

LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES CONFLITS

"Un procédé séduisant, mais d'une efficacité incertaine"

Mohamed Amal MOURJI, Professeur
Université Hassen II- Casablanca

Le fondement culturel de la justice en occident est plus juridique et conflictuel que consensuel et ne semble pas correspondre aussi aisément aux conceptions dominantes qui fondent les modes alternatifs de justice.

Cela traduit peut-être la raison pour laquelle dans les sociétés judiciairisées, la notion de mode alternatif de règlement des conflits demeure fondamentalement vague et difficile à appréhender pour le juriste occidental contraint de procéder à une synthèse des distinctions pour classer, catégoriser ces différentes techniques le plus souvent de façon artificielle.

En revanche dans les sociétés orientales, maghrébines notamment, très imprégnées de la culture musulmane, les conflits sont perçus comme des problèmes de communication et les litiges comme de simples différends relationnels et affectifs qui peuvent être résolus par le consensuel.

De cette approche, il ressort pourtant que le droit positif français comme marocain incite au développement des modes alternatifs de règlement des conflits.

La réflexion que je propose de présenter sera nécessairement plus théorique et doctrinale et portera sur trois points dominants.

Si les modes alternatifs de règlement des conflits ne s'inscrivent pas dans la logique des sociétés judiciairisées et notamment dans la culture juridique française (I), ces techniques sont aujourd'hui consacrées par le droit positif (II), mais, le développement actuel de ces procédés aussi "séduisants qu'ils peuvent paraître reste d'une efficacité incertaine" (III).

I. - Les modes alternatifs de règlement des conflits et le fondement culturel des sociétés judiciairisées.

Les modes alternatifs de règlement des conflits évoquent pour le juriste occidental l'image utopique d'un monde qui tourne autour de l'idéologie de l'entendement. Plus rationnel et plus pragmatique, pour le juriste occidental les modes alternatifs de règlement des conflits ne prennent pas en considération le caractère fondamentalement conflictuel de l'humanité et ne prennent pas suffisamment en compte la réalité des inégalités des pouvoirs dans la société.

Par ailleurs, ne voir dans les procédures judiciaires que la forme contentieuse aux coûts exorbitants, et dans les MARC une incitation à la responsabilité civile des parties, revient à réduire les conflits en de simples problèmes de communication et les revendications de droits en de simples différends pouvant être résolus sur la seule base de la seule bonne foi des parties.

En revanche, pour le juriste oriental, moins pragmatique, il faut et il suffit que les principes justes soient clairement établis pour que les faits s'adaptent naturellement à la Shariaa.

En d'autres termes, le litige peut être résolu par le simple recours à un médiateur qui fait appel à la bonne foi des parties, c'est à dire à leur foi en dieu.

Cet optimisme se dédouble d'un idéalisme un peu naïf par référence, à une culture née de la gestuelle de Mohamed qsl, qui bien avant la prophétie était qualifiée de "AMINE" par sa communauté (l'arbitre de confiance) pour trancher les litiges.¹

Cette idéologie fondée sur un principe qui suppose que les parties en conflit croient aux mêmes valeurs religieuses (la crainte de Dieu) pour résoudre le litige, ne correspond pas à la culture juridique occidentale qui voit dans le conflit, une revendication, une opposition, et une controverse dans la revendication de droits.

¹ On rapporte que Mohamed qsl procède à l'examen matériel des faits pour trancher le litige et se préoccupe peu de la bonne foi que chacune des parties invoque.

En somme, si l'on admet comme définition du droit l'ensemble des valeurs et croyances d'une société donnée en des normes démocratiquement consenties, la philosophie liée aux MARC va à l'encontre de la vision occidentale du droit.

Ce qui caractérise la civilisation occidentale c'est cette croyance dans le droit comme un instrument privilégié de régulation de l'organisation politique et sociale.

D'une part, la société convient de subordonner le principe de légitimité de l'Etat au respect de la légalité, d'autre part, l'égalité des sujets de droit devient la condition de l'existence même d'État de droit. Celui-ci implique en effet que tout individu, toute organisation, puissent contester l'application d'une norme juridique, dès lors que celle-ci n'est pas conforme à une norme supérieure.

Partant du principe que l'idéal démocratique est une valeur universelle, le droit est le résultat d'un compromis entre les principes d'égalité, de légalité et de liberté. Les relations entre ces données constituent le centre du débat complexe qui anime la vie démocratique, lequel est conflictuel et problématique par essence même.

Conscientes que cet idéal n'est que partiellement réalisé, les sociétés occidentales s'efforcent de le réaliser progressivement en bannissant l'idée d'anarchie et d'arbitraire qui répudierait l'idée de droit. *"Ubisocietas, ibi Just"* (Là où il y a société il y a du droit), cet adage traduit bien l'idée que le vouloir vivre ensemble en démocratie ne peut se concevoir que dans une société fondée sur le droit.

Cependant on ne saurait éluder que le développement des MARC s'inscrit dans la logique d'un nouveau modèle de régulation de l'organisation politique et sociale à la fois plus décentralisé mais plus déjudiciarisé.

Depuis une trentaine d'années, ce modèle trouve son expression dans le développement de la négociation et les techniques de justice négociée qui font l'objet d'un intérêt très remarqué parmi les juristes.²

Cette mutation des règles de fonctionnement des sociétés s'inscrit dans le refus du centralisme et de l'autoritarisme. Cette tendance à privilégier les procédures qui font appel au consentement des destinataires de la décision à prendre, se vérifie aussi en droit administratif où l'on cherche à privilégier les procédures qui font appel à l'assentiment des parties destinataires de la décision.

On assiste en effet, au lendemain de la seconde guerre mondiale, à une mutation dans l'activité administrative par le développement de méthodes négociées et conventionnelles par préférence aux procédés de réglementation et d'action unilatérale étatique, notamment dans le domaine économique et social.³

Si l'avènement de société fraternelle, vivant sans droit reste une utopie⁴, on peut envisager qu'un système d'arbitrage peut réaliser une justice, aussi performante que celle offerte par le droit.⁵

Mais il reste que la conception dominante, du *rule of law*, du *Rechtstaat*, de la suprématie du droit demeure la culture commune des sociétés occidentales fondée sur la suprématie du droit.

Les modes alternatifs de règlement des conflits supposent l'intervention d'une tierce personne, un arbitre à qui les parties

² Chalvin, D., "L'Entreprise négociatrice, Paris ; Dunod, 1978.

