

Onderzoeksgroep voor
verbintenissenrecht

Groupe de recherche
en droit des obligations

KU LEUVEN - U.C.L.

In samenwerking met/
en collaboration avec
le Centre de droit privé
de l'USL-B

6

Le droit des obligations dans la vie de l'entreprise

Het verbintenissenrecht in het leven van de onderneming

**CATHERINE DELFORGE,
SOPHIE STIJNS & PATRICK WÉRY** (EDS.)

Françoise Auvray
Pierre Bazier
Maxime Berlingin
Tâm Dang Vu
Annick De Boeck
Catherine Delforge
Gabriela de Pierpont
Laurent du Jardin
Gauthier Fiévet
Marcel Fontaine
Roel Fransis
Florence George

Mathieu Higny
Sanne Jansen
Thierry Léonard
Thomas Malengreau
Yannick Ninane
Denis Philippe
Kenny Troch
Sander Van Loock
Jérémie Van Meerbeeck
Sébastien Vanvrekem
Patrick Wéry



In samenwerking met/
en collaboration avec
le Centre de droit privé
de l'USL-B

CATHERINE DELFORGE, SOPHIE STIJNS & PATRICK WÉRY (EDS.)

NUR: 822

N° de commande/Bestelcode: 202 172 400



9 789048 628872



Les clauses relatives à la résolution des différends : les clauses de médiation et d'arbitrage

Catherine Delforge

Professeure à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Maxime Berlingin

Chargé d'enseignement à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Avocat au barreau de Bruxelles

1. Introduction. En réponse aux lenteurs, aux aléas et au coût des procédures judiciaires¹, voire à leur impuissance à apaiser le conflit interpersonnel sous-jacent au litige, un nombre de plus en plus important de contrats renferment des clauses destinées à faire échapper, fût-ce provisoirement, certains différends du champ de la justice étatique : négociation et arrangement amiable entre parties, conciliation, médiation, arbitrage, ou combinaison de plusieurs de ces modes. Selon une formule largement partagée dans les milieux professionnels, ce serait d'ailleurs une précaution minimale : « *Servez votre cause, exigez la clause !* ». Ces modes dits alternatifs de résolution des conflits (MARC)² – le terme alternatif indiquant, selon une compréhension large³, le choix d'une autre voie que la voie judiciaire traditionnelle⁴ – prennent une place croissante et le législateur lui-même n'est pas étranger à un tel résultat, qu'il encourage ou incite.

2. Une complémentarité, mais une complémentarité non dépourvue de sens. La déjudiciarisation de la résolution des conflits est en soi source de nombreux

¹ Pour un aperçu des motivations variées susceptibles de traverser le recours aux MARC, voy. spéc. P. CECCHI-DIMEGLIO et B. BRENNEUR, *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, Bruxelles, Larcier, coll. Prévenir, négocier, résoudre, 2015.

² La terminologie que l'on trouve dans la pratique est bien plus variée : *Alternative Dispute Resolution* (ADR), règlement alternatif des litiges (RAL), modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), modes alternatifs de résolution des litiges (MARL), modes alternatifs de règlement des différends (MAD) : voy. B. BEELDENS, « Les modes alternatifs de résolution des litiges. La spécificité de la médiation », *R.G.D.C.*, 2010, p. 260 ; L. CADIET, « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », in *La médiation*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 13-27.

³ Comme l'a souligné B. Beeldens, « Selon une *conception large* des MARL, on peut y regrouper tous les modes de résolution des litiges alternatifs aux procédures juridictionnelles de type étatique » et « Selon une *conception restrictive*, on doit désigner par modes alternatifs de résolutions des litiges "les processus extrajudiciaires de résolution des conflits conduits par une tierce partie neutre", autrement dit tous les modes non juridictionnels de solution des litiges. Dans ce cas, il n'est pas question de ranger l'arbitrage dans la liste des MARL puisque, comme le juge, l'arbitre apporte une solution juridictionnelle au litige » (*op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2010, p. 260 ; l'auteur souligne).

⁴ P. VAN LEYNSEELE, « La médiation, qu'est-ce ? », *Ors*, n° 8-9, 2003, p. 3.

constats, réflexions et questionnements, tenant à la place du pouvoir judiciaire – et de l'État plus largement – dans nos sociétés modernes ainsi qu'à la nature des modes de régulation désormais privilégiés, rendant manifeste une évolution des rapports qui se nouent entre les individus entre eux et vis-à-vis de l'autorité étatique⁵. La société semble moins contentieuse, plus relationnelle, mais également moins confiante en la capacité des pouvoirs constitutionnellement institués à répondre à ses besoins. Le développement des MARC est d'ailleurs souvent corrélé à ce que d'aucuns n'hésitent pas à dénoncer comme une « crise de la justice »⁶. Si le propos présente une part de justesse, encore ne doit-il pas conduire à une lecture binaire, nécessairement réductrice, présupposant une opposition entre modes judiciaire et extrajudiciaire. Ces derniers doivent, en effet, être davantage compris et pensés comme étant complémentaires, fût-ce parce que « *Les uns n'excluent pas [nécessairement] les autres*⁷. ».

3. Le rôle de l'autonomie de la volonté et le (non-)recours au juge. Le choix conventionnel d'une exclusion de l'intervention des cours et tribunaux en cas de différend n'est guère insolite pour le privatiste. Depuis 1804, le droit commun des obligations conventionnelles reconnaît aux contractants la liberté de stipuler des clauses aux effets comparables et dont la raison d'être n'est guère fort distante : la clause pénale, la clause résolutoire et la clause de dédit, par exemple, ne font pas autre chose que traduire une commune volonté de se prémunir d'un contentieux relatif aux conséquences de l'inexécution contractuelle ou de la résiliation du contrat, soit en évitant le recours au juge soit en liant son office quant à la portée de tels incidents contractuels. En vue de couper court à toute discussion – quoique cette seule stipulation ne suffise pas toujours à atteindre une telle finalité –, espérant économiser des coûts de transaction et de procès, les parties anticipent, ce faisant, certaines de leurs divergences et aménagent de façon prévisible et amiable le sort de leurs écueils.

Les clauses de médiation et d'arbitrage partagent des traits communs avec ces clauses habituelles en droit des contrats, mais s'agissant d'accords procéduraux exprès au sens strict⁸, elles présentent une intimité plus étroite avec le droit procédural en ce qu'elles touchent à « *l'essence même [...] du pouvoir du juge* »⁹, « *neutralis[ant] s]es prérogatives* »¹⁰. Ce faisant aussi, elles se placent davantage

⁵ Pour approfondir la réflexion, voy. spéc. F. FLEERACKERS, « The role of Lawyers in Interaction: Mediation, ADR and Legal Thinking », in CSJ, *Croire en la médiation et la pratiquer*, Colloque organisé à Bruxelles le 30 avril 2010, pp. 72-82.

⁶ À ce propos, voy. spéc. les considérations critiques de J. JOLY-HURARD, *Médiation et conciliation judiciaires*, PUAM, 2015, 456 p., spéc. pp. 12 et s. Cons. par ailleurs, P.-P. RENSON, « Le droit de la médiation et le droit des biens », in *La médiation, Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Limal, Anthemis, 2008, pp. 12-15.

⁷ L. CADIET, « Avant-propos », in L. CADIET, Th. CLAY et E. JEULAND (dir.), *Médiation et arbitrage – Alternative dispute resolution – Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, Paris, Litec, 2005, p. 8.

⁸ G. CLOSSET-MARCHAL, « Les accords procéduraux et le procès civil », *R.G.D.C.*, 2012, p. 126. Voy. ég. spéc. P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, p. 297 et s.

⁹ G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2012, p. 127, n° 5.

¹⁰ *Ibid.*, p. 126, n° 4.

sur une ligne de tension entre une logique contractuelle et une logique procédurale, ce que leur régime laisse d'ailleurs transparaître de façon illustrative.

4. Plan des développements qui suivent. La présente contribution porte l'attention sur deux modes alternatifs de résolution des conflits que sont la médiation et l'arbitrage à travers le prisme spécifique des clauses qui les prescrivent. Dans l'exposé qui suit, il s'agira de présenter chacune des clauses, de préciser leur régime et d'envisager leurs effets avant de conclure par quelques considérations destinées à guider la rédaction de ces clauses dans la pratique.

Qu'il nous soit d'emblée permis de souligner l'option que nous avons privilégiée de maintenir une approche sensiblement différente des clauses présentées, les modes alternatifs de résolution des différends qu'elles tendent à voir appliquer s'inscrivant dans des champs naturellement distants, moins (médiation) ou plus (arbitrage) juridique, plus (médiation) ou moins (arbitrage) relationnels. C'est donc volontairement que nous nous sommes refusés à uniformiser et lisser la présentation de ces clauses, en accordant un traitement comparable à chacune des problématiques que peut élever une approche fondée sur le droit des obligations conventionnelles, espérant néanmoins que le lecteur disposera, au terme de sa lecture, de l'ensemble des outils utiles à la rédaction et à la mise en œuvre de ces clauses.

TITRE I^{er}.

LA CLAUSE DE MÉDIATION

CHAPITRE 1^{er}.

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES : LA MÉDIATION, UN PROCESSUS NON JURIDICTIONNEL PARTICULIER

5. La médiation : notion et spécificité. Bien qu'énonçant les principes généraux qui la gouvernent et réglementant certaines de ses modalités aux articles 1724 à 1736 du Code judiciaire, le législateur s'est sciemment gardé de définir la médiation¹¹. Lors des travaux préparatoires, celle-ci fut toutefois approchée comme étant « *un processus de concertation volontaire entre parties en conflit, géré par un tiers indépendant qui facilite la communication et tente de conduire les parties à sélectionner elles-mêmes une solution* »¹². De son côté, l'article 3, a) de la directive 2008/52/CE relative à la médiation civile et commerciale¹³ (ci-après la directive 2008/52/CE) y voit « *un processus structuré [...] dans lequel deux ou*

¹¹ Comme l'ont souligné d'autres auteurs, du côté de la doctrine, chacun y va de sa définition propre, mettant l'accent sur l'un ou l'autre aspect du processus ou de ses effets, quoiqu'un consensus se dégage pour rappeler ce que « la médiation n'est pas », selon la formule de B. BEELDENS, *op. cit.*, p. 268, n° 37.

¹² Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *Développements, Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2003-04, n° 51-327/1, p. 6. Cons. aussi la définition retenue par le 10^e considérant de la directive 2008/52/CE.

¹³ *J.O.*, L.136, 24 mai 2008, pp. 3-8.

plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur »¹⁴.

Ces précisions mettent en exergue certains traits qui nous semblent caractéristiques, et qu'il paraît utile d'explicitier, car définir traduit nécessairement une appréhension particulière de ce mode de résolution des différends dont les contours sont variables dans la pratique, en y corrélant de nécessaires inclusions et exclusions. Dans les lignes qui suivent, nous appréhenderons donc la médiation comme (i) un processus¹⁵ structuré, coopératif et confidentiel (ii) de concertation amiable et libre qui, selon une compréhension stricte¹⁶, (iii) présente la spécificité d'être guidé par un tiers professionnel, neutre, indépendant et impartial qui demeure en retrait de la ou des solutions dégagées à son terme par les parties, solution(s) qu'il aura néanmoins contribué à faire émerger grâce à des techniques d'écoute, de communication et de négociation, sans les imposer ni les recommander.

Comme la conciliation, la médiation est un mode de résolution amiable des conflits mis en œuvre préalablement à une procédure judiciaire ou arbitrale, ou indépendamment de celle-ci. Son intérêt, qui participe aussi à son originalité, réside dans le présupposé qu'au-delà des prétentions juridiques respectives que peuvent faire valoir les parties en conflit devant tant un juge qu'un arbitre, la relation interpersonnelle peut être préservée et redessinée – ce qui est particulièrement utile, et bénéfique, lorsque les relations doivent se poursuivre au-delà du conflit. Elle présume aussi qu'un accord est préférable à une décision juridictionnelle, laquelle, imposée de l'extérieur, ne contribue pas nécessairement à apaiser les tensions et n'offre pas les meilleures garanties de respect. À cet égard, l'emprise croissante, quoiqu'en pratique encore relativement timide, de la médiation est particulièrement illustrative du besoin de la société de réguler autrement, de résoudre différemment les conflits et, surtout, de ne pas avoir uniquement pour objet et finalité de « trancher » un désaccord par application des règles juridiques, l'important étant que les parties se réapproprient leur différend et sa résolution¹⁷. Ce faisant, l'entame d'un processus de médiation témoigne avant tout d'un recul du droit, de ses

¹⁴ La compréhension est large, la directive s'appliquant à tous les modes qui rencontrent cette définition « *quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé* », l'article 3 ajoutant, par ailleurs, qu'elle « *inclut la médiation menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire ayant trait au litige en question* », tout en précisant qu'elle « *exclut les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative audit litige* ».

¹⁵ Non une procédure au sens strict du terme d'un point de vue juridique.

¹⁶ C'est, en effet, une vision restrictive que nous retiendrons ici, certains des éléments repris n'étant pas présents dans tous les processus de résolution amiable pourtant qualifiés de « médiations » dans la pratique. Ainsi, par ex., l'indépendance du médiateur et l'absence d'intervention active dans la recherche d'une solution amiable peuvent faire défaut dans la médiation hospitalière, la médiation locale ou la médiation scolaire.

¹⁷ B. BEELDENS, *op. cit.*, R.G.D.C., 2010, p. 261, n° 6.

règles matérielles et de ses procédures, en tant que réponse pertinente et efficace aux conflits, ou à tout le moins du passage d'un droit imposé (régulation verticale) vers un droit négocié (régulation horizontale)¹⁸. À la déjudiciarisation répond, ce faisant aussi, une forme de contractualisation¹⁹, même s'il faut se garder d'accorder à un tel constat une portée excessive, en pensant que la frontière est étanche et l'évolution continue, inéluctable ou exclusive.

Nombre d'auteurs annoncent depuis plusieurs années le développement de la médiation²⁰. Plusieurs initiatives, aux niveaux belge²¹ et européen²², tendent effectivement à faire échapper des prétoires de nombreux conflits qu'il serait économiquement et socialement préférable de voir résoudre *autrement* et, phénomène assez significatif, un tel souhait s'exprime également dans le champ de disciplines pourtant naturellement plus rétives à une libre disposition par les particuliers, comme les droits pénal et administratif.

6. Le médiateur, ni juge ni arbitre. À la différence du juge, mais aussi de l'arbitre, le médiateur ne *tranche* pas d'autorité un *litige*, ni en fait ni en droit²³. Il accompagne, avec ses outils et son professionnalisme, le règlement amiable d'un

¹⁸ À ce propos, voy. spéc. B. DEFFAINS, *op. cit.*, in *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, 2015, pp. 65 et s.

¹⁹ P. ANCEL, « Les modes alternatifs de règlement des différends et le droit des contrats », in *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, *loc. cit.*, 2015, p. 208.

²⁰ Voy. not. P. PICAULT, « Compte rendu : A. Schneeberg et E. Galton, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale* », *Ors*, n° 8-9, 2003, p. 20 ; E. POTTIER et A. COIBION, « Règlement des conflits entre actionnaires : mesures provisoires », in *Guide juridique de l'entreprise*, Bruxelles, Kluwer, 2006, Livre 27.1, p. 14 et s. ; G. PLUYETTE, « La médiation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 1998, pp. 702 et s. ; G. CANIVET, « Le juge et la recherche de la solution du conflit », *Semaine sociale Lamy*, 2 décembre 2002, n° 1100, pp. 6 et s. ; R. BINDELS, « Modes alternatifs de règlement des conflits. Bientôt, la médiation occupera une place centrale dans le Code judiciaire », *Journ. Jur.*, 2006, p. 6.

²¹ Songeons bien entendu ici à la loi du 21 février 2005 ayant introduit des dispositions dans le Code judiciaire, mais aussi, plus récemment au livre XVI du Code de droit économique, relatif au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, ainsi que les réformes en cours et à venir dans le cadre des lois Pots-Pourris proposées par le ministre K. Geens.

²² 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, *J.O.*, L.136, 24 mai 2008, pp. 3-8 ; directive 2013/11/UE 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 et la directive 2009/22/CE (« Directive RELC ») ; Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (« Règlement RLLC »), *J.O.*, L.165 du 18 juin 2013, pp. 1-12.

²³ B. BEELDENS, *op. cit.*, p. 267, n°29 et p. 269, n°40 (le médiateur « ne détient aucune forme d'*imperium* ni de *juridictio* ») ; B. INGHELS, *op. cit.*, in *Une autre justice possible ?*, *loc. cit.*, 2015, p.11.

*conflit*²⁴, règlement qui ne tend à désigner ni « vainqueur ni vaincu [...], [la médiation] ne cherch[ant] à donner raison ou tort à personne et respect[ant] la vérité de chacun »²⁵. Le médiateur est le garant du cadre d'un tel processus, des valeurs et des principes qui guident l'expression des besoins et la rencontre des intérêts des parties médiées. Et un tel rôle, essentiel, est un outil devant favoriser l'élaboration progressive d'un accord (complet ou partiel) entre les parties médiées.

Afin de rencontrer une telle finalité, la médiation prend la forme d'un processus structuré exigeant que le médiateur offre certaines garanties (la neutralité, l'indépendance²⁶ et l'impartialité)²⁷ et demeure constamment le garant loyal du cadre (communication non violente, principe volontaire²⁸, confidentialité²⁹) de la négociation qu'il accompagne³⁰.

