des travaux de la commission n° 100 (2016-2017).

Assemblée nationale :

Proposition de loi, modifiée par le Sénat en deuxième lecture, n° 4133 ;

Rapport de M. Dominique Potier, au nom de la commission des lois, n° 4242 ;

Discussion et adoption le 29 novembre 2016 (TA n° 843).

Sénat :

Proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, n° 159 (2016-2017) ;

Rapport de M. Christophe-André Frassa, au nom de la commission des lois, n° 289 (2016-2017) ;

Résultat des travaux de la commission n° 290 (2016-2017) ;

Discussion et rejet le 1er février 2017 (TA n° 74, 2016-2017).

Assemblée nationale :

Proposition de loi, rejetée par le Sénat en nouvelle lecture, n° 4447 ;

Discussion et adoption, en lecture définitive, le 21 février 2017 (TA n° 924).

Conseil constitutionnel :

Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017 publiée au Journal officiel de ce jour.

ANNEXE 2 : DÉCRET RELATIF À LA SIMPLIFICATION DE LA PROCÉDURE CIVILE

JORF n°0062 du 14 mars 2015 page 4851
texte n° 16

Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends

NOR: JUSC1404863D

ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2015/3/11/JUSC1404863D/jo/texte>

Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2015/3/11/2015-282/jo/texte>

Publics concernés : justiciables, avocats, magistrats, greffiers, huissiers de justice, médiateurs et conciliateurs de justice.

Objet : simplification des modalités d'envoi des avis et convocations par le greffe, et incitation à recourir à des modes de résolution amiable des différends.

Entrée en vigueur : le décret entre en vigueur le lendemain de sa publication, à l'exception des articles 18, 19 et 21 dont l'entrée en vigueur est fixée au 1er avril 2015 et de l'article 22 qui est applicable aux assignations délivrées à compter de la même date.

Notice : le décret simplifie les modalités d'envoi des avis et convocations adressés par le greffe. En particulier, la convocation par lettre recommandée avec demande d'avis de réception est désormais réservée au seul défendeur et l'obligation de doubler une notification par lettre recommandée avec demande d'avis de réception par l'envoi d'une lettre simple est supprimée.

En matière de communication électronique, le décret précise les modalités de consentement du destinataire à l'utilisation de ce procédé pour la réception des différents actes de procédure. Les avis simples adressés par le greffe pourront être adressés par tout moyen et notamment par un courrier électronique à une adresse préalablement déclarée ou au moyen d'un message écrit transmis au numéro de téléphone préalablement déclaré. Un dispositif particulier permettant la convocation simplifiée par voie électronique de certaines personnes morales est également prévu.

Par ailleurs, le recours aux modes alternatifs de résolution des litiges est favorisé, en particulier en obligeant les parties à indiquer, dans l'acte de saisine de la juridiction, les démarches de résolution amiable précédemment effectuées. Les modalités de délégation par le juge de sa mission de conciliation à un conciliateur de justice sont également simplifiées.

Enfin, le décret dispense le ministère public d'assister à toutes les audiences portant sur des affaires gracieuses et modifie les dispositions relatives aux ordonnances de protection de la victime de violences au sein du couple pour tirer les conséquences de la modification des articles [515-11](#) et [515-12](#) du code civil par la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, qui permet la prolongation de la durée de cette ordonnance lorsque le juge aux affaires familiales a été saisi d'une requête relative à l'exercice de l'autorité parentale.

Références : les dispositions du [code de l'organisation judiciaire](#), du [code de procédure civile](#) et du [code des procédures civiles d'exécution](#) modifiées par le présent décret peuvent être consultées sur le site Légifrance (<http://www.legifrance.gouv.fr>).

Le Premier ministre,

Sur le rapport de la garde des sceaux, ministre de la justice,

Vu le [code civil](#), notamment ses articles 515-11 et 515-12 ;
Vu le [code de l'organisation judiciaire](#) ;
Vu le [code de procédure civile](#) ;
Vu le [code des procédures civiles d'exécution](#) ;
Vu l'avis du comité technique paritaire central des services judiciaires en date du 13 novembre 2014 ;
Le Conseil d'Etat (section de l'intérieur) entendu,
Décrète :

- Chapitre 1er : Simplification des modalités d'envoi des avis et convocations par le greffe

Article 1 [En savoir plus sur cet article...](#)

Après l'article 692 du code de procédure civile, il est inséré un article 692-1 ainsi rédigé :

« Art. 692-1.-Nonobstant toute disposition contraire, les convocations destinées aux personnes morales de droit privé, aux administrations de l'Etat, aux collectivités territoriales, aux établissements publics à caractère administratif, aux organismes de sécurité sociale et aux autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif peuvent leur être adressées par le greffe par tous moyens auxquels ils ont préalablement consenti.