³ Cf., André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, Traité des contrats administratifs, T.1, 2^e Edition., " Contrat et acte unilatéral", "La distinction de l'acte unilatéral et de l'acte plurilatéral", "La distinction de l'accord donné à un acte unilatéral et du contrat", p. 53 et suiv.

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

⁵ Cf. : "Arbitrage et droit comparé", R.I.D.C., 1959, p.5.

en conflit lui assigne la mission de régler leur différend. Avec la justice étatique, avec le magistrat public, l'Etat met à la disposition des citoyens un arbitre impartial⁶ .

Le terme d'arbitrage décrit au mieux la place et le rôle du juge ; il renvoie à l'idée d'une justice biblique, une justice qui provient de la sagesse d'un homme tel Salomon dans son célèbre jugement d'une justice qui procède de l'esprit d'équité plus que de la norme juridique au sens strict.

A partir de cette approche globale de la justice, il convient à présent, de tenter de définir ce que l'on peut entendre par justice alternative. Pour cela, on s'attachera à distinguer différentes techniques pour dégager le concept de justice donnée par le juge judiciaire ou administratif français, Techniques qui ont donné naissance à des notions juridiques à contenu variable telle que arbitrage, médiation ou conciliation. Des techniques consacrées aujourd'hui par le droit positif.

II. Les techniques consacrées aujourd'hui par le droit positif

L'ambiguïté du concept qui entoure la notion de mode alternatif de règlement des conflits est telle que la difficulté première qui vient à l'esprit est de distinguer les différentes alternatives possibles à la justice étatique. La distinction permet de prendre en considération la diversité des approches, des considérations étatiques entre les procédures judiciaires contentieuses et extrajudiciaires, autrement dit, entre les procédures formelles et informelles, juridictionnelles et non juridictionnelles.

Si on part du principe que les Marc sont des procédés extrajudiciaires, la question fondamentale est de savoir quelle

⁶ Portalis, un des rédacteurs du Code civil français de 1804, utilise le mot arbitrage pour identifier ce que doit être le rôle du juge, dans les matières où le législateur ne saurait tout régler et tout prévoir: "une foule de choses est nécessairement abandonnée à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes, à l'arbitrage des juges". Avec le magistrat public, l'Etat offre aux citoyens, "un arbitre éclairé et impartial". "Discours préliminaire au Code civil, in Motifs et discours prononcés lors de la présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunal de Paris; Firmin Dido, 1886, T. 1, p. 125.

est la portée de la décision issue de ce processus institutionnel de résolution des conflits, étant entendu, que partant de cette définition, les instances extrajudiciaires de règlement des conflits apparaîtraient comme les seules alternatives à la justice étatique.

Mais si l'on se réfère à la définition anglo-américaine des *Alternatives Dispute Resolution (A.D.R.)*; le critère déterminant de définition réside fondamentalement dans l'absence de formalisme.

En conséquence, on peut inclure sous ce concept toute une série de procédures dites informelles mises en œuvre au sein des instances judiciaires. Par conséquent si les modes alternatifs de règlement des conflits peuvent être assimilés eux aussi à des procédures non-juridictionnelles, cela revient à faire du processus décisionnel un des éléments déterminant pour distinguer les procédures alternatives à la justice, des procédures juridictionnelles de règlement des conflits.

Avec ces modes alternatifs de résolution des conflits le juge judiciaire n'a plus le monopole ni pour trancher les litiges ni pour rendre la justice.

Mais retenons cependant que la légitimité du recours à cette justice alternative repose sur la volonté des parties, étant entendu que les protagonistes sont liés par des clauses de conciliation, de médiation ou des conventions d'arbitrage.

§ 1. - Clause de conciliation et de médiation

Les clauses de conciliation et de médiation sont censés présenter l'avantage de désencombrer les tribunaux étatiques, permettre plus de souplesse, de rapidité, voire peu de médiatisation.

Comme on l'a évoqué plus haut, ceux-ci sont des processus à caractère informel par lesquels les parties avec l'intermédiaire d'un tiers, visent à rapprocher leur point de vue pour tenter de parvenir à un compromis pour résoudre leurs différends. Ces

clauses procèdent d'une volonté de dialogue, de négociation ; elles sont supposées contribuer à atténuer les tensions, en favorisant une justice humainement consentie issue de la bonne foi et de la volonté des parties.

Conciliation et médiation se distinguent par le formalisme des moyens mis en œuvre pour parvenir à un accord. Mais les deux procédures produisent des effets importants consacrés par le droit positif

Chacune des deux notions présente des particularités (A), avec des effets de plus en plus consacrés par le droit positif (b).

A. - Les particularités propres à la conciliation et la médiation

1. La conciliation

Les conciliations sont considérées comme le mode le plus informel. Elles sont le résultat d'une négociation qui se manifeste par lettres, acquiescement tacite, avec ou sans l'intervention d'un tiers.

Il arrive que le formalisme se matérialise par l'appel à un tiers, dont la seule présence et les conseils qu'il prodigue conduisent les parties à se concilier. La clause qui a prévu l'intervention du tiers peut expressément déterminer les modalités de désignation d'un ou plusieurs conciliateurs, ainsi que les questions procédurales telle la présence d'un avocat. Enfin au niveau de la décision, la clause peut prévoir que la réalisation de l'accord donne lieu à la rédaction et la signature d'un procès-verbal de conciliation.

Ces clauses de conciliation sont souvent formalisées par des règlements intérieurs d'organisme représentatif d'association de consommateurs ou de locataires par exemple. Elles sont en général extrajudiciaire, mais d'autres peuvent être judiciaires.

2. La médiation

Les médiations contrairement aux conciliations sont plus formelles, le tiers joue un rôle actif dans son intervention. Il va

amener les protagonistes à exposer leurs revendications respectives et discuter de leurs différends. Son rôle est primordiale, il rétablit la communication entre les parties en les aidant à rechercher ensemble les solutions possibles et acceptables pour résoudre leurs différends en élaborant un projet de médiation comportant des recommandations aux parties.

Ceci étant, comme dans la conciliation le médiateur ne fait qu'assister les parties dans la recherche d'un compromis pour une solution ; il ne dispose d'aucun pouvoir pour trancher le différend ou imposer sa décision aux parties.

On répertorie diverses formes de médiation en fonction de leur degré de formalisme.

Certaines médiations sont consacrées par des textes législatifs ou conventionnels et organisent les modalités de désignation des médiateurs ainsi que les modalités du déroulement de la médiation. On peut considérer dans cette hypothèse qu'elles s'apparentent à de véritables procédures judiciaires. Sur le plan décisionnel, elles aboutissent à l'élaboration d'un accord de médiation ou à une transaction.