²⁴ Comme le relève, à juste titre, E. Serverin (« Le médiateur civil et le service public de la justice », *Rev. trim. dr. civ.*, avril-juin 2003, p. 235), « non seulement le médiateur ne propose pas de solution, mais la question qu'il a à traiter est un conflit, et non un litige, ce qui distingue l'objet de sa mission de l'objet de la saisine du juge. Le litige est [...] la somme des prétentions respectives des parties, tandis que le conflit renvoie au langage de la psychosociologie et décrit l'état des relations entre des personnes ». Voy. aussi A. THILLY, « La nouvelle loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation », *R.G.D.C.*, 2006, p. 528, selon qui « Le rôle du médiateur est fondé sur une pratique et consiste à conduire un processus d'écoute, d'aide à la décision, de confrontation et de négociation entre les personnes en vue d'envisager des solutions amiables qui tiennent compte des aspects tant juridiques que socio-économiques et/ou psychologiques des conflits et de constater, éventuellement, ces solutions dans un accord entre elles ».

²⁵ B. BEELDENS, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2010, p. 270, n° 43.

²⁶ Cette exigence peut être davantage problématique dans le cadre de certains processus pourtant nommés « médiations ». Songeons spéc. à la médiation hospitalière.

²⁷ On notera utilement que ces garanties constituent des conditions de l'agrément du médiateur (art. 1726, C. jud.). Elles sont également retenues comme déterminantes de la qualification de « médiateur » par l'article 3, b) de la directive 2008/52/CE. À leur propos, voy. P.-P. RENSON, « Le droit de la médiation et le droit des biens », *loc. cit.*, 2008, pp. 16-18.

²⁸ Voy. l'article 1729 du Code judiciaire, en vertu duquel « Chacune des parties peut à tout moment mettre fin à la médiation, sans que cela puisse lui porter préjudice ». Voy. aussi le 13^e considérant de la directive 2008/52/CE.

²⁹ Que consacrent formellement l'article 1728 du Code judiciaire et l'article 7 de la directive 2008/52/CE.

³⁰ Voy. aussi l'article 3, b) de la directive 2008/52/CE. Cons. également, certes dans le cadre limité des litiges relevant du droit de la consommation, la Recommandation 2001/310/CE de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation (*J.O.*, L.109 du 19 avril 2001, p. 56).

CHAPITRE 2.

LA CLAUSE DE MÉDIATION³¹ : NOTION ET COMPARAISON AVEC LES INSTITUTIONS VOISINES

Section 1^{re}. Précisions introductives

7. Une reconnaissance légale. Depuis la loi du 21 février 2005 ayant introduit dans le Code judiciaire les dispositions relatives à la médiation³², le législateur entend favoriser le recours à la médiation en prévoyant notamment la possibilité de stipuler une clause de médiation, clause dont il précise le contenu et veille à assurer l'effectivité juridique à travers la reconnaissance de sa force obligatoire³³. Dans sa version actuelle, qui ne devrait pas être modifiée par la réforme à venir, l'article 1725 du Code judiciaire porte, en effet, que :

§ 1^{er}. Tout contrat peut contenir une clause de médiation, par laquelle les parties s'engagent à recourir à la médiation préalablement à tout autre³⁴ mode de résolution des éventuels différends que la validité, la formation, l'interprétation, l'exécution ou la rupture du contrat pourrait susciter.

§ 2. Le juge ou l'arbitre saisi d'un différend faisant l'objet d'une clause de médiation suspend l'examen de la cause à la demande d'une partie, à moins qu'en ce qui concerne ce différend, la clause ne soit pas valable ou ait pris fin. L'exception doit être proposée avant tout autre moyen de défense et exception. L'examen de la cause est poursuivi dès que les parties ou l'une d'elles, ont notifié au greffe et aux autres parties que la médiation a pris fin.

§ 3. La clause de médiation ne fait pas obstacle aux demandes de mesures provisoires et conservatoires. L'introduction de telles demandes n'entraîne pas renonciation à la médiation.

³¹ Que certains voient comme une « médiation pré-conflictuelle » : C. MATTHIJS *et al.*, *Médiation en matière civile et commerciale, Guide pratique*, Gand, Story Publishers, 2011, p. 29.

³² Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005. Cette loi a abrogé les dispositions relatives à la médiation familiale introduites dans ce même code en vertu d'une loi du 19 février 2001. Elle est intégralement entrée en vigueur le 30 septembre 2005.

³³ Ce faisant, la loi tend « non seulement à la généralisation mais aussi à la formulation expresse et adéquate de clauses de médiation » (A. THILLY, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2006, p. 529).

³⁴ Indiquons déjà que la précision légale selon laquelle la clause de médiation est mise en œuvre avant « tout autre » mode de résolution des éventuels différends mérite, à notre sens, d'être nuancée dans la portée que l'on pourrait lui reconnaître. On n'exclut pas une telle qualification en présence d'une clause prévoyant la mise en œuvre de ce processus préalablement à la seule procédure judiciaire. Tel est le sens qu'il convient de réserver à une clause lacunaire, qui ne ferait pas référence à l'arbitrage. La prudence dicte toutefois aux parties de viser conjointement les deux types de procédures.

La clause de médiation pourra, selon les circonstances, donner lieu à une médiation volontaire³⁵, une médiation judiciaire³⁶ ou une médiation libre³⁷ au sens que leur réserve le Code judiciaire³⁸.

8. La clause de médiation n'est pas la seule voie d'accès à la médiation. Il convient d'emblée de noter que l'absence de stipulation d'une clause de médiation n'exclut bien entendu pas que les parties recourent à un tel processus, comme le confirme le Code judiciaire. L'article 1730, § 1^{er}, énonce ainsi que, par principe, « *Toute partie peut proposer aux autres parties, indépendamment de toute procédure judiciaire ou arbitrale, avant, pendant ou après le déroulement d'une procédure judiciaire, de recourir au processus de médiation* » (médiation dite « volontaire »)³⁹. Par ailleurs, eu égard aux faits de la cause, le juge peut informer les parties sur la médiation et les inviter à tenter cette voie amiable de résolution de leur différend⁴⁰. L'article 1734 porte quant à lui que « *Sauf devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement, en tout état de la procédure et ainsi qu'en référé, le juge déjà saisi d'un litige peut, à la demande conjointe des parties*

³⁵ À juste titre, l'emploi de l'adjectif « volontaire » est largement critiqué, le principe volontaire étant inhérent à tout processus de médiation, même judiciaire (voy. l'art. 1729, C. jud. précité). On parle plus pertinemment de médiation extrajudiciaire (ou parfois « conventionnelle »), terme qui devrait d'ailleurs être retenu dans le cadre de la réforme à venir.

³⁶ Soit une médiation ordonnée par le juge, avec l'accord des parties, dans le cours de l'instance. On notera que le Code judiciaire prévoit différentes mesures destinées à éviter que le recours à la médiation soit exercé à des fins dilatoires ou dure trop longtemps (spéc. les articles 1734 et 1735). À l'issue du processus, deux voies sont possibles : soit les parties parviennent à un accord et il peut être homologué par le juge soit aucun accord n'a été obtenu et « *la procédure est poursuivie au jour fixé, sans préjudice de la faculté pour le juge, s'il l'estime opportun et moyennant l'accord de toutes les parties, de prolonger la mission du médiateur pour un délai qu'il détermine* » (article 1736 *in fine*). Si les parties sont parvenues à un accord partiel, c'est-à-dire un accord portant sur certains éléments du litige seulement, le juge pourra rendre sa décision sur les éléments qui demeurent conflictuels.

³⁷ M. DEVENYN, « Art. 1725 Ger.W. », X, *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Partie VII, Titre I, Algemene beginselen, p. 69.

³⁸ Le Code judiciaire soumet à un régime spécifique deux types particuliers de médiation : la médiation volontaire (articles 1730 à 1733) et la médiation judiciaire (articles 1734 à 1737). On déduit des dispositions légales l'existence d'un troisième type de médiation, qui ne permet pas, contrairement aux deux autres, une homologation de l'accord obtenu à l'issue du processus. On le nomme médiation « libre » ou « hors cadre légal » (celui du Code judiciaire). Les parties demeurent, en effet, libres de s'inscrire dans les schémas organisés par la loi ou d'adapter ceux-ci. Rappelons, au besoin, que l'homologation « transforme » le contrat en jugement au sens de l'article 1043 du Code judiciaire (voy. art. 1733, C. jud.).

³⁹ E. POTTIER et A. COIBION, *op. cit.*, in *Guide juridique de l'entreprise*, 2006, Livre 27.1, pp. 12 ; F. VAN DE PUTTE et P. VAN LEYNSEELE, « Mode d'emploi de la médiation », *J.T.*, 1999, pp. 235-236.

⁴⁰ Pour une application, voy. Com. Namur (2^e ch.), 3 décembre 2013, *D.A.O.R.*, 2014/12, p. 138 (sommaire).

ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celles-ci, ordonner une médiation, tant que la cause n'a pas été prise en délibéré »⁴¹ (médiation judiciaire⁴²).

Lorsqu'elle est présente, la clause de médiation pousse toutefois à son paroxysme la volonté d'une contractualisation du règlement du différend. Comme le formule avec pertinence P. Ancel, « *le contrat apparaît [alors] aux deux bouts : le processus de règlement est fondé sur un accord initial [...] et ce processus conventionnel par son origine vise lui-même à aboutir à un accord destiné à régler définitivement le litige* »⁴³.

Section 2. La clause de médiation, une clause hybride

§ 1^{er}. Une clause contractuelle par sa source

9. Le principe. La clause de médiation est un accord préventif⁴⁴. C'est une clause contractuelle par sa source, son existence présupposant un accord de volontés tel que visé à l'article 1101 du Code civil. Selon le Code judiciaire, elle l'est toutefois aussi par son objet puisqu'elle concerne la résolution d'un différend de cette nature, élevé à propos de « *la validité, la formation, l'interprétation, l'exécution ou la rupture du contrat* » dans lequel elle est insérée⁴⁵. C'est, encore, une clause *formelle*⁴⁶, et *particulière*, relevant nécessairement d'une convention plus large dont la dénomination est libre⁴⁷. Elle est, en outre, une clause *réciproque*, en ce sens qu'elle lie toutes les parties à la convention qui la renferme⁴⁸.

⁴¹ La disposition ajoute que « *Les parties s'accordent sur le nom du médiateur, qui doit être agréé par la commission visée à l'article 1727* ».

⁴² La terminologie prête, ici également, à confusion dès lors que le législateur ne voit pas dans ce type de médiation un processus mis en œuvre par le juge lui-même : il y voit la médiation mise en œuvre par le juge, de l'accord des parties, dans le cours de l'instance.

⁴³ P. ANCEL, « Les modes alternatifs de règlement des différends et le droit des contrats », *op. cit.*, 2015, p. 209.

⁴⁴ M. DEVENYN, « Art. 1725 Ger.W. », *op. cit.*, p. 69 ; K. ANDRIES, *Het bemiddelingsbeding. Geldigheid, effect, inhoud en afdwingbaarheid*, Bruxelles, Larcier, 2007, n° 6.

⁴⁵ Selon K. Andries, cette énumération n'est pas limitative : voy. M. DEVENYN, « Art. 1725 Ger.W. », *op. cit.*, p. 73, n° 16 ; K. ANDRIES, « Cedo Nulli. Over de autonome werking van het arbitrage- en bemiddelingsbeding », in R. Van Ransbeeck (dir.), *Bemiddeling*, Bruges, la Charte, 2008, 235, n° 21, note de bas de page 76. Voy. aussi notre commentaire *infra* n° 32.

⁴⁶ C. MATTHIJS *et al.*, *Médiation en matière civile et commerciale. Guide pratique*, Gand, Story Publishers, 2011, p. 34 précisent qu'un tel accord peut faire l'objet d'un accord verbal. Si l'on peut l'admettre en théorie, restera la question de la preuve de l'existence et du contenu d'une telle clause (autre son caractère contractuel), preuve qui sera nécessaire si l'on escompte une application des sanctions prévues par le Code judiciaire (voy. *infra* n° 26 et s.).

⁴⁷ Tout contrat peut contenir une clause de médiation : voy. à ce propos C. MATTHIJS *et al.*, *Médiation en matière civile et commerciale. Guide pratique*, Gand, Story Publishers, 2011, p. 34.

⁴⁸ Dans ce sens également, M. DEVENYN, « Art. 1725 Ger.W. », *op. cit.*, p. 72, n° 11.

En ce domaine, dès lors, la liberté contractuelle reste de mise, comme c'est le cas en matière d'arbitrage⁴⁹ et ce, même si le législateur prétend doter une telle clause d'une définition légale et l'assortit d'une sanction spécifique. De même, comme toute autre clause, la clause de médiation ne pourra être mise en œuvre que dans le respect des exigences de la bonne foi (art. 1134, al. 3, C. civ.)⁵⁰ et, en cas de doute sur sa portée, le juge sera tenu de rechercher la commune volonté des parties en appliquant les guides d'interprétation que prescrivent les articles 1156 à 1164 du Code civil.

10. L'exigence préalable : une intégration dans le champ contractuel. Pour être juridiquement contraignante pour les parties contractantes, la clause doit naturellement avoir intégré le champ contractuel. Ainsi, si une clause de médiation peut parfaitement être insérée dans des conditions générales, encore conviendra-t-il de s'assurer qu'elle a été connue, ou susceptible de l'être, et qu'elle a été acceptée au moment de l'échange initial des consentements⁵¹ – sous réserve, bien naturellement, des nuances prétoriennes encore admises aujourd'hui pour ce qui concerne les relations purement commerciales.

On se gardera, par ailleurs, de parler de clause de médiation au sens propre du terme, ou de clause de médiation réciproquement contraignante, en présence d'une stipulation contenue dans un code de bonne conduite auquel n'a adhéré qu'un contractant, ou en présence de règles professionnelles qui sont applicables à lui seul. Pour que l'article 1725 du Code judiciaire trouve à s'appliquer, la clause doit en effet avoir été mutuellement consentie⁵².

11. La clause de médiation et l'accord de médiation. Si la clause de médiation est le plus souvent stipulée *ex ante*, on ne négligera pas l'utilité que présente son insertion dans l'accord conclu par les parties médiées⁵³, au terme du processus de médiation lui-même, afin de se prémunir des difficultés d'interprétation, d'exécution et de sanctions des obligations qui y ont été consenties. Une telle stipulation renforce d'ailleurs la cohérence d'un dispositif pleinement favorable à la média-

⁴⁹ Articles 1676 et s. du Code judiciaire.

⁵⁰ M. DEVENYN, « Art. 1725 Ger.W. », *op. cit.*, p. 73, n° 14 ; P.-P. RENSON, *La médiation civile et commerciale*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 48-49 ; P.-P. RENSON, *op. cit.*, in *La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Limal, Anthemis, 2008, p. 44 ; S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, in *La médiation*, 2009, p. 41, n° 24.

⁵¹ Pour une application, voy. Com. Charleroi, 16 novembre 2007, *R.R.D.*, 2008, p. 320, qui se déclare pourtant en l'espèce compétent par référence aux clauses consenties au moment de l'échange initial des consentements. Les faits de la cause ne permettent pas d'apprécier si, en l'espèce, les conditions générales communiquées ultérieurement avaient pu pénétrer le champ contractuel – question que le magistrat n'aborde pas de façon spécifique.

⁵² Pour une illustration, voy. Cass.fr.civ.1, 6 mai 2003, Pourvoi n° 01-01291 [« la cour d'appel a exactement jugé qu'une procédure préalable de conciliation ne pouvait résulter que d'une stipulation contractuelle, laquelle est, en effet, seule de nature à s'imposer au juge » ; en l'espèce, l'imposition du recours à la conciliation prévue par des règles/usages professionnel(le)s ne suffisait donc pas à rendre le recours à la conciliation obligatoire].

⁵³ Nous visons ici l'accord de médiation envisagé par le législateur aux articles 1732 (médiation volontaire) et 1736 (médiation judiciaire) du Code judiciaire.

tion, en maintenant hors des prétoires l'ensemble des séquences de la résolution des différends survenus ou à éventuellement survenir entre les parties⁵⁴.

§ 2. Une clause processuelle par ses effets

12. Une spécificité déterminante. La clause de médiation n'est pas uniquement une clause contractuelle. En témoigne son traitement par le Code judiciaire, non le Code civil. En effet, à la différence des autres conditions contractuelles, cette clause a ceci de spécifique qu'elle emporte une renonciation à recourir aux modes juridictionnels de résolution des conflits et, dès lors, *a priori*, au droit de saisir un juge (ou un arbitre) pour régler un différend qui relève pourtant naturellement de sa compétence constitutionnelle et légale⁵⁵. Comme nous aurons l'occasion de le souligner *infra*, cette nature processuelle de la clause justifie des aménagements du droit contractuel et la reconnaissance d'un effet procédural propre.

Section 3. Distinction avec les institutions voisines

13. Médiation et conciliation⁵⁶. Lors des travaux préparatoires de la loi du 21 février 2005⁵⁷, la conciliation a été définie comme « *un mode pacifique de règlement des différends grâce auquel les parties s'entendent soit directement, soit par l'entremise d'un tiers pour mettre un terme à leur litige* »⁵⁸. Une telle définition apparaît d'emblée trop large pour être effectivement pertinente, fût-ce parce qu'elle est à même d'embrasser la médiation également. On enseigne plus communément que le conciliateur est un tiers, comme l'est le médiateur, mais que son intervention se veut plus « invasive » dans la quête d'une solution au conflit puisqu'il est autorisé à émettre des recommandations sur le fond, à soumettre des propositions

⁵⁴ C'est d'ailleurs une prudence utile car le principe de la relativité des conventions (art. 1165, C. civ.) maintient un doute quant à l'application à l'accord de médiation (c'est-à-dire à l'accord obtenu au terme du processus de médiation) de la clause qui a initialement été souscrite dans le contrat qui a été l'occasion du différend réglé par la médiation.