« La convocation adressée dans ces conditions est réputée notifiée à personne à la date à laquelle son destinataire en a accusé réception. A défaut, elle est réputée notifiée à domicile. »

Article 2 [En savoir plus sur cet article...](#)

L'article 807 du même code est ainsi rédigé :

« Art. 807.-L'avis est donné aux avocats par simple bulletin. Lorsque la représentation n'est pas obligatoire, cet avis est transmis au défendeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et au demandeur par tous moyens. Copie de la requête est jointe à l'avis adressé à l'avocat du défendeur ou, lorsque la représentation n'est pas obligatoire, au défendeur. »

Article 3 [En savoir plus sur cet article...](#)

Au premier alinéa des articles 826-1 et 852-1 du même code, la phrase : « Le greffe adresse le même jour aux mêmes personnes copie de la convocation par lettre simple » est supprimée.

Article 4 [En savoir plus sur cet article...](#)

Le premier alinéa de l'article 844 du même code est ainsi rédigé :

« Le greffier convoque le défendeur à l'audience par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le demandeur est avisé par tous moyens des lieu, jour et heure de l'audience. »

Article 5 [En savoir plus sur cet article...](#)

Au second alinéa de l'article 845, à l'article 847, au second alinéa de l'article 861 ainsi qu'aux articles 936 et 947 du même code, les mots : « une lettre simple » ou : « lettre simple » sont remplacés par les mots : « tous moyens ».

Article 6 [En savoir plus sur cet article...](#)

L'article 886 du même code est ainsi rédigé :

« Art. 886.-Le greffe du tribunal convoque le défendeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, quinze jours au moins avant la date fixée par le président du tribunal. Le demandeur est avisé par tous moyens des lieu, jour et heure de l'audience.»

Article 7 [En savoir plus sur cet article...](#)

L'article 937 du même code est ainsi rédigé :

« Art. 937.-Le greffier de la cour convoque le défendeur à l'audience prévue pour les débats, dès sa fixation et quinze jours au moins à l'avance, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le demandeur est avisé par tous moyens des lieu, jour et heure de l'audience.
« La convocation vaut citation.»

Article 8 [En savoir plus sur cet article...](#)

L'article 948 du même code est ainsi modifié :

I. - Le deuxième alinéa est ainsi rédigé :

« S'il est fait droit à sa demande, le requérant est aussitôt avisé par tous moyens de la date fixée. »

II. - Au troisième alinéa, les mots : « et lui adresse le même jour, par lettre simple, copie de cette convocation » sont supprimés.

Article 9 [En savoir plus sur cet article...](#)

Les articles 955-1 et 955-2 du même code sont remplacés par l'article 955-1 ainsi rédigé :

« Art. 955-1.-Lorsque la cour est saisie par requête, les parties sont avisées des lieu, jour et heure de l'audience par le greffier.

« L'avis est donné soit aux avocats dans les conditions prévues à l'article 930-1, soit, dans les affaires dispensées du ministère d'avocat, au défendeur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et à l'auteur de la requête par tous moyens.

« Copie de la requête est jointe à l'avis donné à l'avocat du défendeur ou, lorsque l'affaire est dispensée du ministère d'avocat, au défendeur. »

Article 10 [En savoir plus sur cet article...](#)

Le sixième alinéa de l'article 1136-3 du même code est supprimé.

Article 11 [En savoir plus sur cet article...](#)

L'article 1138 du même code est ainsi modifié :

I. - Au premier alinéa, la phrase : « Il lui adresse le même jour, par lettre simple, copie de la requête et de la convocation » est supprimée.

II. - Le troisième alinéa est ainsi rédigé :

« Le greffe avise par tous moyens l'auteur de la demande des lieu, jour et heure de l'audience. »

Article 12 [En savoir plus sur cet article...](#)

Au premier alinéa de l'article 1195 du même code, les mots : « et par lettre simple. » sont supprimés.