Mais certaines médiations sont judiciaires. Elles constituent les types de médiations formelles parfaites, c'est le cas en droit de la famille en France et au Maroc.

Schématiquement on peut résumer conciliation et médiation en des termes simples: le conciliateur a pour mission d'inciter les parties à communiquer entre elles pour se rapprocher, alors que le médiateur doit proposer une solution que les parties sont libres d'accepter ou de refuser.

Mais au fond, la distinction reste fragile et artificielle, car elle reste fondamentalement tributaire de la personnalité du conciliateur ou médiateur et fondamentalement dépendante de la bonne ou mauvaise volonté des parties concernées.

Cette idée se vérifie au regard des effets juridiques de la conciliation et de la médiation.

B.- La portée des effets juridiques de la conciliation et de la médiation

Le droit positif consacre de plus en plus des effets juridiques à ces types d'accords de conciliation (1) et de médiation (2) et cette dernière connaît aussi une application en droit administratif (3).

1. Les effets juridiques de la clause de conciliation

Les parties à une clause de conciliation s'engagent à négocier un règlement amiable ou une transaction préalablement à la saisine du juge⁷.

Si la stipulation correspond à une obligation de négocier pour les parties, en revanche les parties ne sont nullement obligées de conclure un accord (*Ce qui la distingue de la conciliation ou de la médiation judiciaire prévue aux articles 127 et s du Nouveau Code de procédure civile*).

⁷ La transaction est un contrat nommé prévu par l'article 2044 à 2058 C.civ. "Est un contrat par lequel les parties traitant sur un droit litigieux terminent une contestation à naître au moyen de concessions ou de sacrifice réciproques". Sa validité juridique est issue de la force obligatoire du contrat, ce qui la différencie de l'arbitrage qui est un acte juridictionnel. La différence porte sur la nature du pouvoir du tiers intervenant, ce qui est commun, c'est l'existence d'une situation litigieuse. L'article 2045 du C. civil impose que les parties aient la libre disposition de leurs droits et un écrit. En droit marocain Dans le vocabulaire du commerce, la «transaction» est un mot souvent présenté comme équivalent à "négociation". En droit civil, le mot revêt un sens plus étroit. Il désigne la convention par laquelle chacune des parties, décide d'abandonner, tout ou partie de ses prétentions pour mettre fin au différend qui l'oppose à l'autre. C'est cette définition que retient le Dahir des Obligations et Contrats dans son article 1098 en disposant que : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation moyennent la renonciation de chacune d'elles à une partie de ses prétentions réciproques, ou la cession qu'elle fait d'une valeur ou d'un droit à l'autre partie ». La transaction est classée dans la rubrique des modes extra-juridictionnels de règlements des conflits. Elle est réglementée par le titre neuvième (de l'article 1098 à 1116) du dahir du 12 Août 1913 (9 ramadan 1331) formant Dahir des Obligations et des Contrats. La transaction doit être entendue strictement (on ne peut transiger sur une question d'Etat, d'ordre public, sur les droits personnels qui ne font pas objet de commerce et tout ce qui ne peut-être l'objet d'un contrat commutatif entre musulmans), et, quel qu'en soient les termes, elle ne s'applique qu'aux contestations ou aux droits qui en ont été l'objet. La transaction est une pratique précieuse et on la retrouve assez fréquemment sur le terrain du droit des affaires ; mais seules les grandes firmes y ont recours car les particuliers craignent, par ignorance, la perte de leurs droits et/ou un avantage quelconque.

Cependant en cas d'échec de la procédure de médiation ou de conciliation et s'il y a un litige, les parties pourront recourir au juge étatique qui tranchera.

Quelles sont les conséquences de l'inexécution d'une clause de conciliation?

Dans l'arrêt Petites affiches, du 14 février 2003, la Chambre mixte de la Cour de cassation a estimé que " *la seule stipulation d'une clause de conciliation avait pour effet de rendre irrecevable l'action en justice intentée directement devant les tribunaux judiciaires sans passer par le préalable de la conciliation*".⁸

Cette décision met un terme à la controverse jurisprudentielle antérieure. La 1^{re} Chambre civile avait considéré que " *l'inobservation de la clause de conciliation n'était pas une fin de non-recevoir à l'action en justice, "ce qui impliquait que ce préalable n'était pas obligatoire"* d'autant plus que cette clause n'était assortie d'aucune sanction.

Cette décision semble critiquable en ce qu'elle va à l'encontre du principe de la force obligatoire du contrat consacré à l'article 1134 du C. civil, transformant ainsi la clause de conciliation en un pur engagement moral !

Mais d'autres juridictions ont veillé à maintenir le respect du principe que " *lorsqu'une clause stipule un préalable de conciliation, l'action en justice directement intentée auprès des tribunaux étatiques est irrecevable*".

En définitif, la Chambre mixte a tranché fermement en affirmant clairement sur le fondement de l'article 122 et 124 du nouveau Code de procédure civile que " *les fins de non-recevoir ne peuvent être limitativement énumérées; qu'est licite la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, et constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent*"⁹.

⁸ (Cass. ch Mixte, 14 février. 2003, Petites Affiches, n°51; 12 mars 2003, p. 13 et s., note L. Berheim, "Conséquence de l'inexécution d'une clause de conciliation: la fin des incertitudes".

⁹ *ibidem*.

On retiendra que la haute Cour pose deux types d'obligations résultant des effets de la clause de conciliation.

- Le premier type d'obligation comporte:

- d'une part lors de la survenance du litige, l'obligation de ne pas saisir le juge (une obligation de ne pas faire);
- d'autre part, une obligation de faire, c'est à dire mettre en place le processus de négociation en conséquence une obligation de résultat;

- Le second type d'obligation est l'obligation de négocier de bonne foi, qui est une obligation de moyen.

Mais, l'obligation de résultat implique t- elle une exécution forcée malgré les dispositions de l'article 1142 du C. civil ?

Retenons par ailleurs, qu'il résulte de la décision de la Cour de cassation que " *la nullité du contrat contenant la clause de conciliation n'entache pas l'efficacité de la clause elle-même*. Un raisonnement similaire est adopté par la Cour de cassation en ce qui concerne l'autonomie de la clause compromissoire (arbitrage).

L'efficacité de cette nouvelle catégorie de contrats relatifs à la résolution des différends semble être dotée d'une force obligatoire plus ferme que les autres contrats. Ce type de contrat produit des effets contractuels dotés d'une exécution forcée avec une fin de non-recevoir d'origine contractuelle. Voici un type d'accord que le droit positif semble vouloir encourager et développer.