⁵⁵ Ceci étant, comme l'a souligné S. Amrani-Mekki (*op. cit.*, in *La médiation*, Paris, Dalloz, 2009, p. 32), par une telle clause, les parties ne renoncent pas pour autant définitivement à un tel recours, mais, le plus souvent, l'aménagent, en le conditionnant, outre que, comme nous l'avons déjà souligné, plus que renoncer à un accès à la justice, les parties renoncent provisoirement, en l'occurrence, davantage à un recours au droit.

⁵⁶ Voy. ég. C. JARROSSON, « Médiation et conciliation : définition et statut juridique », *Gaz. Pal.*, 21-22 août 1996, pp. 3-5 ; P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « Introduction au processus en matière civile et commerciale », in *La médiation civile et commerciale. Actes du colloque du 21 janvier 2000*, Bruxelles, la Charte – AJN, 2000, pp. 3-5 ; H. FUNCK, « De commun accord, promouvoir la conciliation et la médiation en droit du travail », *Ors*, n° 8-9, 2003, pp. 7-9 ; P.-P. RENSON, « Le droit de la médiation et le droit des biens », *loc. cit.*, 2008, pp. 18-20 ; S. AMRANI MEKKI, « La clause de conciliation », in *La médiation*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 29-46 ; E. POTTIER et A. COIBION, *op. cit.*, in *Guide juridique de l'entreprise*, 2006, Livre 27.1, pp. 11-25 ; v° *conciliation*, in *Dictionnaire de la résolution amiable des différends*, *op. cit.*, 2015, pp. 84-86.

⁵⁷ Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005.

⁵⁸ Proposition de loi, Développements, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2003-04, n° 51-327/1, p. 7.

de solution, et donc à influencer le contenu de l'accord escompté à terme⁵⁹. À la différence, le terme médiation s'indique lorsque le tiers guide du processus de négociation se retient par principe de telles ingérences.

En droit belge, même si la frontière demeure fragile en pratique⁶⁰, on estime généralement que la conciliation se distingue de la médiation principalement par la qualité du tiers qui est amené à accompagner la recherche d'une solution négociée et les prérogatives qui lui sont dévolues. Ainsi associe-t-on souvent la conciliation à l'intervention d'un tiers-juge⁶¹ (conciliation judiciaire), une telle mission intégrant directement son office en vertu de l'article 731 du Code judiciaire⁶².

14. Médiation et arbitrage. Comme nous le verrons, la clause compromissoire est également une clause conventionnelle, mais elle porte l'engagement des parties à recourir à un ou plusieurs arbitres pour régler leur différend. Deux points saillants de distinction méritent l'attention. Premièrement, du point de vue des parties, la clause compromissoire a pour objet d'abandonner la résolution du différend à un tiers amené à *trancher le litige* par *application des règles de droit*⁶³, ce qui rapproche la procédure arbitrale de la procédure judiciaire. Ensuite, la clause d'arbitrage emporte une renonciation définitive au recours juridictionnel – elle est une renonciation abdlicative⁶⁴ – alors que la clause de médiation ne fait que l'aménager, emportant tout au plus une renonciation temporaire, et qui se veut non préjudiciable⁶⁵.

CHAPITRE 3. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA CLAUSE DE MÉDIATION

15. Le Code judiciaire. Du vœu du législateur, les clauses de médiation sont par principe valides. L'article 1725, § 1^{er}, du Code judiciaire confirme, en effet, sans doute possible que les parties peuvent, par convention, renoncer au recours à la

⁵⁹ Dans ce sens, B. BEELDENS, *op. cit.*, R.G.D.C., 2010, p. 267, n° 29.

⁶⁰ *Ibid.*, n° 30.

⁶¹ Dans la pratique, d'autres tiers peuvent présenter une telle qualité, comme ce peut être par exemple le cas d'un expert.

⁶² Selon le 1^{er} alinéa de cette disposition, en effet, « *Sans préjudice des dispositions des articles 1724 à 1737, toute demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger et sur des objets susceptibles d'être réglés par transaction, peut être préalablement soumise, à la requête d'une des parties ou de leur commun accord, à fin de conciliation au juge compétent pour en connaître au premier degré de juridiction* ». On notera utilement que cette disposition consacre le principe de la confidentialité de la conciliation, que ce mode partage avec la médiation (art. 1728, C. civ.). Sur la conciliation, voy. aussi les art. 732 à 734 du Code judiciaire.

⁶³ On notera, toutefois, que les parties peuvent prévoir dans la convention d'arbitrage que le tribunal arbitral tranchera en qualité d'amiable compositeur, ce que le Code judiciaire autorise d'ailleurs expressément (art. 1710, § 3, C. jud.). Cette qualité permet au tribunal arbitral de « *s'affranchir des règles de droit et tempérer leur rigueur par une appréciation inspirée de l'équité* » (Mons, 17 juin 1980, J.T., 1981, p. 100).

⁶⁴ Voy. *infra* n° 39.

⁶⁵ Art. 1729, C. jud.

justice et à l'arbitrage et leur préférer ce mode alternatif de résolution de leurs conflits.

Pour le reste, l'article 1724 du Code judiciaire exige uniquement que l'objet du processus de médiation porte sur une matière susceptible de faire l'objet d'une transaction⁶⁶ et les articles 1733 (médiation libre) et 1736 (médiation judiciaire) ajoutent que, saisi d'une demande d'homologation de l'accord de médiation, le juge est tenu de vérifier que celui-ci ne porte aucune dérogation à des dispositions d'ordre public⁶⁸ – ce qui s'apprécie donc ultérieurement, au terme du processus⁶⁹, non au moment de la stipulation de la clause.

On notera qu'en l'absence d'interdiction formelle comparable à celle qu'édicte l'article 577-4, § 4, du Code civil pour ce qui concerne l'arbitrage, une clause de médiation peut être valablement stipulée dans un règlement de copropriété⁷⁰.

⁶⁶ Il pourra s'agir de mettre fin à un litige existant ou d'éviter un litige à naître dès lors qu'il y a, cependant, des concessions réciproques. Lorsque la matière fait, en outre, l'objet de dispositions impératives ou d'ordre public, il convient de s'assurer que l'on peut transiger et une telle transaction ne sera possible que dans les marges déterminées par la loi, ce qui s'apprécie au stade de l'accord de médiation (non au moment de la stipulation de la clause ou de l'initiation du processus). Comme le précisent les travaux préparatoires, repris par de nombreux auteurs, « la vérification de la possibilité pour les parties de recourir à la transaction pour solutionner un litige ne doit pas s'apprécier au début du litige, mais bien lorsque les parties ont trouvé un accord. En effet, si un litige survient dans une matière réglementée par de nombreuses dispositions d'ordre public, cela ne signifie pas pour autant que les parties ne peuvent pas transiger mais seulement que leur marge de manœuvre dans ce cas s'en trouve réduite. Une médiation pourra dès lors être initiée dans la plupart des cas, et c'est au moment de la formalisation de l'accord, et en particulier lors de son éventuelle homologation qu'un contrôle devra être exercé relativement à l'ordre public et à la possibilité pour les parties de conclure une transaction sur les litiges qui les opposent » (O. CAPRASSE, « La médiation en droit commercial », in *La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Limal, Anthemis, 2008, p. 76, n° 18 qui reprend *Doc. parl.*, chambre, session ordinaire 2004-2005, doc. n° 510327/012, pp. 3-4). Cons. également l'article 1^{er}, § 2, de la directive 2008/52/CE.

⁶⁷ On notera que la formulation de l'article 1724 C. jud. devrait être modifiée dans le cadre de la réforme attendue afin de présenter un champ plus large englobant tout différend de nature patrimoniale ou de nature non patrimoniale susceptible d'être réglé par transaction, qu'il soit national ou transfrontalier, en ce compris celui qui implique une personne morale de droit public.

⁶⁸ Ces dispositions précisent, en effet, que le juge peut refuser l'homologation de l'accord obtenu au terme de la médiation s'il est contraire à l'ordre public ou à l'intérêt de l'enfant (médiation familiale). On notera, par ailleurs, que l'article 6, § 1^{er}, de la directive vise également le respect des lois impératives, ce qui n'a pas été correctement transposé en droit belge (s'agissant, du moins, du domaine d'application de ladite directive). Pour plus de développements, voy. aussi A. THILLY, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2006, pp. 529 et s.

⁶⁹ O. CAPRASSE, *op. cit.*, 2008, p. 76 ; M. GONDA, « Les spécificités de la médiation sociale », in *La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Limal, Anthemis, 2008, p. 83, n° 56 ; G. DE LEVAL, « Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire », in *La nouvelle loi sur la médiation*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 57.

⁷⁰ P.-P. RENSON, « Chapitre 1, La médiation civile », in Th. MARCHANDISE (dir.), *Une autre justice possible ?*, *op. cit.*, p. 36.

Quant à la médiabilité subjective, on relèvera enfin que, dans l'état actuel de notre droit, en l'absence d'arrêté royal les autorisant à ce faire, les personnes morales de droit public ne sont pas autorisées à s'engager dans un processus de médiation tel que prévu par le Code judiciaire⁷¹. La lettre de cette disposition légale peut conduire à conclure que la clause de médiation à laquelle de telles personnes souscriraient ne devrait pas recevoir effet⁷². C'est toutefois négliger qu'il convient d'interpréter le droit belge de façon conforme à la directive 2008/52/CE, qui eut dû être transposée au plus tard le 21 novembre 2010⁷³, à tout le moins dans le cadre limité de son domaine d'application.

16. Le Code civil. Par sa qualité de clause conventionnelle, la clause de médiation doit respecter les conditions de validité de toute convention et, en particulier, conformément à l'article 1108 du Code civil, (i) faire l'objet d'un consentement libre et éclairé, (ii) être conclue entre des contractants capables de contracter⁷⁴, (iii) présenter un objet licite et déterminé ou déterminable et (iv) avoir une cause licite⁷⁵.

Il convient spécialement de s'assurer de la réalité du consentement donné à la clause, et à la renonciation qu'elle emporte, ainsi qu'à la disponibilité des droits et obligations sous-jacents⁷⁶.

17. Des limites additionnelles issues des législations impératives protectrices de la partie faible au contrat ? Comme pour toute clause, il convient de s'assurer du respect des éventuelles législations plus protectrices, comme celles relevant du droit de la consommation que l'on retrouve notamment dans le livre VI du Code de droit économique (ci-après CDE) s'agissant des contrats entre entreprises et consommateurs⁷⁷. On songe spécialement au régime de lutte contre les clauses abusives⁷⁸, auquel il pourra être fait appel, moyennant une application conforme aux principes généraux sur lesquels un tel dispositif repose⁷⁹. Si, en droit belge,

⁷¹ Sous réserve toutefois de législations qui prévoient de façon spécifique le recours à la médiation. Voy. spéc. D. RENDERS et T. BOMBOIS, « La médiation en droit public », in *La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, loc.cit., 2008, pp. 141-211.

⁷² M. DEVENYN, « Art. 1725 Ger.W. », *op. cit.*, p. 72, n° 10.

⁷³ Article 12 de la directive.

⁷⁴ L'accord de médiation devra être conclu entre des parties capables de transiger (art. 2044 et s. C. civ.).

⁷⁵ Voy. à ce sujet M. DEVENYN, « Art. 1725 Ger.W. », *op. cit.*, pp. 70 et s. ; C. MATTHIJS *et al.*, *Médiation en matière civile et commerciale, Guide pratique*, Gand, Story Publishers, 2011, p. 30.

⁷⁶ La clause de médiation est un acte de disposition. Voy. aussi, sur cette exigence, l'article 1^{er}, § 2, de la directive 2008/52/CE.

⁷⁷ Voy. not. l'article VI. 83, 7° et 23° du CDE.

⁷⁸ Voy. aussi M. DEVENYN, « Art. 1725 Ger.W. », *op. cit.*, p. 71, n° 7.

⁷⁹ On notera utilement que la question de l'applicabilité des législations consuméristes a été posée en France et a donné lieu à un arrêt de la 1^{re} chambre de la Cour de cassation rendu le 1^{er} février 2005. En l'espèce, était questionnée la validité d'une clause prévue dans un contrat de syndic en vertu de laquelle « *En cas de litige pour l'exécution du présent contrat, les parties s'efforcent de trouver une solution amiable. À ce titre, le syndic accepte l'intervention d'associations d'usagers et des syndicats professionnels,*

aucune clause en lien avec le choix d'un mode alternatif de résolution des différends n'est déclarée abusive en soi (liste « noire »), il n'en reste pas moins que le juge (ou l'arbitre) se doit de vérifier qu'en égard aux circonstances spécifiques de la cause, une telle stipulation n'a pas *de facto* créé un déséquilibre significatif des droits et obligations des parties au détriment du consommateur⁸⁰. Par ailleurs, il s'assurera que le consommateur n'a pas été privé de son droit d'accès à la justice, ce dernier se trouvant uniquement modalisé⁸¹.

Il en va de façon comparable d'autres législations, comme la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail⁸². Aucune limitation de principe n'y est contenue pour ce qui concerne la médiation, contrairement aux réserves émises relativement aux clauses compromissaires⁸³. Le Tribunal du travail de Gand a admis la validité de principe d'une clause de médiation insérée dans un contrat de travail⁸⁴.

18. Le sort de la clause en cas d'invalidation du contrat. Reste la question de savoir si la validité de la clause de médiation est dépendante de celle du contrat dans lequel elle est insérée. L'article 1725 du Code judiciaire prévoit, d'une part, que la clause peut être mise en œuvre en présence de conflits portant sur la validité du contrat dans lequel elle est insérée (§ 1^{er}) et il reconnaît, d'autre part, au juge ou à l'arbitre le pouvoir de ne pas donner effet⁸⁵ à la clause si elle n'est pas valable ou a pris fin (§ 2)⁸⁶. Ces dernières précisions plaident, selon nous, en faveur de la reconnaissance d'une autonomie de la clause de médiation⁸⁷, ce qui n'exclut

par l'intermédiaire d'une commission de conciliation. Il en est de même pour les litiges qui viendraient à naître entre le syndic et un ou plusieurs copropriétaires. Toutefois, l'avis du conseil syndical sera requis pour cette commission de conciliation ; ladite commission n'émet qu'un avis qui peut ne pas satisfaire l'une ou l'autre des parties. » La haute juridiction applique alors les critères classiques applicables. Elle constate que pour déclarer abusive une telle clause, la cour d'appel a relevé que le fait de contraindre un copropriétaire à un préliminaire de conciliation présente un caractère abusif, mais considère « *Qu'en statuant ainsi, alors que la clause précitée, exempte d'un quelconque déséquilibre significatif au détriment du consommateur, ne revêt pas un caractère abusif, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* »

⁸⁰ Par ailleurs, ultérieurement, si un accord de médiation est soumis en vue d'une homologation, le juge s'assurera de sa validité. En effet, l'homologation pourrait ne pas être accordée si l'accord n'a pas été légalement formé (art. 1043, C. jud.). De son côté, durant le processus, le médiateur est tenu de veiller à ce que ce processus demeure respectueux de la situation de vulnérabilité du consommateur. Le médiateur pourrait, notamment, mettre un terme à son intervention s'il apparaît que le professionnel use de sa position dominante au détriment du consommateur (voy. les art. 19-20 et 22-23 du Code de déontologie du médiateur agréé établi par la Commission fédérale de médiation).

⁸¹ Par ailleurs, aucun accord ne saurait emporter dans le chef du consommateur une renonciation anticipée aux protections légales impératives.

⁸² *M.B.*, 22 août 1978.

⁸³ Voy. les articles 13 et 69 de la loi en ce qui concerne la clause d'arbitrage.

⁸⁴ T.T. Gand (4^e ch.), 24 juin 2010, *T.G.R.*, 2011, p. 190.

⁸⁵ Sur les effets prévus par le Code judiciaire, voy. *infra* n° 27 et s.

⁸⁶ M. DEVENYN, « Art. 1725 Ger.W. », *op. cit.*, p. 70.

⁸⁷ Sur une même faveur, en France, voy. P. ANCEL et M. COTTIN, *op. cit.*, D., 2003, 1386, B ; S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, in *La médiation*, Paris, Dalloz, 2009, p. 32 ; P. ANCEL, *op. cit.*, 2015, pp. 223-225.

toutefois pas que sa nullité résulte d'un vice entachant plus largement le contrat⁸⁸. Pour le reste, à la demande d'un des litigants, fût-ce pour le motif qu'il n'entend pas se soumettre au processus, le juge ou l'arbitre⁸⁹ peut donc être tenu d'apprécier la validité de la clause et de constater, au terme d'un tel examen, qu'elle doit être privée d'effet, de sorte qu'il peut connaître du litige dont il est saisi. Il nous semblerait toutefois plus judicieux que le législateur consacre expressément une pleine « séparabilité », comme c'est le cas en matière d'arbitrage⁹⁰.

CHAPITRE 4. LES EFFETS DE LA CLAUSE DE MÉDIATION ET LES SANCTIONS DE SA MÉCONNAISSANCE

Section 1^{re}. Les obligations nées de la stipulation de la clause de médiation

19. Introduction. Selon la doctrine, en souscrivant une clause de médiation, les parties s'engagent personnellement à deux obligations contractuelles distinctes, d'intensité variable et qui se succèdent dans le temps : l'obligation d'organiser la médiation et l'obligation d'y prendre part de bonne foi.

20. L'obligation de mettre en œuvre la médiation. La première obligation, que l'on qualifie volontiers de résultat⁹¹, est celle de donner exécution à la clause souscrite, en acceptant le principe de la médiation préalablement à toute procédure judiciaire ou arbitrale. Le respect d'une telle obligation se traduit donc par une abstention à saisir un juge ou un arbitre lorsqu'un différend émerge et entre dans le domaine d'application de la clause (obligation de *non facere*). À l'inverse, la saisine du juge ou de l'arbitre sera en soi constitutive d'une faute susceptible d'engager une responsabilité contractuelle, sous réserve de la preuve d'une cause étrangère exonératoire.