Article 13 [En savoir plus sur cet article...](#)

Le cinquième alinéa de l'article 1259-3 du même code est remplacé par les dispositions suivantes :

« Le greffe avise par tous moyens le requérant des lieu, jour et heure de l'audience. »

Article 14 [En savoir plus sur cet article...](#)

Au premier alinéa de l'article 1425-5 du même code, la phrase : « Il adresse le même jour copie de cette notification par lettre simple. » est supprimée.

Article 15 [En savoir plus sur cet article...](#)

L'article R. 442-4 du code des procédures civiles d'exécution est ainsi modifié :

1° Le premier alinéa est remplacé par les dispositions suivantes :

« Lorsqu'il est fait application de l'article R. 442-2, le greffe avise par tous moyens le demandeur des lieu, jour et heure de l'audience. » ;

2° Le deuxième alinéa et, au troisième alinéa, les mots : « copie de la convocation est envoyée le même jour par lettre simple » sont supprimés.

• Chapitre II : La communication par voie électronique

Article 16 [En savoir plus sur cet article...](#)

A l'article 748-2 du code de procédure civile, il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« Vaut consentement au sens de l'alinéa précédent l'adhésion par un auxiliaire de justice, assistant ou représentant une partie, à un réseau de communication électronique tel que défini par un arrêté pris en application de l'article 748-6. »

Article 17 [En savoir plus sur cet article...](#)

Le titre XXI du livre Ier du même code est complété par deux articles 748-8 et 748-9 ainsi rédigés :

« Art. 748-8.-Par dérogation aux dispositions du présent titre, lorsqu'il est prévu qu'un avis est adressé par le greffe à une partie par tous moyens, il peut lui être envoyé au moyen d'un courrier électronique ou d'un message écrit, transmis, selon le cas, à l'adresse électronique ou au numéro de téléphone qu'elle a préalablement déclaré à cette fin à la juridiction.

« Cette déclaration préalable mentionne le consentement de cette partie à l'utilisation de la voie électronique ou du message écrit transmis au numéro de téléphone, pour les avis du greffe transmis dans l'instance en cours, à charge pour elle de signaler toute modification de son adresse électronique ou de son numéro de téléphone. Ce consentement peut être révoqué à tout moment.

« Art. 748-9.-Par dérogation aux dispositions du présent titre et lorsque les personnes mentionnées à l'article 692-1 y ont préalablement consenti, les convocations émanant du greffe peuvent aussi leur être adressées par courrier électronique dans des conditions assurant la confidentialité des informations transmises. Ce consentement peut être révoqué à tout moment. La date de la convocation adressée dans ces conditions est, à l'égard du destinataire, celle du premier jour ouvré suivant son envoi. Elle est réputée faite à personne si un avis électronique de réception est émis dans ce délai et, faite à domicile dans le cas contraire.»

- **Chapitre III : Résolution amiable des différends**

Article 18 [En savoir plus sur cet article...](#)

Le dernier alinéa de l'article 56 du code de procédure civile est remplacé par les deux alinéas ainsi rédigés :

« Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige.

« Elle vaut conclusions. »

Article 19 [En savoir plus sur cet article...](#)

Le dernier alinéa de l'article 58 du même code est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés :

« Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige.

« Elle est datée et signée. »

Article 20 [En savoir plus sur cet article...](#)

Le livre Ier du même code est ainsi modifié :

I.-Le titre VI est intitulé : « La conciliation et la médiation ».

II.-Le chapitre Ier du titre VI est intitulé : « La conciliation ».

III.-Le titre VI bis devient le chapitre II, intitulé : « LA MEDIATION », du titre VI.

IV.-Les chapitres Ier, II et III du titre sixième ancien deviennent respectivement les sections I, II et III du chapitre Ier du titre VI (nouveau).

V.-Les articles 127 à 129 de la section I du chapitre Ier deviennent les articles 128 à 129-1.

VI.-Les articles 129-1 à 129-5 de la section II deviennent les articles 129-2 à 129-6.

Article 21 [En savoir plus sur cet article...](#)

Au début du titre VI du même code, il est inséré un article 127 ainsi rédigé :

« Art. 127.-S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation.»

Article 22 [En savoir plus sur cet article...](#)

Le deuxième alinéa de l'article 757 du même code est ainsi rédigé :

« Cette remise doit être faite dans les quatre mois de l'assignation, faute de quoi celle-ci sera caduque, à moins qu'une convention de procédure participative ne soit conclue avant l'expiration de ce délai. Dans ce cas, le délai de quatre mois est suspendu jusqu'à l'extinction de la procédure conventionnelle.»