2. La médiation

On examinera deux types de médiation, l'une propre au droit privé l'autre au droit administratif

a) La médiation en droit privé

Les procédures de saisine du médiateur sont variées. Les parties peuvent convenir d'une requête commune pour choisir

le médiateur. Celui-ci examine le dossier séparément avec chacune des parties, puis les réunit en qualité de modérateur pour débattre ensemble et tenter de dégager un accord.

- Rappelons à titre d'exemple, le centre de médiation et d'arbitrage de Paris créé par la Chambre de commerce internationale de Paris, le Tribunal de commerce et le Barreau de Paris, qui peut être saisi par l'une des parties.

C'est le centre qui prend l'initiative de prendre contact avec l'autre partie et si cette dernière accepte le principe d'une médiation, alors le processus peut être mis en œuvre.

Par ailleurs, rien ne s'oppose à la désignation immédiate d'un médiateur qui peut alors inviter l'autre partie qui peut se faire assister d'un avocat.

La médiation apparaît donc comme une procédure intermédiaire entre la conciliation et l'arbitrage, car elle suppose et implique nécessairement la décision d'une tierce personne mais qui ne dispose d'aucun pouvoir juridictionnel, en d'autres termes d'aucun pouvoir pour trancher le litige.

On remarquera que la médiation vacille entre la conciliation et l'arbitrage. Mais on retiendra aussi que si le procédé de la médiation est séduisant, l'efficacité est incertaine quand à la résolution du différend, comme pour la conciliation.

b) - La médiation en droit administratif

L'institution du Médiateur au Maroc et en France " mérite d'être présentée.

1°)-On rapporte qu'historiquement la protection des droits et le redressement des iniquités ont été pris en considération par les gouvernants, depuis les Califes et notamment Omar Ibn Al Khattab.

Au Maroc, les Sultans ont mis en place des institutions chargées de redresser les torts et les préjudices occasionnés par

des dysfonctionnements de l'administratifs ou par les abus de l'administration.

Ces institutions portaient des appellations diverses, tantôt Wilayat Al Madhalim, exercée par le Sultan Moulay Ismail qui réservait la journée du mardi pour traiter des doléances des citoyens ; tantôt Vizir des chikayates sous le le règne My Hassan 1^{er} en 1873 ; puis "bureau de recherche et d'orientation; relevant du Palais Royal depuis 1956" ; diwan Al Madhalim, (dahir du 9 décembre 2001 créant l'institution). Cette dernière institution s'inscrit dans une vieille culture makhzanienne qui sert plus à servir l'aura du monarque que l'intérêt de l'administré en bute à un système bureaucratique.

L'institution du Médiateur du Royaume du Maroc, créé par le dahir du 17 mars 2011, s'inspire des "Ombusman" existant dans de nombreux pays du Nord de L'Europe, du Médiateur de la République française, du Commissaire parlementaire anglais.

On peut lire dans l'exposé des motifs " Veillant à moderniser le Diwan Al Madhalim, en transformant en institution nationale indépendante et spécialisée, dénommée "Institution du Médiateur".....¹⁰

Le Médiateur est nommé par dahir pour une période de cinq ans, renouvelable une seule fois. Il est choisi parmi les personnalités reconnues pour leur probité, leur compétence, leur impartialité et leur attachement aux règles de la primauté du droit et aux principes de la justice et de l'équité (art. 2).

Le caractère de son indépendance se caractérise par sa soustraction aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire (exposé des motifs).

Il a pour mission de dénoncer l'illégalité des actes administratifs ou contraires aux principes de justice et d'équité

¹⁰ Le Médiateur soumet au Roi un rapport annuel sur le bilan d'activité et les perspectives d'action de l'Institution.....Le rapport est publié au Bulletin officiel.... (art. 37).

(Section 1. art.5)¹¹ ou l'inefficacité de l'administration (art. 1). En somme, son intervention en médiation requiert l'existence d'un litige non résolu avec l'administration. Par différend on entend un problème concret que rencontre une personne physique ou morale agissant à titre individuel ou collectif, quelle que soit sa nationalité dans ses rapports avec les administrations publiques, les collectivités locales et tous autres entreprises et organismes dotées de prérogatives de puissance publique.....

Le dahir précise " Ne peuvent être instruites par le Médiateur ou par les médiateurs régionaux les doléances visant la révision d'une décision de justice irrévocable; les plaintes concernant des questions pour lesquelles la justice a été saisie en vue de prendre les mesures ou de rendre les décisions qui s'imposent; les questions relevant de la compétence du Conseil national des droits de l'Homme".

"S'il apparaît au Médiateur ou aux médiateurs régionaux que la plainte ou la doléance dont ils sont saisis relève de la compétence du Conseil national des droits de l'Homme et ne concerne pas les rapports entre l'administration et les usagers, ils les transmettent immédiatement au président dudit Conseil ou aux présidents des commissions régionales qui en relèvent, selon le cas. Ils en informent les plaignants ou les requérants concernés"(art. 6).

Par ailleurs, "Le Médiateur peut adresser à l'autorité judiciaire compétente une recommandation afin de faire bénéficier, conformément aux procédures prévues par la législation en vigueur, les plaignants qui se trouvent dans une situation matérielle difficile, notamment les veuves, les femmes divorcées, les orphelins, les personnes handicapées et toutes les

¹¹ Aux termes de l' article 5 : Le Médiateur est chargé d'instruire, soit de sa propre initiative conformément aux modalités fixées dans le règlement intérieur de l'Institution, soit sur plaintes ou doléances dont il est saisi, les cas qui porteraient préjudice à des personnes physiques ou morales, marocaines ou étrangères en raison de tout acte de l'administration, qu'il soit une décision implicite ou explicite, une action ou une activité, considéré contraire à la loi, notamment lorsqu'il est entaché d'excès ou d'abus de pouvoir, ou contraire aux principes de justice et d'équité.

catégories de personnes en situation de précarité, de l'assistance judiciaire lorsque les plaignants concernés envisagent de recourir aux juridictions Dahir n° 1-11-25 du 17 Mars 2011 portant création de l'Institution du Médiateur" (art.7).

Enfin "Le recours à l'Institution du Médiateur n'a pas pour effet d'interrompre ou de suspendre les délais de prescription ou de recours prévus par la loi" (art.8).