On admet largement que donner une pleine exécution à la clause impose, en outre, positivement aux contractants d'organiser la médiation, c'est-à-dire de désigner un médiateur, d'assister à la séance d'introduction, de contribuer à l'élaboration du protocole de médiation⁹², mais aussi d'être physiquement présents⁹³ aux

⁸⁸ Cons. K. ANDRIES, *op. cit.*, 2007, n° 17-18 cité par M. DEVENYN, « Art. 1725 Ger.W. », *op. cit.*, p. 72, n° 10 ; J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, 2008, p. 103, n° 208.

⁸⁹ Non le médiateur puisqu'il ne jouit d'aucun pouvoir juridictionnel. *Contra* : J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, 2008, p. 102, n° 208 (« le médiateur, comme l'arbitre, est habilité à statuer sur sa propre compétence et [...] s'il est amené à constater la nullité du contrat principal, il doit apprécier si le vice constaté affecte également la clause de médiation », ces auteurs appliquant ici par analogie les art. 1697.1 et 1697.2 du Code judiciaire).

⁹⁰ Article 1690 du Code judiciaire. Voy. à ce propos *infra* n° 40.

⁹¹ S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, in *La médiation*, 2009, p. 41, n° 24 ; B. GAYSE, « Bemiddeling », *NJW*, 2005, p. 446 ; C. MATTHIJS *et al.*, *op. cit.*, 2011, p. 31 ; J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, 2008, p. 100, n° 205 ; Ph. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage, Rép. not.*, tome XIII, 2000, n° 29.

⁹² Et, dès lors, de payer les honoraires du médiateur.

⁹³ Le cas échéant, par l'intermédiaire d'une personne ayant un pouvoir de représentation.

séances de médiation⁹⁴. À notre connaissance, aucune décision n'a consacré une telle précision des devoirs incombant aux parties contractantes, mais l'on peut estimer qu'il s'agit là effectivement des exigences « matérielles » minimales auxquelles sont tenues les parties, fût-ce si elles prétendent se prémunir de la mise en cause de leur responsabilité ou éviter les effets de la sanction que prévoit le Code judiciaire.

En France, deux illustrations jurisprudentielles méritent toutefois l'attention. Premièrement, dans un arrêt du 30 octobre 2007⁹⁵, la 3^e chambre civile de la Cour de cassation a décidé que le respect de la clause de médiation (ou de conciliation) implique non seulement de tenter un tel processus, mais aussi de respecter strictement la procédure que la clause a, le cas échéant, conventionnellement prévue⁹⁶. Deuxièmement, dans un arrêt rendu le 8 avril 2009⁹⁷, la 1^{re} chambre a estimé, pour sa part, qu'en présence d'une clause stipulant que la saisine du tribunal de commerce ne peut intervenir qu'en cas d'échec ou de refus de la médiation, un litigant n'est pas admis à refuser par avance une procédure de médiation qui n'a pas encore été mise en œuvre : l'initiation du processus de médiation est obligatoire⁹⁸. L'arrêt est aussi, et surtout, intéressant en raison de l'interprétation qui est réservée à la précision « *en cas de refus de la médiation* »⁹⁹, laquelle précision conditionnait la saisine du tribunal. Les juges du fond avaient privilégié une lecture favorable à la médiation et jugé qu'en présence d'une telle clause, le refus admissible d'initier le processus de médiation ne peut résulter *que* d'une volonté commune des parties, là où un refus unilatéral n'est autre qu'une méconnaissance de la clause. Sous le visa de l'article 1134 du Code civil, la Cour de cassation avaisine cette interprétation : « *ayant relevé que la saisine du tribunal de commerce ne pouvait intervenir qu'en cas d'échec ou de refus de la médiation, c'est à bon*

⁹⁴ Dans ce sens voy. aussi M. GONDA, « Proposition pour une théorie générale de la médiation », in *La médiation civile et commerciale. Actes du colloque du 21 janvier 2000*, Bruxelles, la Charte, 2000, p. 28.

⁹⁵ Cass.fr.civ.3, 30 octobre 2007, Pourvoi n° 06-13366, *Bull.*, 2007, I, n° 329 et *J.C.P. G* 2007, IV, 3173, qui casse la décision rendue par la Cour d'appel de Versailles du 25 janvier 2006.

⁹⁶ La clause, intitulée « *Médiation obligatoire* » stipulait qu'« *en cas de difficultés soulevées par l'application du présent contrat, les parties s'engagent, préalablement à toute action contentieuse, à soumettre leur différend à deux membres du Conseil départemental de l'ordre des médecins des Yvelines, chacun choisissant librement l'un de ces deux membres. Ceux-ci s'efforceront de concilier les parties et de les amener à une solution amiable et ce dans un délai maximum de trois mois à compter de la désignation du premier médiateur* ». En l'espèce, la Cour refusait donc d'admettre que la clause avait reçu exécution en ce sens qu'une conciliation aurait été « *tentée devant SOS Médecins, alors que la clause prévoyait une médiation devant deux membres du conseil départemental des Yvelines, chaque partie choisissant librement l'un de ses deux membres* », ce qui n'avait pas été le cas dans les faits.

⁹⁷ Cass.fr.civ.1., 8 avril 2009, Pourvoi n° 08.10.866.

⁹⁸ Et la sanction est donc celle d'une fin de non-recevoir.

⁹⁹ La clause stipulait plus précisément qu'« *en cas de litige relatif à l'interprétation ou l'exécution d'une disposition du présent contrat, les parties désignent d'ores et déjà un médiateur et d'un commun accord, M. le président du syndicat des fournisseurs pour coiffeurs et coiffeurs parfumeurs* » et que « *en cas d'échec ou de refus de la médiation, le tribunal de commerce de Paris sera seul compétent pour connaître les litiges susvisés* ».

droit que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à de simples allégations dénuées d'offre de preuve, en a déduit que la société MGC International ne pouvait, par avance, refuser une procédure de médiation qui n'avait pas encore été mise en œuvre ».

21. L'obligation de négocier loyalement. La seconde obligation, qualifiée de moyens¹⁰⁰, est une obligation personnelle de *facere*, celle de *tendre* à parvenir à un accord de médiation¹⁰¹. On approche, et apprécie, alors le comportement des parties médiées durant le processus.

J. Cruyplants, M. Gonda et M. Wagemans¹⁰² estiment ainsi spécialement que celui qui ne collabore pas à la recherche d'un accord – que ce soit en n'étant pas présent ou, étant présent, en la faisant (sciemment) échouer ou en refusant de négocier loyalement – commet un abus de droit, sauf à établir une faute dans le chef de l'autre ou l'existence de circonstances rendant impossible la médiation. Selon P.-P. Renson¹⁰³, « *il serait déraisonnable de prétendre qu'il suffit d'accepter le recours à la médiation pour satisfaire à la clause de médiation. En effet, cette clause [...] tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite [...]. En présence d'une clause de médiation, il faut donc accepter de "jouer le jeu", sans être nécessairement tenu d'aller jusqu'au bout du processus de médiation, entre autres, si aucune solution au litige n'est trouvée par les parties ou si aucune solution ne recueille leur accord [...].* »

À cet égard, les obligations qui incombent parties ne sont, en l'occurrence, guère différentes de celles communément imposées aux négociateurs dans le cadre des pourparlers préliminaires à la conclusion d'un contrat. Le cas échéant, la faute s'appréciera dès lors selon les mêmes critères¹⁰⁴. Il s'ensuit aussi que si l'échec de la médiation ne peut être en soi constitutif d'une faute, les circonstances dans lesquelles un tel échec intervient peuvent lui donner pareille coloration¹⁰⁵.

Section 2. Les parties obligées par la clause et les tiers

22. Les parties obligées par la clause. Conformément aux principes généraux, sont parties à la clause de médiation les personnes, physiques ou morales, qui, en leur nom et pour leur compte, ont conclu le contrat qui la renferme, ainsi que

¹⁰⁰ L'obtention d'un accord ne peut, bien entendu, pas être une obligation de résultat. On ne s'engage ici pas à parvenir à un accord, mais bien à mettre tout en œuvre, de bonne foi et loyalement, pour parvenir à un accord, de façon comparable à ce qui est admis dans le cours de négociations précontractuelles.

¹⁰¹ Ph. DE BOURNONVILLE, *L'arbitrage, Rép. not.*, tome XIII, 2000, n° 29.

¹⁰² J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, 2008, p. 100, n° 205.

¹⁰³ P.-P. RENSON, *La médiation civile et commerciale*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 48-49 ; P.-P. RENSON, *op. cit.*, in *La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Limal, Anthemis, 2008, p. 44.

¹⁰⁴ Sous réserve que la négociation a ici lieu dans un cadre contractuel, celui résultant de la clause ou du protocole de médiation.

¹⁰⁵ Restera, bien entendu, comme nous le verrons *infra*, la difficulté de surmonter l'obstacle résultant de l'application du principe de confidentialité que consacre l'art. 1728 du Code judiciaire.

celles qui étaient représentées et les successeurs universels et à titre universel¹⁰⁶. Il en ira de même des personnes qui, postérieurement à sa stipulation, adhèrent ou ratifient son contenu.

23. Les tiers et le principe de la relativité des conventions (article 1165 du Code civil). Comme toute clause contractuelle, la clause de médiation est une *res inter alios acta*. Elle ne lie pas les tiers. La nature contractuelle de la clause de médiation et le principe volontaire de la médiation dictent que les tiers ne peuvent être contraints de participer à un processus auquel ils n'ont pas manifesté leur accord¹⁰⁷. Ces tiers peuvent cependant se voir opposer les effets externes de la clause, être tenus de constater l'existence de la clause et la production de ses effets juridiques tels que définis par le Code judiciaire.

Des difficultés concrètes peuvent, à cet égard, se présenter. À la suite d'autres auteurs¹⁰⁸, on rappellera que les règles gouvernant la connexité et la litispendance ne trouvent à s'appliquer que lorsque deux procédures judiciaires sont en cours, ce qui n'est pas cas dans l'éventualité où une des causes fait l'objet d'un processus de médiation¹⁰⁹.

Quid, par ailleurs, lorsque le contrat contenant la clause de médiation est transmis ? Il nous semble falloir, en l'espèce, privilégier une application des principes du droit commun des obligations contractuelles et, dès lors, admettre la règle d'une soumission à la clause de médiation, sous réserve de dérogation conventionnelle. On notera qu'en France, la 3^e chambre civile de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 28 avril 2011¹¹⁰, décidé que la clause de médiation incluse dans un contrat d'architecte est opposable au tiers qui est subrogé dans les droits des maîtres de l'ouvrage/vendeurs. Selon la haute juridiction, c'est dès lors à bon

¹⁰⁶ P.-P. RENSON, « Chapitre 1, La médiation civile », in Th. MARCHANDISE (dir.), *Une autre justice possible ?*, loc. cit., p. 35 ; P.-P. RENSON, « Le droit de la médiation et le droit des biens », loc. cit., 2008, pp. 44-45 ; P.-P. RENSON, *La médiation civile et commerciale*, Limal, Anthemis, 2010, p. 48 : ces héritiers poursuivent la personnalité du défunt et sont donc parties aux contrats que ce dernier a conclus. L'auteur cite l'exemple de la clause de médiation insérée dans un contrat de bail ou dans un contrat de vente : la clause lie les héritiers sauf si le contrat a été conclu *intuitu personae* ou si la clause en dispose autrement.

¹⁰⁷ J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, 2008, p. 104, n° 210 ; M. DEVENYN, « Art. 1725 Ger.W. », *op. cit.*, p. 72, n° 12, qui ajoute, à juste titre, que le principe volontaire du recours à la médiation constitue une limite additionnelle à son imposition vis-à-vis de personnes qui n'ont pas convenu d'y recourir, ceci même s'il n'est pas exclu que des tiers interviennent ou se joignent à la médiation, en respectant les principes du Code judiciaire (en cas de médiation volontaire ou judiciaire).

¹⁰⁸ M. DEVENYN, « Art. 1725 Ger.W. », *op. cit.*, p. 73, n° 13 ; J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, 2008, pp. 104-105, n° 210-211.

¹⁰⁹ Il en va différemment des règles relatives à la divisibilité du litige au sens de l'article 31 du Code judiciaire.

¹¹⁰ Cass.fr.civ.3, 28 avril 2011, Pourvoi n° 10-30721, *Bull.*, 2011, III, n° 58.

droit que le juge du fond a déclaré la demande introduite en justice irrecevable¹¹¹ à défaut d'avoir préalablement mis en œuvre la clause, et initié un tel processus¹¹². La relativité des conventions exclut, par contre, que la clause de médiation soit opposée à la caution qui s'est engagée sur la base d'un contrat distinct de celui qui a été conclu par le débiteur principal et qui seul contenait une clause de médiation¹¹³. Un engagement personnel est requis. La caution, comme tout autre tiers, peut bien entendu ratifier la clause et solliciter sa participation au processus qui serait initié entre le créancier et le débiteur principal.

Section 3. Les sanctions de la méconnaissance de la clause de médiation

24. Introduction. En souscrivant une clause de médiation, qui a force de loi (art. 1134, al. 1^{er}, C. civ.), les parties envisagent le recours au processus de médiation comme un préliminaire obligatoire à l'introduction d'une procédure judiciaire ou arbitrale. Quelle est la sanction de la méconnaissance d'une telle clause ?

La question est déterminante dès lors que, comme l'a judicieusement relevé S. Amrani-Mekki, « l'efficacité d'une clause se mesure à l'aune de sa sanction »¹¹⁴. En l'espèce, la portée et l'effectivité de la clause de médiation peuvent être appréciées en combinant le droit matériel (Code civil) et le droit procédural (Code judiciaire), tous deux étant éligibles à offrir leurs remèdes, génériques ou spécifiques, le législateur n'ayant pas exclu l'application du droit commun des obligations conventionnelles.

§ 1^{er}. *Les sanctions puisées dans le droit commun des obligations conventionnelles*

25. Les sanctions de l'inexécution. Bien qu'applicables en leur principe, les sanctions classiques frappant la méconnaissance des obligations issues de contrats synallagmatiques¹¹⁵ se révèlent largement inopérantes dans la pratique. En effet, s'il est théoriquement possible d'exiger l'exécution en nature de la clause, le cas échéant sous astreinte¹¹⁶, encore une telle sanction se révélerait-elle peu adaptée dans les faits : contraindre une présence aux séances de négociation est une chose, espérer que le récalcitrant participe activement à un échange bénéfique à la recherche d'une solution amiable en est une autre. Par ailleurs, le principe volontaire de la médiation, qui touche à son essence, serait ici assurément mis à mal.

¹¹¹ Telle est la sanction prévue en droit français. Voy. à ce propos *infra* n° 27 et s.

¹¹² « Attendu qu'ayant constaté que les appelants agissaient par subrogation sur le fondement contractuel à l'encontre de l'architecte, la cour d'appel a exactement retenu que la clause de conciliation préalable figurant au contrat d'architecte leur était opposable, en dépit du fait qu'ils n'en auraient pas eu personnellement connaissance, et en a déduit à bon droit que leur action engagée, avant toute saisine du conseil de l'ordre des architectes, était irrecevable. »

¹¹³ Dans ce sens, voy. aussi J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, 2008, p. 104, n° 210.

¹¹⁴ Cette formule est notamment reprise par S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, in *La médiation*, 2009, p. 41, n° 22.

¹¹⁵ Article 1184 du Code civil.

¹¹⁶ Articles 1385bis et s. du Code judiciaire.

Quant à la résolution-sanction, également envisageable *a priori*, elle ne présentera guère de plus-value dans les faits, outre qu'il n'est pas certain que le manquement puisse être jugé suffisamment grave pour la fonder.

Le constat de ces limites à l'application de sanctions pleinement efficaces sur le plan contractuel a conduit certains auteurs à qualifier la clause de médiation de « clause au rabais »¹¹⁷ ; il s'agirait, en d'autres termes, d'une clause obligatoire qui ne l'est *pas vraiment*. Si ce constat peut s'imposer lorsque l'on observe la situation sous l'angle du seul droit des contrats, il omet néanmoins l'importance accordée au principe volontaire, qui imprègne et doit imprégner tout le processus de médiation. Du point de vue des praticiens, spécialement des médiateurs, la clause de médiation n'est autre qu'une clause préventive, adoptée à un moment d'union, qui tend à fixer anticipativement le cadre le plus propice à l'entame de discussions ouvertes sur la possibilité d'un accord si « *par impossible* » une désunion devait apparaître. Dans le respect des principes qui doivent guider le déroulement de la médiation, celle-ci n'emporte, à aucun moment, contrainte au processus, lequel doit demeurer libre, comme le confirme l'article 1729 du Code judiciaire : commune volonté d'initier la médiation, commune volonté dans la désignation de la personne du médiateur et commune volonté de parvenir à une solution amiable. De ce point de vue, en décidant de saisir un juge ou un arbitre, ou en refusant de participer loyalement aux échanges, une partie à la clause de médiation ne fait rien d'autre que de renoncer à celle-ci.

La question des sanctions du non-respect de la clause de médiation cristallise ainsi la tension qui se dessine naturellement entre deux principes légaux, celui du caractère obligatoire de la convention que consacre l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil (*pacta sunt servanda*) et le principe volontaire de la médiation, que reconnaît le Code judiciaire¹¹⁸.