Article 23 [En savoir plus sur cet article...](#)

Le troisième alinéa de l'article 830 du même code est supprimé.

Article 24 [En savoir plus sur cet article...](#)

L'article 831 du même code est ainsi rédigé :

« Art. 831. - Le juge peut déléguer à un conciliateur de justice la tentative préalable de conciliation.
« Le greffier avise par tous moyens le défendeur de la décision du juge. L'avis précise les nom, prénoms, profession et adresse du demandeur et l'objet de la demande. »

Article 25 [En savoir plus sur cet article...](#)

La première phrase du premier alinéa de l'article 832 du même code est ainsi rédigée :

« Le demandeur et le conciliateur de justice sont avisés par tous moyens de la décision du juge. »

Article 26 [En savoir plus sur cet article...](#)

Aux articles 860-2 et 887 du même code, les mots : « , avec l'accord des parties, » sont supprimés.

- **Chapitre IV : Dispositions diverses et finales**

Article 27 [En savoir plus sur cet article...](#)

L'article 800 du code de procédure civile est ainsi rédigé :

« Art. 800.-Le ministère public, s'il y a des débats, est tenu d'y assister ou de faire connaître son avis.»

Article 28 [En savoir plus sur cet article...](#)

A l'alinéa 2 de l'article 857 du même code, les mots : « juge rapporteur » sont remplacés par les mots : « juge chargé d'instruire l'affaire ».

Article 29 [En savoir plus sur cet article...](#)

Au premier alinéa de l'article 1059 du même code, les mots : « répertoire civil » sont remplacés par le mot : « RC ».

Article 30 [En savoir plus sur cet article...](#)

Au premier alinéa de l'article 1136-13 du même code, les mots : « , 4° » sont supprimés.

Article 31 [En savoir plus sur cet article...](#)

A la section II ter du chapitre V du titre Ier du livre III du même code, il est inséré un article 1136-14 ainsi rédigé :

« Art. 1136-14.-Lorsqu'une demande relative à l'exercice de l'autorité parentale est introduite avant l'expiration de la durée des mesures de protection ou que l'ordonnance de protection est prononcée alors qu'une procédure relative à l'exercice de l'autorité parentale est en cours, les mesures de l'ordonnance de protection continuent de produire leurs effets jusqu'à ce qu'une décision statuant sur la demande relative à l'exercice de l'autorité parentale soit passée en force de chose jugée, à moins que le juge saisi de cette demande en décide autrement. Toutefois, les mesures relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale et à la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants prises en application du [5° de l'article 515-11 du code civil](#) et prononcées antérieurement à la décision statuant, même à titre provisoire, sur la demande relative à l'exercice de l'autorité parentale, cessent de produire leurs effets à compter de la notification de celle-ci.

« A compter de l'introduction de la procédure relative à l'exercice de l'autorité parentale, la demande aux fins de mesures de protection ainsi que les demandes mentionnées au premier alinéa de l'article 1136-12 sont présentées devant le juge saisi de cette procédure. La demande est formée, instruite et jugée selon les règles de la présente section et le juge statue par décision séparée.»

Article 32 [En savoir plus sur cet article...](#)

Au premier alinéa de l'article 1561 du même code, les mots : « à l'article 1559 » sont remplacés par les mots : « à l'article 1560 ».

Article 33 [En savoir plus sur cet article...](#)

L'article R. 221-19 du code de l'organisation judiciaire est abrogé.
Toutefois, il demeure applicable pour les biens de famille ayant fait l'objet de la publication prévue à l'article 9 de la loi du 12 juillet 1909 avant le 13 décembre 2011 et aux instances en cours.

Article 34 [En savoir plus sur cet article...](#)

I. - A l'article 1575 du code de procédure civile, les mots : « dans sa rédaction en vigueur le lendemain de la publication du [décret n° 2014-1633 du 26 décembre 2014](#) modifiant le [décret n° 2010-434 du 29 avril 2010](#) relatif à la communication par voie électronique en matière de procédure civile et portant adaptation au droit de l'Union européenne » sont remplacés par les mots : « dans sa rédaction résultant du [décret n° 2015-282 du 11 mars 2015](#) relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends ».