- En ce qui concerne la procédure de saisine du médiateur

"Les plaintes et les doléances sont adressées au Médiateur ou aux médiateurs régionaux, directement par le plaignant ou par l'intermédiaire de son représentant mandaté à cet effet".

"Pour être recevables, les plaintes et les doléances doivent être écrites et lorsqu'il est impossible de les présenter par écrit, le plaignant ou le requérant peuvent les formuler oralement. Dans ce cas, elles doivent être consignées et enregistrées par les services compétents de l'Institution du Médiateur. Il en est délivré copie à l'intéressé. Elles doivent être signées par le requérant en personne ou par son représentant mandaté à cet effet et être assorties des preuves et des pièces justificatives, lorsque le plaignant ou le requérant en dispose et indiquer les démarches effectuées par le plaignant ou le requérant auprès de l'administration concernée afin d'obtenir satisfaction, le cas échéant" (art 9).

"Les membres du parlement, les chefs des administrations et les présidents du Conseil national des droits de l'Homme, de la commission nationale de contrôle de la protection des données à caractère personnel, de la Haute autorité de la communication audio-visuelle, de l'Instance centrale de prévention de la corruption, du conseil de la concurrence, des autres institutions ou organismes et des associations légalement constituées et fonctionnant conformément à leurs statuts, peuvent saisir l'Institution du Médiateur des plaintes dont ils

sont destinataires et qui ne relèvent pas de leur compétence mais de celle de cette Institution" (art.10).

"Le Médiateur, ses délégués spéciaux et les médiateurs régionaux prêtent, dans la limite de leurs attributions aux plaignants dans une situation matérielle difficile ou dans une situation de handicap, toute sorte d'assistance juridique et administrative à même de leur permettre de présenter leurs plaintes ou doléances visant à faire cesser le préjudice qu'ils subissent en raison de tout acte de l'administration, qu'il soit une décision implicite ou explicite, une action ou une activité, considéré Dahir n 1-11-25 du 17 Mars 2011 portant création de l'Institution du Médiateur" (art.11).

"Lorsqu'il s'avère au Médiateur que la plainte dont il est saisi, est juridiquement fondée, tend à défendre un intérêt légitime ou vise à remédier à un préjudice causé par un acte contraire à la loi, notamment lorsqu'il est entaché d'excès ou d'abus de pouvoir, ou contraire aux principes de justice et d'équité, il entreprend toute démarche et prend les contacts nécessaires avec l'administration concernée afin de l'inciter à satisfaire la requête du plaignant, et ce, dans le strict respect des règles de la primauté du droit" (art.12).

"Le Médiateur est habilité, dans la limite de ses attributions, à mener des enquêtes et des investigations pour s'assurer de la véracité des faits portés à sa connaissance et de l'étendue du préjudice causé au plaignant ou au requérant et à procéder à la qualification juridique de la nature dudit préjudice. Il peut, en outre, provoquer les explications des autorités concernées sur les faits objet de la plainte ou de la doléance et se faire communiquer les éclaircissements nécessaires, les documents et les informations y afférents (art.13).

"Lorsque le Médiateur s'assure, après enquête et investigation sur les plaintes et les doléances dont il est saisi, de la véracité des faits y rapportés et de la réalité du préjudice porté au plaignant ou au requérant, il présente à l'administration concernée les

conclusions de ses investigations, en toute impartialité et indépendance et selon les règles de la primauté du droit et les principes de justice et d'équité. A cet effet, il peut adresser ses recommandations, propositions et observations à l'administration concernée qui doit prendre, dans un délai de 30 jours prorogeable d'une durée supplémentaire qu'il fixe, les mesures nécessaires pour l'examen des affaires dont il les a saisi et l'informer, par écrit, des décisions ou des mesures qu'elle a prises relativement à ses recommandations et propositions". (art. 14).

"Lorsque le Médiateur est convaincu de par ses enquêtes et ses investigations, que l'application stricte d'une règle de droit est susceptible de créer des situations inéquitables ou préjudiciables aux usagers, il peut proposer au Premier ministre de prendre toute mesure ou démarche en vue de trouver une solution juste et équitable au cas posé et lui proposer l'amendement de la règle de droit" (art. 15).

"Lorsqu'il s'avère suite aux enquêtes et investigations menées qu'une faute ou une conduite personnelle d'un fonctionnaire ou agent sont à l'origine de la doléance ou de la plainte, le Médiateur Dahir n 1-11-25 du 17 Mars 2011 portant création de l'Institution du Médiateur transmet ses observations et ses conclusions au chef de l'administration concernée afin de prendre les mesures appropriées et lui demande de l'informer des décisions qu'il a prises à ce sujet".

"Il peut également recommander à l'administration concernée d'engager la procédure disciplinaire ou, s'il y a échec, de transmettre le dossier au ministère public afin de prendre les mesures prévues par la loi". (art.16).

En ce qui concerne la médiation et la conciliation entre l'administration et les usagers

"Le Médiateur procède, de sa propre initiative ou sur demande de règlement de différend présentée par l'administration ou le plaignant, à toute médiation et conciliation en vue de rechercher des solutions équitables et équilibrées au différend entre les parties

à même de remédier au préjudice causé au plaignant du fait de l'administration, et ce, par référence aux règles de la primauté du droit et aux principes de justice et d'équité" (art.17).

"A l'effet d'entreprendre les démarches de médiation et de conciliation prévues à l'article précédent, le Médiateur soit procède à l'audition des parties et examine l'ensemble des preuves, des documents et des données qui lui sont fournis à l'appui de la plainte dont il est saisi, soit se base sur la demande que lui présente l'administration ou le plaignant.

Le Médiateur peut, en conséquence, faire aux parties toute proposition qu'il juge appropriée en vue d'aboutir à une solution équitable et équilibrée au différend dont il est saisi.

Les solutions retenues, résultat des démarches de médiation et de conciliation entreprises par le Médiateur, sont consignées dans un procès-verbal officiel signé par les parties.

Ces solutions retenues ne peuvent, en aucun cas, être opposables par les tiers ou à leur encontre (art.18).

- En somme le Médiateur marocain dispose d'une part, d'un pouvoir discrétionnaire pour accepter ou refuser sa médiation et d'autre part, il ne dispose d'aucun pouvoir de contrainte à l'égard des administrations et services publics dans les litiges dont il est saisi. Certes la loi lui a donné un pouvoir d'enquête et d'injonction auprès des administrations concernées, mais il ne dispose pas de pouvoir de sanction, il peut seulement faire des recommandations pour amener les parties à une solution équitable.

Mais quel est le régime juridique de ses actes ? La jurisprudence marocaine ne s'est pas encore prononcée sur la question, en revanche le Conseil d'Etat a tranché.