26. La responsabilité contractuelle. Il reste, bien entendu, que, sous réserve de la preuve d'une cause étrangère exonératoire, la méconnaissance de la clause de médiation peut justifier la mise en cause de la responsabilité contractuelle de la partie défaillante¹¹⁹, permettant alors l'allocation de dommages et intérêts compensant le dommage souffert par le créancier de l'obligation en souffrance. Sous cet angle, pourtant, si la faute pourra s'avérer aisée à établir s'agissant de l'obligation de résultat souscrite, il n'en va pas de même pour ce qui concerne l'obligation de moyens. À juste titre, J. Cruyplants, M. Gonda et M. Wagemans relèvent, par ailleurs, l'obstacle dirimant que peut constituer le principe de la confidentialité du processus que consacre l'article 1728, §§ 1 et 2 du Code judiciaire¹²⁰. Selon l'actuel libellé de cette disposition, en effet, sont couverts par la confidentialité les « *documents établis et les communications faites au cours d'une procédure*

¹¹⁷ S. AMRANI-MEKKI, *op. cit.*, in *La médiation*, 2009, p. 41, n° 23.

¹¹⁸ Voy. aussi l'article 1731. Voy. les questionnements formulés par P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, *op. cit.*, *J.T.*, 2005, p. 307, qui mettent selon nous indirectement en évidence les limites d'un raisonnement uniquement fondé sur l'application des principes du droit commun des contrats.

¹¹⁹ Articles 1147 et s. du Code civil.

¹²⁰ J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, 2008, p. 101.

de médiation et pour les besoins de celle-ci *sont confidentiels* »¹²¹. L'obligation de confidentialité qui s'impose aux parties médiées contrariera ainsi *de facto* la preuve de la faute résultant d'une participation non constructive ou factice à la recherche d'un accord¹²².

Par ailleurs, le demandeur devra établir l'étendue de son dommage¹²³ – alors que tout processus de négociation, même mené avec diligence et loyauté, présente une part d'incertitude quant à son issue – ainsi que le lien de causalité entre celui-ci et la faute.

§ 2. Les sanctions puisées dans le droit judiciaire

27. Une reconnaissance de l'efficacité de la clause. Le législateur s'attache toutefois à assurer une pleine efficacité de la clause de médiation sur le plan procédural. L'article 1725, § 2 du Code judiciaire porte, en effet, que « *Le juge ou l'arbitre saisi d'un différend faisant l'objet d'une clause de médiation suspend l'examen de la cause à la demande d'une partie, à moins qu'en ce qui concerne ce différend, la clause ne soit pas valable ou ait pris fin* ». Il ajoute, par ailleurs, que « *L'exception doit être proposée avant tout autre moyen de défense et exception* » et que « *L'examen de la cause est poursuivi dès que les parties ou l'une d'elles, ont notifié au greffe et aux autres parties que la médiation a pris fin* ».

28. Le principe : une fin de non-procéder. Le juge ou l'arbitre qui constate que les parties n'ont pas renoncé sans équivoque à une clause de médiation, par ailleurs valide et encore effective, est ainsi tenu de suspendre la procédure dans l'attente que cette formalité soit accomplie et il ne pourra reprendre sa saisine qu'après que les parties, ou l'une d'elles, auront « *notifié au greffe et aux autres parties que la médiation a pris fin* ». La précision légale traduit ainsi parfaitement la nature processuelle de la clause sur le plan de ses effets. Une telle clause érige une obligation de *non facere*¹²⁴ et, sur le plan de la procédure, sa méconnaissance justifie la suspension du droit d'action jusqu'au terme du processus de médiation.

Plusieurs précisions s'imposent.

Premièrement, le régime de la clause de médiation est celui de la fin de non-procéder, qui entraîne une suspension de la procédure judiciaire ou arbitrale¹²⁵ et

¹²¹ Nous soulignons.

¹²² Par contre, à suivre strictement le libellé de la loi, ce que nous pensons devoir faire, une telle obligation ne semble pas s'imposer lorsque la médiation n'a pas du tout été initiée, outre que l'invocation du principe de la confidentialité serait déloyal, les principes et protections prévues par le Code judiciaire aux fins de faciliter la médiation étant alors détournés de leur finalité.

¹²³ Voy., à ce propos, J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, 2008, pp. 100-101. Les articles 1147 et suivants du Code civil doivent ici guider l'appréciation judiciaire du dommage.

¹²⁴ Voy. *supra* n° 21.

¹²⁵ B. BEELDENS, *op. cit.*, R.G.D.C., 2010, p. 369, n° 40 ; P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, *op. cit.*, J.T., 2005, p. 306 ; G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, R.G.D.C., p. 127, n° 8 ; J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, 2008, p. 100, n° 205 (qui souligne qu'une telle surséance « *présente l'avantage de laisser subsister la procédure et donc, en cas d'aboutissement de la médiation, lorsqu'il s'agit d'une médiation libre, de*

non, comme en France¹²⁶, celui d'une irrecevabilité¹²⁷. Une telle sanction a pour avantage que le juge ou l'arbitre reste saisi du litige et pourra ensuite donner force exécutoire à l'accord obtenu à l'issue du processus¹²⁸.

C'est ici un autre point qui distingue le régime de la clause de médiation de celui qui est applicable à la clause compromissoire, l'article 1679 du Code judiciaire énonçant en effet, pour sa part, que « *Le juge saisi d'un différend faisant l'objet d'une convention d'arbitrage se déclare incompétent à la demande d'une partie, à moins qu'en ce qui concerne ce différend la convention ne soit pas valable ou n'ait pris fin* ».

Deuxièmement, l'article 1725 (i) exige que la cause de surséance soit invoquée *in limine litis*, c'est-à-dire avant tout autre moyen ou exception, dès le début du procès¹²⁹, et (ii) elle ne peut l'être que par l'autre partie. Le juge ou l'arbitre n'est donc pas admis à soulever d'office le non-respect de la clause, la règle ne ressortissant pas de l'ordre public¹³⁰.

Sous cette réserve, la partie qui entend voir la clause appliquée est habilitée à contrarier l'action introduite en méconnaissance de l'engagement qu'elle porte, le Code judiciaire lui offrant ainsi une sanction en nature originale¹³¹.

Troisièmement, la fin de non procéder présente un effet temporaire : le traitement judiciaire ou arbitral de l'affaire litigieuse devra être poursuivi dès que les parties, ou l'une d'elles, auront notifié au greffe et aux autres parties la fin de la médiation¹³².

Enfin, le Code judiciaire porte que la suspension peut être refusée par le juge ou l'arbitre lorsque la clause n'est pas applicable, parce qu'elle est nulle ou a pris fin.

le rendre compétent pour donner force exécutoire à l'accord qui sera conclu »). Pour une application récente, voy. J.P. Woluwé, 23 novembre 2015, *J.J.P.*, 2016, pp. 248-250.

¹²⁶ Voy. not. Cass.fr.ch.mixte, 14 février 2003, *Bull. civ.*, n° 1 publié in *D.*, 2003, *Jur.*, 1386, note P. ANCEL et M. COTTIN ; Cass.fr.civ.3, 6 octobre 2016, Pourvoi n° 15-17989 (qui décide, par ailleurs, que cette cause n'est pas régularisable en cours d'instance).

¹²⁷ Le principe a d'abord été consacré par la Cour de cassation : voy. P. ANCEL et M. COTTIN, « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *D.*, 2003, p. 1386 et s. En ce qui concerne le droit belge, cons. M. DEVEMYN, p. 74, n° 18.

¹²⁸ J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, 2008, p. 100, n° 205.

¹²⁹ Voy. aussi P.-P. RENSON, « Le droit de la médiation et le droit des biens », *op. cit.*, 2008, p. 44 ; G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2012, p. 127, n° 8 ; J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, 2008, p. 99, n° 205. Pour une application, voy. J.P. Woluwé, 23 novembre 2015, *J.J.P.*, 2016, pp. 248-250 ; T.T. Gand (4^e ch.), 24 juin 2010, *T.G.R.*, 2011, p. 190.

¹³⁰ B. BEELDENS, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2010, p. 269, n° 41 ; P. VAN LEYNSELEE et F. VAN DE PUTTE, *op. cit.*, *J.T.*, 2005, pp. 306-307 ; E. POTTIER et A. COIBION, *op. cit.*, in *Guide juridique de l'entreprise*, 2006, Livre 27.1, p. 14, n° 90.

¹³¹ P. VAN LEYNSELEE et F. VAN DE PUTTE, *op. cit.*, *J.T.*, 2005, p. 306. Voy. aussi sur la sanction G. BLOCK, « La sanction attachée au non-respect d'une clause de conciliation ou de médiation obligatoire », in *Liber amicorum Raymond Martin*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 69-84.

¹³² Ce qui peut bien naturellement être le cas en l'absence d'accord.

29. Un renforcement de la sanction : la mise à charge de la partie défaillante des dépens. On notera utilement que, dans un jugement du 23 novembre 2015¹³³, le Juge de paix de Woluwé a jugé que le non-respect de la clause de médiation résultant de sa saisine peut justifier que les dépens soient mis à charge de la partie défaillante : « *Dans la mesure où le [locataire] demandeur a purement et simplement ignoré la clause de médiation contenue dans la convention et les invitations à la médiation formulées par la [bailleresse] défenderesse, nous délaissions les dépens à [sa] charge [...]* »¹³⁴.

30. Une nuance : la possibilité de solliciter des mesures provisoires ou conservatoires. Ceci étant, le législateur prévoit que, comme c'est le cas en présence d'une clause compromissoire¹³⁵, la clause de médiation ne prive pas les parties de leur faculté de solliciter des mesures provisoires ou conservatoires (comme une demande d'expertise). De ses vœux, une telle demande n'emporte pas renonciation à la médiation¹³⁶ (art. 1725, § 3, C. jud.) – et son examen ne peut être suspendu au motif que la clause de médiation existe¹³⁷.

P. Van Leynseele¹³⁸ a souligné le risque que présentent de telles demandes quant au maintien du lien de confiance que la médiation, menée en parallèle, tente précisément de recréer ou de renforcer. C'est un fait, mais il convient de ne pas surestimer un tel risque, médiation et procédure judiciaire pouvant, dans certains cas, également être complémentaires et rencontrer les intérêts des parties à la médiation.

¹³³ J.P. Woluwé, 23 novembre 2015, *J.J.P.*, 2016, pp. 248-250. En l'espèce, il s'agissait d'une convention de bail renfermant une clause de médiation libellée comme suit : « *Les parties marquent dès à présent leur volonté commune de régler rapidement et via une procédure simple tout conflit susceptible de surgir entre elles. En conséquence, tout différend relatif à la présente convention et toutes ses suites sera soumis à un médiateur.* » Un conflit survient à propos des dégâts locatifs. Le locataire saisit le juge de paix et la bailleresse demande que celui-ci constate l'irrecevabilité de la demande à défaut d'avoir mis en œuvre la clause de médiation. Elle affirme également que l'introduction d'une demande en justice constitue, dans le chef de la demanderesse, une procédure téméraire et vexatoire, et souligne avoir à deux reprises sollicité l'entame d'une médiation. Selon le magistrat, « *la loi ne prévoit nullement qu'une demande introduite en dépit de l'existence d'une clause de médiation peut être déclarée irrecevable. Il convient dès lors de déclarer la demande recevable et de constater que la partie défenderesse ne sollicite pas la suspension de l'examen de la cause en application de l'article 1725 du Code judiciaire.* »

¹³⁴ Il ajoutait, par ailleurs, que « *Le simple fait [que la procédure] ait été introduite en dépit de l'existence d'une clause de médiation ne rend pas cette procédure abusive mais justifie simplement que les dépens soient délaissés à charge de la demanderesse* ».

¹³⁵ Article 1679 du Code judiciaire.

¹³⁶ Article 1725, § 3, du Code judiciaire. Pour une application, voy. Civ. Namur (réf.) (8^e ch.), 4 mai 2010, *J.T.*, 2011, liv. 6419, p. 13 et *J.L.M.B.*, 2012 (sommaire), liv. 23, 1113 (« *Une clause contractuelle ou statutaire engageant les parties à soumettre leur litige à la médiation ne donne pas lieu à déclinatoire de juridiction et, par ailleurs, n'empêche pas l'une d'elles de saisir le juge des référés de mesures provisoires ou conservatoires* »).

¹³⁷ J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, 2008, p. 53.

¹³⁸ P. VAN LEYNSEELE, « La structure de la loi du 21 février 2005 sur la médiation », in *La nouvelle loi sur la médiation*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 36 ; J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, 2008, p. 53, selon qui « *en règle, le recours à ce type de procédure peut mettre la médiation en péril* ».

CHAPITRE 5.

CONSIDÉRATIONS PRATIQUES : QUEL CONTENU DONNER À UNE CLAUSE DE MÉDIATION ?

31. Une libre détermination du contenu de la clause. Dans la pratique, la rédaction des clauses de médiation n'a pour limite que la volonté des parties, selon le principe de l'autonomie de la volonté, qui n'est nullement écarté en la matière.

Des difficultés peuvent toutefois se présenter, au délicat moment de la mise en œuvre de clause, si celle-ci est lacunaire ou n'est pas clairement rédigée. On ne peut qu'inciter les rédacteurs de clauses à œuvrer avec grand soin, en veillant à ce qu'elles reflètent la volonté des parties et renferment les points qui sont d'ores et déjà acquis ou qui, *ex ante*, ne sont pas conflictuels. Leur précision peut, en effet, permettre d'éviter des discussions susceptibles de retarder ou entraver la mise en œuvre du processus. Aussi voudrions-nous, à présent, attirer l'attention du lecteur sur quelques points qu'il peut¹³⁹ être utile de prévoir dans une clause de médiation, tout en n'omettant pas d'attirer son attention sur l'existence de nombreux modèles disponibles sur internet.

32. La portée de la clause. Il nous paraît au minimum exigé de clairement stipuler que la médiation est entendue comme un préalable obligatoire à la saisine d'un juge et/ou d'un arbitre. Quelle que soit la formulation retenue, on sera donc attentif à libeller la clause de telle sorte à prévoir que le recours à la médiation ne puisse être compris comme facultatif. On évitera, dès lors, les déclarations d'intention vagues qui risquent de ne pas présenter les effets que le législateur attribue aux clauses de médiation¹⁴⁰.

33. L'objet de la médiation. Il nous semble également falloir être prudent dans l'identification des problématiques devant donner lieu à une application de la clause de médiation. À cet égard, rappelons que, selon l'article 1725, § 1^{er}, sont visés les « *différends que la validité, la formation, l'interprétation, l'exécution ou la rupture du contrat pourrait susciter* ». Le législateur cantonne ainsi la clause aux différends contractuels. C'est dans cette perspective que s'inscrivent notamment les clauses-modèles proposées par la Commission fédérale de médiation (CFM¹⁴¹) (« *En cas de litige entre les parties relatif à la validité, à l'interprétation ou à l'exécution de la présente convention [...], les parties tenteront de résoudre ce litige par la médiation. Les parties désigneront un médiateur parmi les médiateurs agréés par la Commission fédérale de médiation.* ») et la CCAI¹⁴² (« *En cas de désaccord sur la validité, la formation, l'interprétation, l'exécution ou la rupture du présent contrat, les parties conviennent de faire appel à la Chambre de Conciliation, d'Arbitrage et de Médiation en Matière Immobilière [...]* et de

¹³⁹ Il ne s'agit pas ici de conseiller nécessairement la précision de ces points dans la clause de médiation. Nous attirons uniquement l'attention des rédacteurs de la clause sur l'intérêt qu'ils pourraient revêtir dans une situation donnée.

¹⁴⁰ J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, 2008, p. 102, n° 207. Quoique, comme déjà souligné *supra* n° 8, la voie de la médiation ne soit pas pour autant exclue.

¹⁴¹ www.fbc-cfm.be/fr/content/clauses. D'autres propositions sont reprises.

¹⁴² www.barreaudebruxelles.be/ccai/clause_type.html.

*recourir, suivant le règlement de la Chambre, à l'une des procédures suivantes [suivent les choix offerts] »*¹⁴³.

La pratique, spécialement dans le domaine arbitral, offre cependant des formulations dont la portée est sensiblement plus large. C'est notamment le cas des clauses suggérées par le CEPANI¹⁴⁴ (« *Les parties s'engagent à faire application du règlement de médiation du CEPANI pour tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci.* »¹⁴⁵) et la CCI (« *En cas de différend résultant du présent contrat ou s'y rapportant, les parties conviennent de discuter et d'envisager en premier lieu de soumettre le différend au Règlement de médiation de [...]* »¹⁴⁶)¹⁴⁷. Plus – voire trop à notre estime – étendue encore est la clause proposée par le Centre de médiation ASBL¹⁴⁸ en vertu de laquelle « *En cas de litige, les parties s'engagent à recourir prioritairement à la médiation avant de lancer une procédure judiciaire. Elles s'engagent à consulter le Centre de Médiation [...] qui se chargera de leur proposer un ou plusieurs médiateur(s) et à organiser à ses frais les séances de médiation.* »

Quelle que soit la volonté des parties, qui seule guide le choix de la formulation retenue, quelques indications nous paraissent utiles à garder à l'esprit :

- pour viser la situation justifiant le recours à la médiation, il nous paraît plus judicieux d'user d'un terme large, holistique, sans connotation juridictionnelle, tel que celui de « *différend* »¹⁴⁹ ou de « *désaccord* » ; nous suggérons, dès lors aussi de ne pas privilégier le terme « *litige* », trop connoté par l'idée d'un conflit prenant appui sur un *droit* qu'est amené à trancher un *juge* ou un *arbitre*¹⁵⁰ ;
- si le souhait est de lister les problématiques contractuelles qui donneront lieu à une médiation, on veillera soit à être exhaustif¹⁵¹ soit à introduire le terme « *notamment* », ce afin d'éviter d'omettre du champ du processus certaines pouvant pourtant judicieusement en être l'objet ;

¹⁴³ Voy. aussi l'exemple repris in A. BRIDOUX, *Les écrits en médiation selon le Code judiciaire*, Bruxelles, Larcier, coll. Prévenir, négocier, résoudre, 2015, 2^e éd., p. 139.