II. - L'article 15 du présent décret, modifiant le [code des procédures civiles d'exécution](#), est applicable dans les îles Wallis et Futuna. Il n'est pas applicable aux Terres australes et antarctiques françaises.

Article 35 [En savoir plus sur cet article...](#)

Les articles 18, 19 et 21 du présent décret entrent en vigueur le 1er avril 2015. L'article 22 est applicable aux assignations délivrées à compter du 1er avril 2015.

Article 36 [En savoir plus sur cet article...](#)

La garde des sceaux, ministre de la justice, et la ministre des outre-mer sont chargées, chacune en ce qui la concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait le 11 mars 2015.

Manuel Valls

Par le Premier ministre :

La garde des sceaux, ministre de la justice,

Christiane Taubira

La ministre des outre-mer,

George Pau-Langevin

ANNEXE 3 : LOI RELATIVE À LA MODERNISATION DE LA JUSTICE DU XXIÈME SIÈCLE (EXTRAITS)

JORF n°0269 du 19 novembre 2016
texte n° 1

LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle (1)

NOR: JUSX1515639L

ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/11/18/JUSX1515639L/jo/texte>

Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/11/18/2016-1547/jo/texte>

L'Assemblée nationale et le Sénat ont délibéré,

L'Assemblée nationale a adopté,

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016 ;

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Titre II : FAVORISER LES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Article 4 [En savoir plus sur cet article...](#)

A peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, sauf :

1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ;

2° Si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ;

3° Si l'absence de recours à la conciliation est justifiée par un motif légitime.

Article 5 [En savoir plus sur cet article...](#)

I.-L'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/ CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale est ratifiée.

II.-A la première phrase de l'article 22 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, le mot : « judiciaire » est supprimé.

III.-Le code de justice administrative est ainsi modifié :

1° L'article L. 211-4 et le chapitre 1er ter du titre VII du livre VII sont abrogés ;

2° Le titre 1er du livre 1er est complété par un chapitre IV ainsi rédigé :

« Chapitre IV
« La médiation

« Art. L. 114-1.-Lorsque le Conseil d'Etat est saisi d'un litige en premier et dernier ressort, il peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci selon les modalités prévues au chapitre III du titre Ier du livre II. » ;

3° Le titre Ier du livre II est complété par un chapitre III ainsi rédigé :

« Chapitre III
« La médiation

« Section 1
« Dispositions générales

« Art. L. 213-1.-La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction.

« Art. L. 213-2.-Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence.
« Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance juridictionnelle ou arbitrale sans l'accord des parties.

« Il est fait exception au deuxième alinéa dans les cas suivants :

« 1° En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne ;

« 2° Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre.

« Art. L. 213-3.-L'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition.

« Art. L. 213-4.-Saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut, dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en application du présent chapitre, homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation.

« Section 2
« Médiation à l'initiative des parties

« Art. L. 213-5.-Les parties peuvent, en dehors de toute procédure juridictionnelle, organiser une mission de médiation et désigner la ou les personnes qui en sont chargées.

« Elles peuvent également, en dehors de toute procédure juridictionnelle, demander au président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel territorialement compétent d'organiser une mission de médiation et de désigner la ou les personnes qui en sont chargées, ou lui demander de désigner la ou les personnes qui sont chargées d'une mission de médiation qu'elles ont elles-mêmes organisée.

« Le président de la juridiction peut déléguer sa compétence à un magistrat de la juridiction.

« Lorsque le président de la juridiction ou son délégué est chargé d'organiser la médiation et qu'il choisit de la confier à une personne extérieure à la juridiction, il détermine s'il y a lieu d'en prévoir la rémunération et fixe le montant de celle-ci.

« Les décisions prises par le président de la juridiction ou son délégué en application du présent article ne sont pas susceptibles de recours.

« Lorsqu'elle constitue un préalable obligatoire au recours contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire, la médiation présente un caractère gratuit pour les parties.

« Art. L. 213-6.-Les délais de recours contentieux sont interrompus et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la survenance d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation.

« Ils recommencent à courir à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur déclarent que la médiation est terminée. Les délais de prescription recommencent à courir pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois.

« Section 3

« Médiation à l'initiative du juge

« Art. L. 213-7.-Lorsqu'un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel est saisi d'un litige, le président de la formation de jugement peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci.