2. Le remplacement du Médiateur de la République française par le Défenseur des droits

L'institution du Médiateur est créée par la loi du 3 janvier 1973, complétée par la loi du 24 décembre 1976, du 13 janvier 1989, du 6 février 1992, du 12 avril 2000 et du 23 juillet 2008 (remplaçant le Médiateur de la République par le défenseur des droits).

Inspirée de l'Ombudsman scandinave, l'institution du Défenseur des droits est une autorité constitutionnelle indépendante instituée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et par la loi organique du 29 mars 2011. Elle regroupe les missions du Médiateur de la République, du Défenseur des enfants, de la Haute Autorité de lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité et de la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité.

Le défenseur des droits est nommé par le Président de la République, par décret pris en Conseil des ministres pour un mandat de 6 ans non renouvelable et non révocable. Sa nomination est soumise au vote de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ce mode de nomination garantit son indépendance. Il ne peut être mis fin à ses fonctions que sur sa demande ou en cas d'empêchement constaté par un collège composé des chefs des trois plus hautes juridictions françaises. Il ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé pour ses opinions ou ses actes liés à l'exercice de ses attributions et il ne reçoit aucune instruction d'aucune autorité, d'une personne, ou d'un groupe de pression. Ses missions ne sont pas cumulables avec un mandat électif, une autre fonction publique ou une activité professionnelle.

Le défenseur des droits remplit quatre missions : défendre les droits et libertés individuelles dans le cadre des relations avec les administrations ; défendre et promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par

la France ; lutter contre les discriminations directes ou indirectes, prohibes par la loi ou par un engagement international ainsi que de promouvoir l'égalité ; veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité.

Il peut être saisi par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'une administration ou service public, ou victime de discrimination directe ou indirecte, que l'auteur soit une personne privée ou publique, étant victime ou témoin de faits constituant un manquement à la déontologie par des personnes exerçant des activités de sécurité, ou considérant que les droits fondamentaux d'un enfant ne sont pas respectés, ou qu'une situation met en cause son intérêt.

Il peut demander des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant lui ; celles-ci peuvent se faire assister du conseil de leur choix et peut les mettre en demeure de lui répondre si celle-ci n'est pas suivit d'effet, il peut saisir le juge des référés d'une demande motivée aux fins d'ordonner toute mesure que ce dernier jugera utile.

Lorsqu'il est saisi ou se saisi d'office de faits donnant lieu à une enquête préliminaire ou de flagrance ou pour lesquels une information judiciaire est ouverte ou des poursuites judiciaires sont en cours, il doit recueillir l'accord préalable des juridictions saisies ou du procureur. Enfin, s'il en fait la demande, les ministres donnent instruction aux corps de contrôle d'accomplir, dans le cadre de leur compétence, toutes vérifications ou enquêtes. Ils l'informent des suites données à ces demandes.¹²

En ce qui concerne le règlement des réclamations, le défenseur des droits ne dispose pas de pouvoir de contrainte à l'égard des administrations et des services publics impliqués dans les litiges dont il est saisi. Il agit donc par la persuasion en nouant avec le service concerné un dialogue dans le cadre

¹² Il peut demander au vice-président du Conseil d'Etat ou au premier président de la Cour des comptes de faire procéder à toute étude ;

duquel il peut formuler une recommandation en équité, qui consiste à demander à l'organisme concerné de déroger, à titre exceptionnel, au droit en vigueur pour régler le problème, étant entendu, que la solution proposée ne créera pas de précédent invocable.

En somme, après examen de la situation litigieuse, il peut privilégier un règlement à l'amiable en formulant des recommandations ou, s'il estime qu'une faute a été commise, solliciter l'engagement des poursuites disciplinaires auprès de l'autorité compétente. Il peut enfin présenter des observations devant les juridictions judiciaires et administratives à l'appui d'un réclamant.

- Si le défenseur des droits peut être saisi par toute personne s'estimant lésée ou victime, il peut également se saisir d'office, mais il décide lui-même de donner suite ou non à la saisie. Quel est donc le régime juridique de ses actes ?

Le débat doctrinal sur la nature réelle du « Médiateur » aujourd'hui du défenseur des droits ne sera sans doute pas épuisé et restera un beau sujet de méditation.

Le Médiateur institué en 1973, le Défenseur des droits en 2011 se présente comme un ultime recours, mis à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue, une sorte de super-juge de l'excès de pouvoir, appréciant en équité, substituant l'éthique à la légalité, le bon sens, voire la morale au droit positif.

Mais, il se trouve un plaideur pour considérer que le rejet de sa requête par le Médiateur constitue une décision administrative susceptible de recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat dans son arrêt Retail, du 10 juillet 1981, avec beaucoup d'élégance refuse d'entrer dans son jeu. Et c'est bien relève le Doyen J.M. Auby dans sa note (R.D.P. 1981. p. 1687).

Si la consécration constitutionnelle d'un genre nouveau de l'institution du Défenseur du droit a fait l'objet de critique en raison de l'immense variété de ses attributions, on peut espérer que la constitutionnalisation de son existence donne à ses décisions une autorité lui permettant de protéger efficacement les droits des citoyens tout en lui garantissant son indépendance. Le prix de cette indépendance c'est aussi maintenir la jurisprudence Retail.

- En droit administratif, comme en droit privé, la médiation se présente comme une procédure intermédiaire entre la conciliation et l'arbitrage, car elle implique nécessairement la décision d'une tierce personne qui ne dispose pas de pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire du pouvoir de trancher le litige.

§. 2 L'arbitrage

L'arbitrage peut être présenté comme un procédé plus formel de justice alternative (A) ce qui le distingue des autres modes tant en qui concerne sa mise en œuvre, sa procédure et ses effets (B).

A. – Un procédé plus formel de justice alternative

Th. Clay rapporte que « l'arbitrage est une vieille institution qui remonte à la Grèce athénienne et la Rome de Constantin et qu'en France, dès le moyen âge, l'arbitrage est institué en cas d'inertie de la justice étatique ; lorsque les parties soumettent leurs différends à des juridictions ecclésiastiques considérées comme juridictions arbitrales »¹³.

On retrouve un certain nombre d'articles, dans le code de procédure civile de 1807, consacré à l'arbitrage qui permettaient de porter un procès déjà encours devant un arbitre. De nos jours l'arbitrage connaît un succès, notamment en matière commerciale et de conflits collectifs de travail.