¹⁴⁴ Centre belge d'arbitrage et de médiation.

¹⁴⁵ www.cepani.be/sites/default/files/files/reglements/reglement2013-fr-mediation-clause-type.pdf.

¹⁴⁶ www.iccwbo.org. Cons. ég. la clause proposée par la CCI de Genève : « *Tous litiges, différends ou prétentions nés du présent contrat ou se rapportant à celui-ci, y compris la validité, la nullité, d'éventuelles violations du contrat ou sa résiliation, seront soumis à la médiation conformément au Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisse en vigueur à la date à laquelle la requête de médiation est déposée conformément audit Règlement. [...]* »

¹⁴⁷ L'Arbitration Institute (www.sccinstitute.com) ainsi que l'American Arbitration Association (www.adr.org/aaa/faces/home) proposent des clauses comparables.

¹⁴⁸ www.centredemediation.be.

¹⁴⁹ Quant au contenu que l'on peut donner à la notion de différend, voy. spéc. v° *différend* in *Dictionnaire de la résolution amiable des différends*, op. cit., 2015, p. 115.

¹⁵⁰ Dans la pratique, l'on trouve également un certain nombre de clauses qui emploient le terme « *réclamation* » ou « *demande* ».

¹⁵¹ L'exhaustivité doit ici être le reflet de la volonté des parties, mais si leur souhait est de viser l'ensemble des litiges contractuels, on se gardera de ne parler que de « *l'interprétation et l'application de l'accord* » comme on le retrouve parfois dans la pratique.

- on identifiera précisément le(s) mode(s) de résolution amiable retenu(s)¹⁵² : si la médiation est envisagée, on se gardera en particulier de formulations trop imprécises comme celle indiquant l'obligation pour les parties de recourir à une « *négociation amiable* »¹⁵³.

Il peut apparaître aussi utile de préciser ce à quoi les parties s'engagent à travers le choix de la médiation, en retenant par exemple une formulation telle que celle qui suit : « *Afin de donner effet à la présente clause, les parties s'engagent à désigner¹⁵⁴ ensemble un médiateur [agréé par la Commission fédérale de médiation¹⁵⁵] et à participer à au moins une première séance de médiation, soit en personne soit en y étant représentées par un tiers jouissant d'un pouvoir de décision¹⁵⁶.* »

34. Les clauses « à échelons »¹⁵⁷. On notera qu'en vertu du principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent prévoir une négociation amiable entre elles avant le recours à une médiation, ce dernier mode étant lui-même conçu comme un préalable aux voies juridictionnelles.

Dans le même ordre d'idées, soulignons l'intérêt que peut revêtir la précision d'un choix clair entre la procédure judiciaire et la procédure arbitrale en cas d'échec de la médiation.

Si les parties le souhaitent, elles préciseront la juridiction compétente et, le cas échéant, le droit applicable. Telle est la finalité poursuivie à travers les clauses telles que celles qui disposent qu'« *En cas d'échec de la médiation, les tribunaux de [à compléter] seront seuls compétents pour connaître du différend et le droit belge sera applicable* ».

Un certain nombre de clauses prévoient que les parties préféreront la saisine d'un arbitre ou d'un collège arbitral, que ce soit en 2° (médiation-arbitrage) ou en 3° (négociation-médiation-arbitrage) étape, le cas échéant en cantonnant le(s) processus de négociation et/ou de médiation dans un timing prédéterminé afin de

¹⁵² Voy. *infra* n° 33 pour ce qui concerne les clauses à échelons.

¹⁵³ Pour une illustration des difficultés pouvant être élevées à propos de formulations comparables, voy. Cass.fr.ch. mixte, 14 février 2003, Pourvoi n° 00-19.423, publié in *D.*, 2003, 1386, note P. ANCEL et M. COTTIN ; *R.T.D.Civ.*, 2003, 349, obs. PERROT ; Cass. fr.civ.3, 23 mai 2012, Pourvoi n° 10-27.596 ; Cass.fr.com., 12 juin 2012, Pourvoi n° 11-18.852, confirmant que l'ambiguïté de l'intention exprimée par les parties dans la clause exclut d'appliquer la sanction (fin de non-recevoir) prévue par le Code de procédure civile en présence d'une clause de médiation.

¹⁵⁴ À propos de la désignation du médiateur, voy. toutefois *infra* n° 34.

¹⁵⁵ Il s'agit d'une précaution permettant, conformément au Code judiciaire, d'obtenir l'homologation de l'accord qui serait obtenu au terme de la médiation.

¹⁵⁶ Cette dernière précision est purement indicative, ne reprenant que les obligations *a minima*, dans le respect du principe volontaire de la médiation (art. 1729, C. jud.).

¹⁵⁷ Voy. J. MIRIMANOFF (dir.), *Dictionnaire de la résolution amiable des différends, (RAD/ADR) en matières civile, commerciale, familiale et sociale*, Bruxelles, Larcier, coll. Dictionnaires Larcier, 2015, pp. 70-71 ; F. DE LY, « Drafting arbitration clause », in V. FONCKE et B. KOHL (dir.), *What Counsel in Arbitration can do, must do or must not do*, Bruxelles, CEPANI-Bruylant, vol. 40, p. 84.

rencontrer le souci d'une plus grande diligence¹⁵⁸. Des auteurs préconisent, en outre, également « [l']indication de la formalité à accomplir pour consacrer de façon indiscutable le début des discussions » et « [la] constatation de l[eur] échec éventuel »¹⁵⁹. L'observation vaut tant pour la procédure arbitrale que pour la procédure judiciaire. Si un souhait de précision est ainsi exprimé, probablement peut-on suggérer de confirmer simplement que « *L'entame du processus de médiation donnera lieu à la signature d'un protocole* »¹⁶⁰, tout en ajoutant alors « *que les parties consentent à ne pas [le] considérer comme étant confidentiel au sens de l'article 1728 du Code judiciaire* »¹⁶¹. Quant à la constatation de l'échec de la médiation, si un juge ou un arbitre a été saisi et si la clause a été mise en œuvre, on peut songer à s'en référer à l'article 1725, § 2, du Code judiciaire¹⁶², qui prévoit qu'elle résulte d'une notification au greffe de la juridiction (ou au secrétariat de l'arbitre ou du centre d'arbitrage¹⁶³) et aux autres parties, par l'une d'elles au moins. À défaut de saisine, on peut supposer qu'aucune des parties n'invoquera la cause de surséance une fois la procédure arbitrale lancée, mais rien ne fait obstacle à l'ajout d'une exigence formelle.

35. La désignation du médiateur. Certaines clauses mentionnent l'identité du médiateur ou du centre de médiation qui sera amené à accompagner le processus de médiation¹⁶⁴. Il ne s'agit pas d'une obligation légale, mais une telle prudence peut s'avérer pertinente afin d'éviter des divergences ultérieures quant à un tel choix. En ce cas, deux précautions néanmoins. Premièrement, il peut être risqué

¹⁵⁸ D. MATRAY et G. MATRAY, « La rédaction de la convention d'arbitrage », in F. DE LY, B. HANOTIAU et G. KEUTGEN, *La convention d'arbitrage. Groupes de sociétés et groupes de contrats. Actes du colloque CEPANI du 19 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 53, n° 35 ; F. DE LY, « Drafting arbitration clause », *op. cit.*, p. 84.

¹⁵⁹ D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, 2007, p. 54, n° 35. Dans le même sens, G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge international*. Tome I. *Le droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 3^e édition, p. 220.

¹⁶⁰ Il peut être ajouté que celui est établi « *dans le respect des exigences formelles contenues à l'article 1731, § 2, du Code judiciaire* ».

¹⁶¹ La question de savoir si le protocole et l'accord de médiation sont couverts par la confidentialité visée à l'article 1728 du Code judiciaire reçoit une réponse hésitante en doctrine. Certains estiment que, dès lors que les parties peuvent juridiquement se prévaloir des effets produits par de tels documents (par ex., pour le protocole, la suspension de la prescription), ils ne peuvent être couverts, étant par nature publics. La formulation large contenue dans cette disposition maintient toutefois un doute et c'est pourquoi nous suggérons cette prudence.

¹⁶² Rappelons que, selon cette disposition, en effet, « *L'examen de la cause est poursuivi dès que les parties ou l'une d'entre elles, ont notifié au greffe et aux autres parties que la médiation a pris fin* ».

¹⁶³ Comp. not. l'art. 11.4 du Règlement de médiation CEPANI (2013), qui dispose que « *Chaque partie peut à tout moment refuser de poursuivre la médiation. Lorsque la médiation n'aboutit pas à un accord, les parties et le médiateur le constatent et ce dernier ou l'une des parties en informent le secrétariat du CEPANI, avec copie de sa communication aux parties* ».

¹⁶⁴ Ceci est conforme à l'article 1^{er} du Code de bonne conduite du médiateur agréé de la Commission fédérale de médiation. Cela étant, cette disposition n'exclut donc pas une désignation ultérieure, au moment où le différend est engagé. Voy. aussi P.-P. RENSON, « Chapitre 1, La médiation civile », in Th. MARCHANDISE (dir.), *Une autre justice possible ?*, *op. cit.*, p. 37.

de ne désigner qu'un médiateur-personne physique dès lors que rien ne donne l'assurance qu'il pourra effectivement assumer la guidance du processus. Aussi, une alternative mérite d'être prévue afin de rencontrer la situation où le médiateur conventionnellement désigné serait dans l'impossibilité d'exercer la mission qui lui a été conventionnellement dévolue¹⁶⁵. C'est en ce sens que certains auteurs¹⁶⁶ ont préconisé l'insertion d'une liste de médiateurs agréés, en indiquant alors également l'ordre conventionnel selon lequel devra intervenir la désignation effective¹⁶⁷. Une autre possibilité peut être de désigner de commun accord un tiers à qui sera délégué le choix du ou des médiateur(s). En second lieu, on insistera sur l'intérêt qu'il y a à recourir aux services un médiateur agréé par la Commission fédérale de médiation afin que l'accord de médiation puisse faire l'objet d'une homologation si telle est la volonté des parties.

36. La précision des modalités d'organisation de la médiation. Dans la pratique, certaines clauses préfigurent déjà l'organisation concrète de la médiation : mode de répartition des honoraires et frais lorsqu'une ventilation non proportionnelle au nombre de parties est souhaitée¹⁶⁸, choix de la langue dans laquelle se déroulera le processus, et parfois lieu des réunions¹⁶⁹.

37. Le sort de la clause de médiation en cas d'invalidation du contrat. Les parties peuvent prévoir que la clause de médiation se maintiendra malgré la dissolution du contrat. Ainsi, de façon certaine, la nullité de celui-ci ne s'étendra-t-elle pas à la clause, dont la mise en œuvre peut demeurer profitable aux parties.

38. Les sanctions conventionnelles. Nous avons souligné combien les sanctions classiques du droit commun des obligations contractuelles demeurent peu satisfaisantes ainsi que les difficultés probatoires liées à la mise en cause de la responsabilité contractuelle¹⁷⁰. On sait, d'un autre côté, que le droit des contrats offre la possibilité d'éviter certains de ces écueils par le truchement d'une clause pénale, en prévoyant anticipativement le montant forfaitaire de l'indemnité qui sera due afin de compenser le dommage résultant du manquement constaté (art. 1226 et 1231, C. civ.). Si une telle mesure peut paraître séduisante, aussi en considération de son effet incitatif, reste que sa portée peut être réduite dans la pratique dès lors qu'elle ne dispense pas de la preuve de la faute¹⁷¹ et peut n'avoir qu'un effet

¹⁶⁵ Spécialement si le choix se porte sur une personne physique, les parties prendront, par ailleurs, soin de prévoir une solution alternative, dans l'éventualité où la personne désignée refuse une telle mission, perd son agrément.

¹⁶⁶ P.-P. RENSON, *La médiation civile et commerciale*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 49-50, qui préconise de préciser dans la clause que l'intervention du médiateur désigné est conditionnée au maintien de son agrément.

¹⁶⁷ Voir les conditions objectives qui feront que l'on passe d'un échelon à l'autre.

¹⁶⁸ L'article 1731, § 1^{er}, du Code judiciaire, relatif au contenu du protocole de médiation, précise en effet que les frais et honoraires du médiateur sont partagés à parts égales sauf convention contraire des parties et que ce protocole devra reprendre les modalités de la fixation des honoraires et frais de la médiation.

¹⁶⁹ Auquel cas il nous semble falloir privilégier un lieu neutre.

¹⁷⁰ Voy. *supra* n° 24 et s.

¹⁷¹ Cons. cependant l'art. 1728, § 1^{er}, al. 2, du Code judiciaire (« *En cas de violation de cette obligation par une des parties, le juge ou l'arbitre se prononce sur l'octroi éventuel de dommages-intérêts* »).

symbolique : suffira-t-il, en effet, pour échapper à son application, d'être physiquement présent à une séance de médiation ?

TITRE II. LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

CHAPITRE 1^{er}. DÉFINITION

39. Définition. La clause compromissoire, aussi nommée clause ou convention d'arbitrage, est définie par l'article 1681 du Code judiciaire comme « *une convention par laquelle les parties soumettent à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui sont nés ou pourraient naître entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel* ».

L'objet d'une telle clause est de renoncer au droit de soumettre tous les différends ou certains différends qui pourraient naître entre les parties contractantes aux juridictions de l'ordre judiciaire¹⁷². Il s'agit donc d'une renonciation abdicative¹⁷³. En conséquence, la clause hybride qui offre aux parties la possibilité de *choisir* entre le recours aux juridictions de l'ordre judiciaire ou à l'arbitrage ne peut être qualifiée de clause compromissoire dès lors qu'elle n'emporte pas une telle renonciation¹⁷⁴.

Notons que cette définition précitée, insérée par la loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage¹⁷⁵, est reprise de la loi type pour l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985 de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)¹⁷⁶, dont le législateur belge s'est largement inspiré¹⁷⁷.

¹⁷² Dans ce sens : S. STIJNS, *Conclusies van de Studiedag van 19 november 2007. De arbitrageovereenkomst - Vennootschapsgroepen en groepen overeenkomsten*, non publié, p. 6.

¹⁷³ Pour rappel, « la renonciation volontaire abdicative est l'acte juridique unilatéral par lequel une personne abandonne un droit qui lui appartient, ce qui provoque l'extinction de ce droit » (P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2202). Voy. également sur la notion de renonciation abdicative, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2. *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 41.

¹⁷⁴ G. JAKHIAN et F. HENRY, « La validité de la clause hybride en arbitrage », *J.T.*, 2011, p. 702 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL (avec la collab. de M. DAL et G. MATRAY), *L'arbitrage en droit belge et international*, t. I. *Le droit belge*, 3^e éd. revue et augmentée, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 61.

¹⁷⁵ *M.B.*, 28 juin 2013.

¹⁷⁶ La loi type offre deux options de définitions de la convention d'arbitrage, la première portant non seulement sur le fond mais également sur la forme, alors que la seconde se limite à la définition *sensu stricto* de la convention d'arbitrage. L'option retenue fut la seconde.

¹⁷⁷ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Sess. Ord., 2012-2013, n° 53 2743/ 001, p. 5.

40. Une clause pleinement autonome. Bien que le plus souvent contenue dans un contrat, la convention d'arbitrage est autonome : elle constitue un contrat distinct de celui dont elle fait, le cas échéant, partie (art. 1690, C. jud.).

En conséquence, la nullité de la convention qui renferme la clause compromissoire n'entraînera pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage¹⁷⁸. Ce ne sera, dès lors, que s'il est établi que les causes de nullités de la convention « de fond » ont également affecté la convention d'arbitrage, que la nullité frappera les deux conventions. C'est également en application de ce principe d'autonomie que la convention d'arbitrage continue à produire ses effets après la fin de la convention « de fond », justifiant ainsi le pouvoir de juridiction des arbitres pour trancher un litige relatif à un contrat qui n'existe plus.

À l'inverse, la nullité de la convention d'arbitrage n'impliquera pas la nullité de la convention « de fond »¹⁷⁹. Le principe d'autonomie induit encore que la convention « de fond » et la convention d'arbitrage peuvent être soumises à des lois différentes¹⁸⁰.

CHAPITRE 2. LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

Section 1^{re}. Les conditions de fond

§ 1^{er}. La capacité des parties contractantes

41. La capacité de transiger et sa sanction. L'article 1676, § 2, du Code judiciaire porte que « *quiconque a la capacité ou le pouvoir de transiger, peut conclure une convention d'arbitrage* »¹⁸¹. La capacité de conclure une telle convention est donc conditionnée aux pouvoirs dont disposent ou non les parties de transiger. Il convient, dès lors, de se référer aux règles relatives à la transaction (art. 2044 et s., C. civ.).

¹⁷⁸ Voy. ég. Cass. 22 novembre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 712.

¹⁷⁹ D. MATRAY et G. MATRAY, « La rédaction de la convention d'arbitrage », *La convention d'arbitrage, groupes de sociétés et groupes de contrats*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 26.

¹⁸⁰ Ph. DE BOURNONVILLE, *op. cit.*, p. 131 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 231.

¹⁸¹ L'article 1676, § 3, du Code judiciaire prévoit, quant à lui, que « [s]ans préjudice des lois particulières, les personnes morales de droit public ne peuvent conclure une convention d'arbitrage que lorsque celle-ci a pour objet le règlement de différends relatifs à une convention. La convention d'arbitrage est soumise aux mêmes conditions quant à sa conclusion que la convention qui fait l'objet de l'arbitrage. En outre, les personnes morales de droit public peuvent conclure une convention d'arbitrage en toutes matières déterminées par la loi ou par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres. Cet arrêté peut également fixer les conditions et les règles à respecter relatives à la conclusion de la convention. » À cet égard voy. G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, pp. 93-126.