« Art. L. 213-8.-Lorsque la mission de médiation est confiée à une personne extérieure à la juridiction, le juge détermine s'il y a lieu d'en prévoir la rémunération et fixe le montant de celle-ci.

« Lorsque les frais de la médiation sont à la charge des parties, celles-ci déterminent librement entre elles leur répartition.

« A défaut d'accord, ces frais sont répartis à parts égales, à moins que le juge n'estime qu'une telle répartition est inéquitable au regard de la situation économique des parties.

« Lorsque l'aide juridictionnelle a été accordée à l'une des parties, la répartition de la charge des frais de la médiation est établie selon les règles prévues au troisième alinéa du présent article. Les frais incombant à la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle sont à la charge de l'Etat, sous réserve de l'article 50 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

« Le juge fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai qu'il détermine. La désignation du médiateur est caduque à défaut de consignation dans le délai et selon les modalités imparties. L'instance est alors poursuivie.

« Art. L. 213-9.-Le médiateur informe le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord.

« Art. L. 213-10.-Les décisions prises par le juge en application des articles L. 213-7 et L. 213-8 ne sont pas susceptibles de recours. »

IV.-A titre expérimental et pour une durée de quatre ans à compter de la promulgation de la présente loi, les recours contentieux formés par certains agents soumis aux dispositions de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle et les requêtes relatives aux prestations, allocations ou droits attribués au titre de l'aide ou de l'action sociale, du logement ou en faveur des travailleurs privés d'emploi peuvent faire l'objet d'une médiation préalable obligatoire, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

V.-Le chapitre III du titre Ier du livre II du code de justice administrative est applicable aux juridictions relevant du Conseil d'Etat qui ne sont pas régies par ce code.

VI.-A compter de la publication de la présente loi, les missions de conciliation confiées à un tiers en application de l'article L. 211-4 du code de justice administrative, dans sa rédaction antérieure à la présente loi, se poursuivent, avec l'accord des parties, selon le régime de la médiation administrative défini au chapitre III du titre Ier du livre II du même code, dans sa rédaction résultant de la présente loi.

VII.-Le code des relations entre le public et l'administration est ainsi modifié :

1° A l'article L. 422-1, la référence : « L. 211-4 » est remplacée par la référence : « L. 213-5 » et le mot : « conciliation » est remplacé par le mot : « médiation » ;

2° A l'article L. 422-2, les références : « L. 771-3 et suivants » sont remplacées par les références : « L. 213-7 à L. 213-10 » et, à la fin, le mot : « transfrontaliers » est supprimé.

VIII.-Au dernier alinéa de l'article 2-1 de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics, les mots : « dans les cas prévus à l'article L. 771-3 » sont remplacés par les mots : « selon les modalités définies au chapitre III du titre Ier du livre II ».

Article 6 [En savoir plus sur cet article...](#)

Au dernier alinéa de l'article 373-2-10 du code civil, après le mot : « enjoindre », sont insérés les mots : « , sauf si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, ».

Article 7 [En savoir plus sur cet article...](#)

A titre expérimental et jusqu'au 31 décembre de la troisième année suivant celle de la promulgation de la présente loi, dans les tribunaux de grande instance désignés par un arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, les dispositions suivantes sont applicables, par dérogation à l'article 373-2-13 du code civil. Les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi que les stipulations contenues dans la convention homologuée peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande du ou des parents ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non.

A peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation familiale, sauf :

- 1° Si la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil ;
- 2° Si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime ;
- 3° Si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant.

Article 8 [En savoir plus sur cet article...](#)

Après l'article 22 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 précitée, il est inséré un article 22-1 A ainsi rédigé :

« Art. 22-1 A.-Il est établi, pour l'information des juges, une liste des médiateurs dressée par chaque cour d'appel, dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat pris dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle. »

Article 9 [En savoir plus sur cet article...](#)

Le titre XVII du livre III du code civil est ainsi modifié :

1° Le premier alinéa de l'article 2062 est ainsi rédigé :

« La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige. » ;

2° L'article 2063 est ainsi modifié :

a) Au 3°, après les mots : « du différend », sont insérés les mots : « ou à la mise en état du litige » ;

b) Il est ajouté un 4° ainsi rédigé :

« 4° Le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. » ;

3° A la première phrase du premier alinéa de l'article 2065, après le mot : « participative », sont insérés les mots : « conclue avant la saisine d'un juge » ;

4° Au deuxième alinéa de l'article 2066, après le mot : « convention », sont insérés les mots : « conclue avant la saisine d'un juge ».