¹³ « L'arbitrage », préf. De Ph. Fouchard, Dalloz, collection Nouvelles bibliothèque des thèses, 2001 ; Voie aussi, Ch. Jarroson, « La notion d'arbitrage », préf. de Oppetit, L.G.D.J., collection Bibliothèque de droit privé, T. 198, 1987.

B. – Mise en œuvre et effets de la procédure d'arbitrage

Les articles 1442 et 191 du nouveau code de procédure civile français et les articles 306 à 327 du code de procédure civile marocain¹⁴ règlementent l'arbitrage en précisant la nature de la mission de l'arbitre (1), les conditions de recours à l'arbitrage (2) et les effets des clauses compromissoires (3) et l'autorité de la sentence arbitrale (4) ;

1. – Mission de l'arbitre

Sur la base d'une convention d'arbitrage, l'arbitre tranche un litige et sa décision engage les parties. Sous cet angle, l'arbitrage est perçu comme un mode juridictionnel de règlement des litiges entre les deux prétentions antagonistes. Mais la nature de la mission de l'arbitre (a) traduit aussi la limite de ses pouvoirs (b).

a) – la nature de la mission de l'arbitre

L'arbitre a une mission juridictionnelle. L'arbitre est juge, similaire à une juridiction étatique, la seule différence est l'origine de sa mission. Mais sa mission résulte de la volonté des parties ou de la loi ; on admet que l'arbitre dise le droit, il a la *Jurisdictio*.

L'article 144 et suivant du code de procédure civile français, et 306 et suivant du code de procédure civile marocain, utilisent l'expression de «tribunal arbitral ».

Toutefois de par son origine c'est une justice privée en raison de la possibilité donnée aux parties de choisir leur juge et de fixer par voie contractuelle dans les limites autorisées par la loi la mission impartie à l'arbitre. On perçoit ici une nature hybride de l'institution d'arbitrage qui conjugue à la fois une convention et un jugement. En somme, l'arbitre est un juge privé qui ne statue pas au nom de l'Etat.

¹⁴Dahir n° 1-07-169 du 30 novembre 2007 portant promulgation de la loi n° 08-05. Ce texte abroge et remplace le chapitre VIII du titre V du Code de procédure civile relatif à l'arbitrage. Une partie relative à la médiation conventionnelle ...

b).- Des pouvoirs limités en raison de sa nature conventionnelle

Si l'arbitre dispose par exemple du pouvoir de condamner une partie à une astreinte journalière qui s'ajoute à la condamnation principale non exécutée dans les prescrits par le tribunal arbitral, l'arbitre ne dispose pas du pouvoir de rendre la sentence exécutoire, ce qui justifie l'exequatur c'est-à-dire l'apposition sur la sentence arbitrale la sentence du juge étatique qui est seul titulaire de *l'imperium*.

Mais on observe que le droit positif élargit le champ de la mission de l'arbitre quand aux conditions du recours à l'arbitrage, aux effets de la clause compromissoire et de l'autorité de la sentence arbitrale.

2. – Les conditions d'ouverture du recours à l'arbitrage

La convention d'arbitrage traduit la volonté et l'engagement des parties de faire trancher un litige par un tribunal arbitral. C'est donc le droit commun des contrats qui s'applique avec quelques particularités qui tiennent d'une part, aux matières pouvant faire l'objet d'arbitrage, et d'autre part, la capacité de compromettre.

Ces conditions sont organisées par les articles 2059 et 2060 du Code civil français et des articles 308,309 et 310 du Code de procédure civile marocain qui disposent que le litige doit porter sur des droits disponibles (a) et sur une matière qui ne touche pas l'ordre public (b).

a) – En ce qui concerne les droits disponibles, on entendra selon la distinction doctrinale entre l'indisponibilité absolue et l'indisponibilité relative¹⁵, en d'autres termes entre les droits patrimoniaux que constituent le patrimoine de la personne et qui se réfère à une valeur pécuniaire et des droits qui n'entrent pas dans le patrimoine, mais dont la violation peut donner lieu à une condamnation pécuniaire (Droit à l'honneur).

¹⁵ Lagarde.

b) – En ce qui concerne l'ordre public

Au Maroc, «Les litiges relatifs aux actes unilatéraux de l'Etat, des collectivités locales ou autres organismes dotés de prérogatives de puissance publique ne peuvent faire l'objet d'arbitrage ». « Toutefois, les contestations pécuniaires qui en résultent peuvent faire l'objet d'un compromis d'arbitrage à l'exception de celles concernant l'application d'une loi fiscale »¹⁶.

En France la doctrine s'interroge si « l'article 2060 du Code civil, relatif à l'arbitrabilité visait l'ordre public dans sa globalité ou seulement dans l'une de ces catégories » Monsieur Jarroson souligne dans sa note de l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris « que la jurisprudence a fini par admettre que ce n'est pas parce qu'une question était d'ordre public qu'elle était nécessairement non susceptible d'arbitrage.»¹⁷ .

3. - Effets de la clause compromissoire

a)En droit marocain, L'expression « convention d'arbitrage » recouvre deux types d'accords : le « compromis d'arbitrage » et la « clause compromissoire ».

En effet, selon les termes de l'article 307 du nouveau code de procédure civile : « La convention d'arbitrage est l'engagement des parties de recourir à l'arbitrage pour régler un litige né ou susceptible de naître concernant un rapport de droit déterminé, de nature contractuelle ou non contractuelle.

La convention d'arbitrage revêt la forme d'un compromis d'arbitrage ou d'une clause d'arbitrage ».

Le compromis est donc, par hypothèse, conclu après la naissance du litige et en considération de celui-ci.

¹⁶ «Nonobstant les dispositions du 2e alinéa de l'article 317 ci-dessous, les litiges relatifs aux contrats conclus par l'Etat ou les collectivités locales peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage dans le respect des dispositions relatives au contrôle ou à la tutelle prévus par la législation ou la réglementation en vigueur sur les actes concernés. La compétence pour statuer sur la demande de l'exequatur de la sentence arbitrale rendue dans le cadre du présent article revient à la juridiction administrative dans le ressort de laquelle la sentence sera exécutée ou au tribunal administratif de Rabat, lorsque la sentence arbitrale concerne l'ensemble du territoire national. (Article 310).

¹⁷ C.A. Paris, 19 mai 1993, Rev.arb. 1993, p. 645.

Alors que la clause compromissoire est incluse dans un contrat principal et les parties s'engagent dans l'hypothèse d'un litige à le soumettre à l'arbitrage. Le législateur marocain ne l'autorise qu'en matière commerciale.