Si l'une des parties à la convention d'arbitrage ne dispose pas de la capacité nécessaire, celle-ci est entachée de nullité relative, en application du droit commun des obligations contractuelles¹⁸².

En outre, l'éventuelle sentence arbitrale qui aurait été rendue sur la base d'une convention d'arbitrage conclue par une personne incapable est annulable. En effet, l'article 1717, § 3, du Code judiciaire dispose qu'une sentence peut être annulée si « *la partie en faisant la demande apporte la preuve : i) qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 1681 était frappée d'une incapacité [...]* ».

42. La capacité de transiger : questions particulières. Il est utile de se concentrer brièvement sur quelques cas d'applications intéressant les acteurs de l'entreprise.

(i) LE MANDATAIRE

En application de l'article 1981, alinéa 2, du Code civil, un mandat exprès est nécessaire pour accomplir des actes de disposition sur le patrimoine de son mandant. La conclusion d'une convention d'arbitrage impose, dès lors, que le mandataire dispose d'un mandat exprès¹⁸³. À défaut d'un tel mandat, la convention d'arbitrage conclue par un mandataire est nulle, étant entendu qu'en application des règles de droit commun du mandat, le mandant peut couvrir cette nullité de façon expresse ou tacite. La ratification tacite pourra ainsi opérer si le mandant exécute volontairement la convention d'arbitrage – par exemple en soulevant, *in limine litis*, l'exception d'arbitrage devant une juridiction de l'ordre judiciaire – ou la sentence qui en résulte¹⁸⁴.

(ii) LES ADMINISTRATEURS ET GÉRANTS D'ASSOCIATIONS OU DE SOCIÉTÉS

Les administrateurs et gérants d'associations et de sociétés peuvent conclure une convention d'arbitrage si les statuts leur donnent explicitement ce pouvoir¹⁸⁵. À défaut d'une telle mention dans les statuts, il conviendra d'avoir égard au type d'association ou de société concernée.

En ce qui concerne les associations sans but lucratif, la loi du 26 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations¹⁸⁶ prévoit, en son article 2, 7°, que les statuts déterminent les pouvoirs du conseil d'administration. Si ceux-ci ne le prévoient pas, en application de l'article 13, le conseil d'administration reçoit le pouvoir de gérer les affaires de l'association, tous les pouvoirs n'étant pas expressément réservés par la loi à

¹⁸² P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1. *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 263.

¹⁸³ P. WÉRY, *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 94, n° 33 ; Ph. DE BOURNONVILLE, *op. cit.*, p. 111.

¹⁸⁴ Bruxelles, 14 juin 1960, *J.T.*, 1960, p. 719 ; Liège, 26 mars 1973, *J.L.*, 1972-1973, p. 281 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 81.

¹⁸⁵ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 81.

¹⁸⁶ *M.B.*, 1^{er} juillet 1921.

l'assemblée générale relevant de la compétence dudit conseil. Il ressort de cette dernière disposition que le conseil d'administration peut poser tous les actes nécessaires à la réalisation de l'objet social de l'association, ce qui recouvre les actes de disposition. Par conséquent, il peut conclure une convention d'arbitrage pour autant qu'une telle conclusion relève de la gestion des affaires de l'association. Dans le cas contraire, il conviendra d'obtenir un mandat exprès de la part de l'assemblée générale¹⁸⁷. Par ailleurs, le conseil d'administration peut, en application de l'article 13*bis*, déléguer la gestion journalière. Cette délégation emporte celle de compromettre dans la limite de cette gestion¹⁸⁸. Des débats existent, cependant, quant à l'étendue des pouvoirs dévolus aux délégués à la gestion journalière et, dès lors, quant à la question de savoir s'ils disposent ou non de la capacité de compromettre¹⁸⁹.

En ce qui concerne les sociétés anonymes, l'article 522 du Code des sociétés porte que « tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société, à l'exception de ceux que la loi réserve à l'assemblée générale » relèvent de la compétence du conseil d'administration. Cette même disposition prévoit, en outre, que le conseil d'administration dispose d'un pouvoir général de représentation de la société à l'égard des tiers et en justice. Il est donc compétent pour décider de recourir à l'arbitrage en dehors de tout mandat exprès¹⁹⁰. Par ailleurs, comme en ce qui concerne les associations sans but lucratif, le délégué à la gestion journalière peut conclure une convention d'arbitrage pour autant que le droit en jeu et l'objet du litige relèvent de la gestion journalière¹⁹¹. Notons, finalement, toujours s'agissant des sociétés anonymes, qu'en application de l'article 524*bis* du Code des sociétés, les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs de gestion à un comité de direction. Dans cette hypothèse, ce comité dispose de la faculté de compromettre dans les limites des compétences qui lui ont été transférées¹⁹².

En ce qui concerne les sociétés privées à responsabilité limitée, en application de l'article 257 du Code des sociétés, le gérant peut « accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à l'accomplissement de l'objet social de la société, sauf ceux que le Code des sociétés réserve à l'assemblée générale » et chaque gérant « représente la société à l'égard des tiers ou en justice, soit en demandant soit en défendant ». Tout comme le conseil d'administration d'une société anonyme, le ou les gérant(s) d'une société privée à responsabilité limitée dispose(nt) du pou-

¹⁸⁷ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 83.

¹⁸⁸ O. CAPRASSE, « Organes de gestion et de représentation », *ASBL, Fondations et Associations internationales*, Bruges, la Charte, 2004, p. 50, n° 10.

¹⁸⁹ Sur cette question : J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des Sociétés*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 627-628 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 85.

¹⁹⁰ Notons, à ce sujet, qu'une éventuelle restriction des pouvoirs du conseil d'administration, notamment en soumettant certaines opérations à une autorisation préalable de l'assemblée générale, n'est pas opposable aux tiers en application de l'article 522, § 1^{er}, al. 2, du Code des sociétés.

¹⁹¹ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 85.

¹⁹² *Ibid.*, p. 86.

voir de poser des actes de disposition et, dès lors, de la capacité de conclure une convention d'arbitrage.

Finalement, *en ce qui concerne les sociétés coopératives*, à défaut de précision contraire dans les statuts, la société est administrée par un administrateur qui dispose de l'ensemble des pouvoirs de gestion (art. 355 et 378 du Code des sociétés) et, par conséquent, du pouvoir de conclure une convention d'arbitrage dès lors que « *le choix du mode de résolution de litige peut à juste titre être considéré comme relevant des pouvoirs normaux du responsable de la gestion d'une société coopérative* »¹⁹³.

(III) LE LIQUIDATEUR

Le liquidateur d'une société commerciale dispose, en application de l'article 186 du Code des sociétés, du pouvoir de transiger et de compromettre.

(IV) LE FAILLI

En application de l'article 16, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites¹⁹⁴, le failli est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens à compter du jour du jugement déclaratif de la faillite. Il ne peut, dès lors, plus conclure de convention d'arbitrage. En application de l'alinéa 4, celui-ci peut toutefois conclure une convention d'arbitrage relativement à un différend portant sur la réparation d'un préjudice lié à sa personne qui a été causé par un acte illicite.

(V) LE CURATEUR DE FAILLITE

Le curateur de faillite peut, en application de l'article 58, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites¹⁹⁵, transiger sur toutes les contestations qui intéressent la masse. Il peut, dès lors, conclure une convention d'arbitrage. On notera utilement qu'il est, par ailleurs, tenu de respecter la clause d'arbitrage qui a été conclue par la société avant qu'elle ne soit déclarée en faillite¹⁹⁶.

(VI) LE DÉBITEUR EN RÉORGANISATION JUDICIAIRE

Le débiteur admis au bénéfice d'une procédure en réorganisation judiciaire en application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises¹⁹⁷ n'est *a priori* pas dessaisi de la gestion et de la disposition de ses avoirs¹⁹⁸. Il ne

¹⁹³ *Ibid.*, p. 88.

¹⁹⁴ *M.B.*, 28 octobre 1997.

¹⁹⁵ F. 'T KINT, « Convention d'arbitrage et faillites », *L'arbitrage dans la vie des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 227 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 704.

¹⁹⁶ Gand, 21 février 2006, *R.W.*, 2009-2010, p. 279, note E. DIRIX ; Cass., 29 mai 2009, *R.D.C.*, 2010, p. 98 ; E. DIRIX, « Arbitragebeding en ontoereikende faillissementboedel », *R.W.*, 2009-2010, p. 279 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 75.

¹⁹⁷ *M.B.*, 9 février 2009.

¹⁹⁸ A. ZENNER, J.-Ph. LEBEAU et C. ALTER, *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 27.

perd donc pas le droit de conclure une convention d'arbitrage. De plus, en application de l'article 35, § 1^{er}, la demande ou l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ne met pas fin aux contrats en cours ni aux modalités de leur exécution, ce qui inclut les éventuelles clauses compromissaires¹⁹⁹.

§ 2. Le consentement

43. L'exigence d'un consentement. La clause compromissoire requiert le consentement des parties en cause de soumettre leur différend à l'arbitrage, consentement qui doit revêtir les qualités requises pour tout contrat.

La doctrine autorisée s'exprime sans ambiguïté à cet égard. Ainsi, les Professeurs Keutgen et Dal relèvent que « *la validité de la convention d'arbitrage est subordonnée au consentement des parties en cause. Il faut donc que les parties expriment leur volonté de recourir à l'arbitrage. La volonté est le premier élément constitutif de la convention* »²⁰⁰. De même, D. et G. Matray affirment qu'« *une clause d'arbitrage ne lie les parties que si elles l'ont acceptée. Leur consentement est une condition de validité du contrat et ce consentement doit revêtir les mêmes qualités que celles normalement requises pour tout contrat [...]* »²⁰¹. La jurisprudence abonde dans le même sens, en subordonnant la validité de la convention d'arbitrage au consentement des parties²⁰² et en se tenant à la règle suivant laquelle une telle convention ne lie que ceux qui y ont souscrit²⁰³. Dans ce sens, il a été jugé qu'il ne suffit pas qu'une société mère ait marqué son accord sur le recours à l'arbitrage pour ses filiales, ces dernières, qui disposent d'une personnalité juridique propre, devant marquer leur accord pour ce qui les concerne²⁰⁴. De même, la Cour européenne des droits de l'Homme enseigne que rien n'empêche les justiciables de renoncer à leur droit à un tribunal en faveur d'un arbitrage, à condition toutefois qu'une telle renonciation soit libre, licite et sans équivoque²⁰⁵.

La partie qui se prévaut d'une clause d'arbitrage doit donc apporter la preuve qu'il y a un accord mutuel pour écarter la compétence des juridictions ordinaires. À cet égard, on notera que la convention d'arbitrage est souvent contenue dans une

¹⁹⁹ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 72.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 107.

²⁰¹ D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, p. 25. Voy. également B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations, Multipartycontract, Multi-issue and Class Actions*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, p. 7.

²⁰² Voy. dans ce sens la chronique de jurisprudence de G. KEUTGEN et A. GOESSENS, « L'arbitrage. Chronique de jurisprudence 2003-2013 », *J.T.*, 2014, pp. 822-823 ; G. KEUTGEN, « Chronique de jurisprudence. L'arbitrage (1993-2003) », *J.T.*, 2004, p. 430 et références citées ; Anvers, 26 septembre 2005, R.G. n° 2002/AR/1301, inédit ; Anvers, 13 février 2006, R.G. n° 2004/AR/845, inédit ; Civ. Liège, prés., 14 septembre 1998, *D.A.O.R.*, 2000, p. 229. Voy. également en arbitrage international les références citées par B. HANOTIAU, *op. cit.*, pp. 32 et s.

²⁰³ Comm. Tongres, 12 octobre 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 113.

²⁰⁴ Anvers, 19 septembre 2005, R.G. n° 2003/AR/3112, inédit cité par G. KEUTGEN et A. GOESSENS, *op. cit.*, p. 823.

²⁰⁵ C.E.D.H., *Suda c. République tchèque*, n° 1643/06, 28 octobre 2010 ; C.E.D.H., *Osmo Suovaniemi et autres c. Finlande*, n° 31737/96, 23 février 1999 ; C.E.D.H., *Transado – Transportes Fluviais do Sado, S.A. c. Portugal*, n° 35943/02, 16 décembre 2003.

convention globale ou « de fond ». Nous avons vu, à cet égard, que la convention d'arbitrage est autonome vis-à-vis de cette dernière²⁰⁶. Reste que si la convention « de fond » n'est pas conclue, les parties n'arrivant pas à se mettre d'accord sur ses éléments essentiels et substantiels, la convention d'arbitrage ne le sera pas non plus²⁰⁷.

Le consentement peut, comme c'est le cas pour toute convention, être tacite et découler des circonstances concrètes de l'espèce qui permettront, « *de manière implicite mais certaine, d'inférer un agrément [...]* »^{208,209}. Il appartiendra, dès lors, au juge ou à l'arbitre de décider si les circonstances de l'espèce permettent de conclure à l'existence d'une convention d'arbitrage. Ce sera, notamment, le cas lorsque le contrat a fait l'objet d'un début d'exécution. Ainsi, le Tribunal de commerce de Hasselt a jugé qu'une convention d'arbitrage liait bien les parties à un contrat de sous-traitance, le sous-traitant ayant commencé à exécuter les travaux sans émettre de protestation à l'égard du projet de convention qu'il a reçu et qui contenait une clause compromissoire²¹⁰. La Cour d'appel d'Anvers conclut dans le même sens après avoir constaté la reconduction annuelle d'une police d'assurance dans laquelle figurait une telle clause²¹¹. Ces deux décisions illustrent le principe suivant lequel l'acceptation tacite d'un contrat implique l'adhésion à toutes ses dispositions, en ce compris donc la clause compromissoire²¹².

Notons encore que le simple fait pour une partie de ne pas soulever l'absence de clause compromissoire au cours d'une procédure arbitrale permet de conclure à son accord de recourir à une telle procédure. En effet, la volonté de recourir à l'arbitrage est confirmée si les parties comparaissent devant les arbitres sans réserve. Cette position, déjà admise par la jurisprudence²¹³, trouve, depuis la réforme de la sixième partie du Code judiciaire en 2013, un fondement légal à l'article 1679 du Code judiciaire en vertu duquel « [U]ne partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir. »

44. La clause compromissoire contenue dans des conditions générales. Il n'est pas rare que des conditions générales renferment une clause compromissoire. Cette clause sera opposable pour autant que les conditions générales soient elles-mêmes

²⁰⁶ Voy. *supra* n° 39.

²⁰⁷ Sent. arb. CEPANI n° 22153, *Recueil de sentences arbitrales du CEPANI*, Bruxelles, CEPANI, Bruylant, 2015, p. 118.

²⁰⁸ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 162.

²⁰⁹ Anvers, 19 novembre 2003, R.G. 2003/6248 et Anvers, 24 novembre 2003, R.G. 2003/6322, cités par G. KEUTGEN, « Chronique de jurisprudence. L'arbitrage (1993-2003) », *J.T.*, 2004, p. 430.

²¹⁰ Comm. Hasselt, 14 juin 2000, *R.W.*, 2000-01, p. 1283.

²¹¹ Anvers, 24 novembre 2003, R.G. n° 2003/6322, inédit, cité par G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 112.

²¹² Anvers, 3 octobre 2005, R.G. n° 2002/AR/1506, inédit cité par G. KEUTGEN et A. GOESSENS, *op. cit.*, p. 823. Voy. également Comm. Louvain, 17 octobre 2006, R.G. n° AR/04/603, inédit cité par la même source.

²¹³ Gand, 6 janvier 2005, *R.D.J.P.*, 2005, p. 148 ; Anvers, 15 mars 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 915.

opposables, c'est-à-dire s'il est établi que la partie à qui on prétend les opposer (i) a effectivement été en mesure d'en prendre connaissance et (ii) y a consenti²¹⁴. Le jeu classique de l'offre et de l'acceptation trouve donc à s'appliquer afin d'apprécier l'entrée des conditions générales dans le champ contractuel²¹⁵.

Ainsi, il a été jugé que le commettant qui conclut un contrat d'entreprise régi notamment par des conditions générales est lié par la clause d'arbitrage qui y figure²¹⁶.

45. Illustrations du caractère consensuel marqué de l'arbitrage en droit belge. L'attachement au caractère consensuel de l'arbitrage trouve de nombreuses illustrations dans le droit belge de l'arbitrage. On peut ainsi relever le fait qu'un juge ne peut se déclarer incompétent qu'en présence d'une convention d'arbitrage valable (art. 1682, C. jud.), la possibilité d'annuler la sentence rendue en l'absence de convention d'arbitrage valable (art. 1717, C. jud.), le fait que le juge ne peut revêtir une sentence arbitrale belge ou étrangère que sur présentation, notamment, de l'original ou d'une copie conforme de la convention d'arbitrage (art. 1720, C. jud.) et qu'il peut refuser la reconnaissance et la déclaration exécutoire en l'absence de convention d'arbitrage valable (art. 1721, C. jud.).