Article 10 [En savoir plus sur cet article...](#)

Le titre XV du livre III du code civil est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa de l'article 2044, après le mot : « parties », sont insérés les mots : « , par des concessions réciproques, » ;

2° L'article 2052 est ainsi rédigé :

« Art. 2052.-La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet. » ;

3° Les articles 2047 et 2053 à 2058 sont abrogés.

Article 11 En savoir plus sur cet article...

Le code civil est ainsi modifié :

1° A l'article 1592, le mot : « arbitrage » est remplacé par le mot : « estimation » ;

2° L'intitulé du titre XVI du livre III est ainsi rédigé : « De la convention d'arbitrage » ;

3° L'article 2061 est ainsi rédigé :

« Art. 2061.-La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée.

« Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée. » ;

4° Au deuxième alinéa de l'article 2412, les mots : « décisions arbitrales revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution » sont remplacés par les mots : « sentences arbitrales revêtues de l'exequatur ».

Fait à Paris, le 18 novembre 2016.

François Hollande

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,

Manuel Valls

Le ministre des affaires étrangères et du développement international,

Jean-Marc Ayrault

La ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer, chargée des relations internationales sur le climat,

Ségolène Royal

Le ministre de l'économie et des finances,

Michel Sapin

La ministre des affaires sociales et de la santé,

Marisol Touraine

Le garde des sceaux, ministre de la justice,

Jean-Jacques Urvoas

La ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social,

Myriam El Khomri

Le ministre de l'aménagement du territoire, de la ruralité et des collectivités territoriales,

Jean-Michel Baylet

Le ministre de l'intérieur,

Bernard Cazeneuve

Le ministre de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt, porte-parole du Gouvernement,

Stéphane Le Foll

La ministre de la culture et de la communication,

Audrey Azoulay

La ministre des familles, de l'enfance et des droits des femmes,

Laurence Rossignol

La ministre de la fonction publique,

Annick Girardin

La ministre des outre-mer,

Ericka Bareigts

(1) Loi n° 2016-1547.

- Travaux préparatoires :

Sénat :

Projet de loi n° 661 (2014-2015) ;

Rapport de M. Yves Détraigne, au nom de la commission des lois, n° 121 (2015-2016) ;

Texte de la commission n° 122 (2015-2016) ;

Discussion les 3, 4 et 5 novembre 2015 et adoption, après engagement de la procédure accélérée, le 5 novembre 2015 (TA n° 35, 2015-2016).

Assemblée nationale :

Projet de loi, adopté par le Sénat, n° 3204 ;

Rapport de MM. Jean-Michel Clément et Jean-Yves Le Bouillonnet, au nom de la commission des lois, n° 3726 ;

Discussion les 17, 18 et 19 mai 2016 et adoption le 24 mai 2016 (TA n° 738).

Sénat :

Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, n° 625 (2015-2016) ;

Rapport de M. Yves Détraigne, au nom de la commission mixte paritaire, n° 717 (2015-2016) ;

Résultats des travaux de la commission n° 718 (2015-2016).

Assemblée nationale :

Rapport de MM. Jean-Yves Le Bouillonnet et Jean-Michel Clément, au nom de la commission mixte paritaire, n° 3871.

Assemblée nationale :

Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, n° 3872 ;

Rapport de MM. Jean-Michel Clément et Jean-Yves Le Bouillonnet, au nom de la commission des lois, n° 3902 ;

Discussion les 11 et 12 juillet 2016 et adoption le 12 juillet 2016 (TA n° 792).

Sénat :

Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, n° 796 (2015-2016) ;

Rapport de M. Yves Détraigne, au nom de la commission des lois, n° 839 (2015-2016) ;

Texte de la commission n° 840 (2015-2016) ;

Discussion les 27 et 28 septembre 2016 et adoption le 28 septembre 2016 (TA n° 186, 2015-2016).

Assemblée nationale :

Projet de loi, modifié par le Sénat en nouvelle lecture, n° 4068 ;

Rapport de MM. Jean-Michel Clément et Jean-Yves Le Bouillonnet, au nom de la commission des lois, n° 4106 ;

Discussion et adoption, en lecture définitive, le 12 octobre 2016 (TA n° 824).

- Conseil constitutionnel :

Décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016 publiée au Journal officiel de ce jour.