La clause compromissoire joue très souvent un rôle préventif. Elle est de nature à dissuader les cocontractants en cours d'exécution, de ne pas respecter ses termes. Elle incite par sa seule existence, la recherche de solutions amiables aux difficultés qu'ils peuvent rencontrer au cours de l'exécution du contrat.

- **En France**, l'article 1442 du Code civil présente la clause compromissoire comme liée à un litige éventuel c'est-à-dire qui n'est pas encore né entre les parties.¹⁸ En d'autres termes, les parties conviennent de soustraire leur différend futur au juge étatique. La clause compromissoire ne lie que les signataires et ne saurait être opposable aux tiers.

La clause compromissoire n'était envisageable qu'entre commerçants. Mais depuis la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, la clause compromissoire est permise dans tous les contrats conclus « en raison d'une activité professionnelle » (art. 2061 C.civ). Contrairement au législateur marocain, le législateur français étend son champ d'application.

Il faut ajouter, que la jurisprudence française reconnaît l'autonomie de la clause compromissoire en droit interne comme un principe acquis en matière internationale¹⁹. Cette jurisprudence fut confirmée par les arrêts de la deuxième chambre civile et de la chambre de commerce de la Cour de cassation les 4 et 9 avril 2002.

¹⁸ Alors que le compromis est un contrat conclu postérieurement au litige, par lequel les parties conviennent de soumettre leur différend à l'arbitrage.

¹⁹ 1^{er} Civ. 7 mars 1963

Une question d'importance ; y a-t-il un lien entre la clause compromissoire et le contrat principal ?

Si pendant longtemps, le destin de la clause compromissoire était lié à celui du contrat principal la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a tranché la question. Dans cette affaire, la clause d'arbitrage était insérée dans un contrat de sous-traitance dont la validité était contestée ; la haute juridiction a estimé à juste raison que « la clause compromissoire présentant, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, *une autonomie juridique* qu'elle exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte ». L'arrêt retient à bon droit, que « l'éventuelle nullité du contrat de sous-traitance reste sans incidence sur la validité de la clause compromissoire ».

Le législateur français comme la jurisprudence expriment la volonté de donner à l'arbitrage interne une efficacité, mais en réalité, l'autorité de la sentence arbitrale demeure limitée.

4. – L'autorité restreinte de la sentence arbitrale

Comme on l'a évoqué plus haut, la nature hybride de l'institution d'arbitrage qui conjugue à la fois une convention et un jugement suppose nécessairement des procédures spécifiques qui doivent cependant respecter les principes directeurs qui régissent tout procès.

Une fois la sentence prononcée, l'arbitre est dessaisi²⁰. Logiquement la sentence fera **l'objet d'une exécution amiable, mais elle reste dénuée de la force exécutoire. Pour lui donner** cette force, il lui faudra une ordonnance d'exequatur demandée sur requête, au tribunal de grande instance, dans le ressort duquel la sentence a été prononcée.²¹

²⁰ La sentence ne produit pas d'effet à l'égard des tiers à l'instance arbitrale, sauf s'ils bénéficient d'une stipulation pour autrui sur la base d'un contrat liant les parties à l'instance.

²¹ Il existe à l'égard de la sentence ou de l'ordonnance intervenu sur l'exequatur, des voies de recours ordinaire sous forme d'appel et voies extraordinaires sous forme d'une tierce opposition, de recours en révision ou d'un pourvoi en cassation.

A titre de conclusion on peut dire que l'évolution actuelle de la procédure d'arbitrage semble s'orienter vers un rapprochement des justices arbitrales et étatiques, mais elles restent fondamentalement différentes quant à l'étendue de leurs pouvoirs.

On relèvera aussi, que si le droit positif français et marocain favorise le développement des modes alternatifs de règlement des conflits, il contrôle les conditions de leur mise en œuvre et leurs effets pour éviter que le monde des affaires ne fuit vers une justice non étatique.

III. – Les revers des prouesses des modes alternatifs de règlement des conflits

La fugue du monde de la finance vers les modes alternatifs moins formalistes et plus conventionnels, s'expliquerait par les avantages que leur offre cette justice privée. Des procédures souples et rapides, mais surtout une justice rendue par des pairs supposés être plus experts et mieux informés, de l'environnement complexe de la mondialisation de l'économie, de la finance et du commerce international, que ne peut l'être le juge étatique.

Mais cette image idyllique des MARC comporte aussi ses revers. D'une part, leur domaine d'application est réduit au droit commercial et le droit social, d'autre part, l'actualité nous enseigne que l'arbitrage par exemple fait l'objet de procédures de plus en plus formelles et de plus en plus techniques. L'arbitrage, n'est plus cette image simpliste, d'une justice souple, rapide, peu couteuse pour régler un litige. Le formalisme s'explique aussi par le droit de regard que l'Etat veut garder pour assurer la cohésion économique et sociale de la nation.

Présenté comme un procédé qui instaure la confiance entre les parties, l'arbitrage semble perdre cette substance face à la compétition économique à laquelle se livrent les parties. L'actualité nous enseigne aussi, que de plus en plus les protagonistes s'opposent et en viennent à contester la sentence

arbitrale devant les juridictions étatiques, ou que la sentence arbitrale a été faussée par le jeu des influences²².

La prouesse des MARC est donc à nuancer avec prudence. L'arbitrage, la médiation ne remplacent pas la justice étatique. Si ces deux justices coexistent, peuvent coopérer comme dans l'hypothèse où un juge étatique intervient dans un arbitrage en tant que troisième arbitre.

En somme les Marc n'existent que par la volonté des parties ; lorsque celle-ci fait défaut, c'est qu'il n'y a plus d'accord et les parties se retrouvent condamnées de recourir au juge étatique. La suprématie de la justice étatique reste fondamentalement le fondement de tout Etat de droit.

Ces réflexions manquent de précisions, je laisse au privatiste le privilège et le soin de combler les lacunes et de rectifier les propos énoncés.

²² Soupçonnés de liens faussant l'arbitrage Adidas-Crédit Lyonnais en 2008, l'avocat de Bernard Tapie, Me Maurice Lantourne, et le juge-arbitre Pierre Estoup ont été placés en garde à vue mardi 28 mai. L'Express a révélé en exclusivité les derniers éléments de l'enquête judiciaire autour du tribunal arbitral privé.

La directrice générale du FMI a été auditionnée une seconde fois par la Cour de Justice de la République, le 31 janvier, sur son rôle dans l'arbitrage en faveur de Bernard Tapie.