46. L'arbitrage est une renonciation abdicative. La nécessité d'un consentement se justifie de façon d'autant plus impérieuse que le recours à l'arbitrage s'analyse comme une renonciation abdicative²¹⁷ du droit reconnu à tout un chacun de soumettre un litige aux cours et tribunaux. Or, une jurisprudence abondante et constante de la Cour de cassation relève que la renonciation ne se présume pas. Elle doit être certaine et ne peut se déduire que d'un comportement qui n'est susceptible d'aucune autre interprétation²¹⁸. En outre, la renonciation n'a qu'un effet relatif dans le sens où elle « ne peut nuire qu'au renonçant et non aux tiers

²¹⁴ Sur l'« opposabilité » des conditions générales en droit commun (ou plus correctement leur entrée dans le champ contractuel), voy. not. P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 206 et s. ; D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, « L'opposabilité des conditions générales », *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 189 et s. ; D. MOUGENOT (dir.), *Les conditions générales. Questions spéciales*, coll. Ed. Jeune Barreau de Mons, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009 ; C. DELFORGE, « Le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires et son incidence sur la forme des contrats », *Le processus de formation du contrat. Contribution comparative et interdisciplinaire à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 486 et s. ; M. BOSMANS, « Les conditions générales en matière contractuelle (1975 à 1979) », *J.T.*, 1981, p. 21. Sur l'opposabilité d'une clause d'arbitrage aux consommateurs, voy. K. WAGNER et J. BARBIER, « Over het arbitragebeding in algemene voorwaarden », note sous sent. arb. 20 janvier 2012, *R.D.J.P.*, 2014, pp. 134 et s.

²¹⁵ M. BERLINGIN, « Les conditions générales bancaires – Règlement général des opérations », in D. MOUGENOT (dir.), *Les conditions générales. Questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, Coll. Ed. Jeune Barreau de Mons, 2009, p. 51.

²¹⁶ Anvers, 15 mars 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 915. Dans le même sens : Liège, 23 février 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1319 ; Sent. arb. 20 janvier 2012, *R.D.J.P.*, 2014, p. 130, note précitée K. WAGNER et J. BARBIER.

²¹⁷ Voy. *supra* n° 38.

²¹⁸ Cass., 24 septembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 143 ; Cass., 20 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 861 ; Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 366 ; Cass., 14 juin 1995, *Pas.*, 1995,

sans leur consentement »²¹⁹. Il convient donc, en application de cette jurisprudence, que celui qui entend renoncer à la possibilité de recourir aux juridictions de l'ordre judiciaire pour certains différends exprime son consentement expressément ou tacitement, mais de manière certaine²²⁰.

§ 3. L'arbitrabilité du litige

47. Définition de l'arbitrabilité. L'arbitrabilité s'entend de la détermination des litiges pouvant faire l'objet d'un arbitrage²²¹. Depuis la réforme de 2013, la sixième partie du Code judiciaire renferme, dans sa disposition introductive, une nouvelle définition, plus large, de l'arbitrabilité. Alors que l'ancien texte se limitait à préciser qu'un litige était « arbitrable » s'il était susceptible de faire l'objet d'une transaction, l'article 1676 du Code judiciaire prévoit désormais que « *Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. Les causes de nature non patrimoniale sur lesquelles il est permis de transiger peuvent aussi faire l'objet d'un arbitrage* »²²². »

Il en ressort qu'est arbitrable toute cause de nature patrimoniale. On notera, à cet égard, que la notion de patrimonialité doit être interprétée de manière large pour englober « *toutes les prétentions qui ont une valeur pécuniaire pour les parties à titre d'actif ou de passif, autrement dit les droits qui présentent pour l'une au moins de celles-ci, un intérêt pouvant être apprécié en argent* »²²³. La notion de patrimonialité n'est, cependant, pas limitée aux litiges en vue de la condamnation d'une partie au paiement d'une somme d'argent, les demandes visant à la reconnaissance d'un droit ou à l'obtention d'une injonction de faire ou de ne pas faire pouvant également entrer dans cette catégorie²²⁴.

Pour les litiges qui ont une cause de nature non patrimoniale, définie négativement comme celle qui n'est pas susceptible d'une évaluation pécuniaire, il est fait usage de l'ancien critère : le différend pourra être soumis à l'arbitrage si les parties peuvent transiger sur l'objet du litige.

Le recours à l'arbitrage est, cependant, légalement exclu dans certaines hypothèses en raison de la sensibilité des matières concernées ou de la volonté de

I, p. 630 ; Cass., 21 décembre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 2204 ; Cass., 18 novembre 2004, R.G. n° C.03.0554.F, *juridat.be* ; Cass., 10 février 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 345.

²¹⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 2205.

²²⁰ Voy. aussi C.E.D.H., *Suda c. République tchèque*, n° 1643/06, 28 octobre 2010 (« [...] rien n'empêche les justiciables de renoncer à leur droit à un tribunal en faveur d'un arbitrage, à condition qu'une telle renonciation soit libre, licite et sans équivoque »).

²²¹ B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité et le *favor arbitrandum* : un réexamen », *J.D.I.*, 1994, pp. 899 et s. ; B. HANOTIAU, « L'arbitrabilité en droit belge face à la pratique internationale », *Mélanges en l'honneur de R.-O. Dalcq*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 269 et s.

²²² On notera que le projet de réforme du droit de la médiation tend à s'aligner sur ces dispositions pour ce qui concerne la médiabilité objective (art. 1724, C. civ.).

²²³ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch, sess. ord., 2013-2014, n° 53 2743/001, p. 9 ; voy. également M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 2013, p. 786.

²²⁴ D. PHILIPPE, « Modernisation of the Belgian Law on arbitration », *DAOR*, 2014, p. 7 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 118.

protéger la partie jugée faible (art. 1676, § 4, C. jud.)²²⁵. C'est, notamment, le cas de l'article 1676, § 5, du Code judiciaire en application duquel « [...] *est nulle de plein droit toute convention d'arbitrage conclue avant la naissance d'un litige dont le tribunal du travail doit connaître en vertu des articles 578 à 583* »²²⁶.

Section 2. Les conditions de forme

48. Le principe du consensualisme. La convention d'arbitrage ne doit faire l'objet d'aucune formalité, spécialement d'un écrit signé par les parties. Le principe du consensualisme s'impose également en la matière.

Rappelons que le législateur belge s'est fondé sur la définition de la clause compromissoire qui ressort de la loi type pour l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985 de la CNUDCI²²⁷. Ce texte offre deux options: la première donne de la convention d'arbitrage une définition qui porte non seulement sur le fond, mais également sur la forme, tandis que la seconde se limite à la définition *sensu stricto* de la convention d'arbitrage. Le législateur a retenu cette dernière compréhension à l'article 1681 du Code judiciaire. Les travaux préparatoires précisent, à cet égard, qu'à l'instar du régime antérieur, que la doctrine et la jurisprudence unanimes interprétaient comme faisant de l'écrit une formalité *ad probationem*, l'article 1681 n'impose pas l'existence d'un écrit à des fins de validité. Ainsi, la convention d'arbitrage peut être conclue verbalement pour autant que son existence puisse être établie, cette preuve pouvant être rapportée par toutes voies de droit, en ce compris par témoignages²²⁸. Il appartiendra, dès lors, au tribunal arbitral de vérifier, au cas par cas, si un accord existe entre les parties quant à une convention d'arbitrage et, dès lors, s'il a été valablement saisi²²⁹. Reste qu'il est vivement conseillé aux parties de fonder leur convention d'arbitrage dans un écrit, ceci d'autant que l'article 1719, § 4, du Code judiciaire impose de produire la convention d'arbitrage ou une copie certifiée conforme de celle-ci en vue d'obtenir l'*exequatur* de la sentence arbitrale.

²²⁵ O. CAPRASSE, « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 407.

²²⁶ Il convient, à cet égard, de noter que les dispositions légales limitant l'arbitrabilité doivent être interprétées de manière restrictive. En d'autres termes, « *l'arbitrabilité est la règle, l'inarbitrabilité l'exception* ». G. KEUTGEN, et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 116. Voy. également: Comm. Termonde, 28 février 2013, *T.R.V.*, 2013, p. 266 et Comm. Gand, 25 avril 2007, *TvM*, 2007, p. 437.

²²⁷ Voy. *supra* n° 39.

²²⁸ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Sess. Ord., 2012-2013, n° 53 2743/ 001, p. 15 ; O. CAPRASSE, « Nouveau droit belge de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 939 ; L. DEMEYERE et H. VERBIST, « De nieuwe Belgische arbitragewet van 24 juni 2013 », *R.W.*, 2014-2015, p. 88.

²²⁹ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 163.

CHAPITRE 3. LES EFFETS DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

Section 1^{re}. Les effets de la clause entre parties

49. Les effets de la clause compromissoire. Si un litige survient entre les parties liées par une clause compromissoire valide et opposable, il ne pourra être soumis aux juridictions de l'ordre judiciaire. Si c'est malgré tout le cas, alors que les parties n'ont pas renoncé à l'application de la clause, le juge saisi devra se déclarer sans juridiction à la demande d'une partie pour autant que l'exception d'arbitrage soit soulevée avant toutes autres exceptions et moyens de défense (art. 1682, C. jud.)²³⁰. À cet égard, il est admis qu'il suffit que l'exception soit soulevée dans les premières conclusions déposées, et avant que les débats sur le fond aient débuté²³¹ en ce compris des éventuels débats oraux à l'audience²³². Faute d'avoir soulevé l'exception *in limine litis*, les parties seront réputées avoir renoncé à la clause compromissoire²³³.

Si le juge est saisi d'un tel déclinatoire, il devra néanmoins vérifier que le dessaisissement est fondé, ce qui implique, notamment, de s'assurer de la validité et de l'efficacité de la clause compromissoire²³⁴.

Il est finalement à noter que l'article 1682, § 2, du Code judiciaire prévoit que lorsque le juge étatique est saisi malgré l'existence d'une clause compromissoire, la procédure arbitrale peut néanmoins être engagée ou poursuivie et une sentence peut être rendue. Cette règle constitue, selon les travaux préparatoires, l'expression d'un principe fondamental du droit de l'arbitrage, suivant lequel le fait qu'une procédure étatique soit introduite ne suspend pas le déroulement de la procédure, sous peine de permettre à la partie agissant au mépris de la convention d'arbitrage de paralyser indûment le processus²³⁵. Cette poursuite se fait cependant sans préjudice de ce que décidera le juge étatique et des recours possibles contre la sentence si elle est rendue avant la décision sur le déclinatoire. Il appartiendra, dès lors, au tribunal arbitral d'apprécier lui-même sa compétence et s'il est opportun, ou non, de continuer la procédure.

²³⁰ Voy. également Gand, 7 janvier 2011, *NJW*, 2011, p. 530.

²³¹ Cass. 17 octobre 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 2284. Voy. également, les illustrations données par G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 213.

²³² Cass., 28 avril 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 988.

²³³ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 214. Sur cette question, voy. également G. DE LEVAL, « L'arbitre et le juge étatique : quelle collaboration ? », *R.I.D.C.*, 2005, p. 7 ; C. DE BOE et M. BERLINGIN, « La mission du juge étatique avant l'instance arbitrale et pendant ses prémices », *L'arbitre et le juge étatique. Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, dir. A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 69.

²³⁴ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 212 ; Cass., 13 octobre 1978, *R.W.*, 1978-1979, col. 281 ; Anvers, 23 septembre 2002, *R.D.J.P.*, 2002, p. 281.

²³⁵ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Sess. Ord., 2012-2013, n° 53 2743/001, p. 16. Voy. également, L. DEMEYERE et H. VERBIST, « De nieuwe Belgische arbitragewet van 24 juni 2013 », *R.W.*, 2014-2015, p. 88.

L'incompétence des juridictions de l'ordre judiciaire à connaître du fond du litige n'empêche cependant pas les parties – si ces dernières n'ont pas exclu cette possibilité – de saisir ces juridictions en vue d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires, étant entendu que ce type de demande et l'octroi de ces mesures n'impliquent pas une renonciation à la clause compromissoire^{236, 237}.

Une controverse existe, toutefois, quant à la possibilité de saisir le juge des référés en vue de l'obtention de mesures provisoires ou conservatoires une fois que la procédure arbitrale a été initiée²³⁸. Sans entrer dans le détail de ce débat, on relèvera néanmoins qu'un premier courant doctrinal²³⁹ estime qu'un principe de subsidiarité doit s'appliquer et que, dès lors, quel que soit le stade de la procédure arbitrale, si les mesures sollicitées par les parties en application de l'article 1691 du Code judiciaire²⁴⁰ peuvent être ordonnées utilement par le tribunal arbitral, le juge des référés ne peut être saisi. D'autres auteurs²⁴¹ soutiennent, par contre, l'existence d'une concurrence complète entre l'arbitre et le juge étatique, et ce quel que soit le moment où les mesures provisoires ou conservatoires apparaissent comme étant nécessaires. Un troisième courant, intermédiaire et majoritaire, affirme qu'une fois le tribunal arbitral constitué²⁴², le juge des référés ne peut être

²³⁶ Article 1683 du Code judiciaire.

²³⁷ À ce sujet, voy. not. D. DEMEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende matregelen in arbitrage », *De nieuwe arbitragewet 2013*, dir. M. PIERS, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 65 et s. ; O. MIGNOLET, « Les mesures provisoires et conservatoires prises par les arbitres », *L'arbitre et le juge étatique. Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, dir. A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 161 et s. ; G. DE LEVAL, « Les mesures provisoires et conservatoires en matière d'arbitrage », *Travaux offerts au Professeur Fettweis*, Gand, Story-Scientia, 1989, pp. 111 et s.

²³⁸ Sur ce débat, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, l'arbitre et le référé : nécessité fait loi », *L'arbitre et le juge étatique. Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, dir. A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 203 et s.

²³⁹ O. CAPRASSE, « Mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage : conditions de l'intervention du juge des référés », *b-Arbitra*, 2015, pp. 343 et s. ; O. CAPRASSE, « Les grands arrêts de la Cour de cassation en droit de l'arbitrage », *b-Arbitra*, 2013, pp. 146-147 ; O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 460 et s.

²⁴⁰ Cette disposition prévoit que « Sans préjudice des pouvoirs reconnus aux cours et tribunaux en vertu de l'article 1683, et sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner les mesures provisoires ou conservatoires qu'il juge nécessaires. Le tribunal arbitral ne peut toutefois autoriser une saisie conservatoire ».

²⁴¹ Not. M. PIERS et D. DE MEULEMEESTER, « The adoption of the UNCITRAL Model Law encourages arbitration in Belgium », *b-Arbitra*, 2013, p. 396 ; D. DEMEULEMEESTER, « Voorlopige of bewarende matregelen in arbitrage », *op. cit.*, p. 71 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 218 ; G. KEUTGEN, « La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage », *R.I.D.C.*, 2014, p. 81 ; Ph. DE BOURNONVILLE, « L'arbitrage », *Rép. not.*, t. XIII, livre VI, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 134.

²⁴² Cela peut prendre du temps si des difficultés apparaissent entre la demande d'arbitrage et le moment où les membres du tribunal arbitral sont désignés et en mesure de travailler.

saisi que si le ou les arbitres sont impuissants à régler la situation des parties efficacement²⁴³.

Section 2. Les effets de la clause vis-à-vis des tiers

§ 1^{er}. Les principes

50. L'opposabilité de la convention d'arbitrage aux tiers. Comme indiqué ci-dessus, le consentement est « la clef de voûte » de l'arbitrage²⁴⁴. Une partie ne peut ainsi se voir opposer une convention d'arbitrage que si elle y a consenti. Malgré la clarté de la règle, une clause d'arbitrage peut, dans certains cas, être étendue à des parties non-signataires. Doit-on, dans ces situations, conclure à l'absence de consentement dans leur chef ?

La doctrine²⁴⁵ dresse la liste des situations dans lesquelles une personne qui n'a pas personnellement ou directement consenti à la clause compromissoire peut se voir imposer ses effets. On songe, au premier titre, aux ayants droit universels ou à titre universel ainsi qu'au créancier ou débiteur solidaire. Il en est de même, par application du mécanisme de la représentation, le cas échéant par le biais de la théorie de la confiance légitime. Ce sera également le cas à la suite d'une cession de contrat ou de créance, ou encore dans le cadre d'une chaîne de contrats translatifs de la propriété²⁴⁶. On peut également penser aux mécanismes de l'action directe, de la stipulation pour autrui ou de la subrogation²⁴⁷. Ces mécanismes ont

²⁴³ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 216 ; G. DE LEVAL, « Le juge et l'arbitre – Les mesures provisoires », *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 436-437 ; H. BOULARBAH, « Le juge étatique, bon samaritain de l'arbitrage », *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 763 ; J.-F. TOSSENS, « Juge étatique et arbitre : collaboration ou confrontation ? Questions choisies », *Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 779 ; J. DECOKER, « Kortgeding en arbitrage in drie stappen », note sous Comm. Hasselt (réf.), 16 février 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 86 et s. ; J. LINSEMAU, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 28.

²⁴⁴ B. HANOTIAU, « Les groupes de sociétés dans l'arbitrage commercial international », *La convention d'arbitrage, groupes de sociétés et groupes de contrats, Actes du colloque du CEPANI du 19 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 127.

²⁴⁵ D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, pp. 34-35 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, pp. 223 et s. ; B. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 119 ; H. VERBIST, « Draagwijde van het arbitragebeding ten aanzien van derden », *L'arbitrage et les tiers*, Actes du colloque du CEPANI 40 du 28 novembre 2008, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 35 ; F. DE LY, « De arbitrageovereenkomst en groepen overeenkomsten », *La convention d'arbitrage, groupes de sociétés et groupes de contrats. Actes du colloque du CEPANI du 19 novembre 2007*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 146 et s. ; B. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 7 et s. ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 3.

²⁴⁶ Dans cette dernière hypothèse, le dernier acquéreur pourrait invoquer une éventuelle clause compromissoire contenue dans le contrat entre le fabricant et le premier acheteur par application de l'article 1615 du Code civil. *Contra* Anvers, 22 mars 2004, *R.W.*, 2007-2008, col. 989 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 228. Voy. également en faveur de cette position Cass. fr., 17 novembre 2010, *bull.*, 2010, n° 241 et Cass. fr., 27 mars 2007, *J.D.I.*, 2007, p. 968.

²⁴⁷ Telle la subrogation en faveur de l'assureur. À ce sujet, voir O. CAPRASSE et F. HENRY, « Le transfert de la clause d'arbitrage à l'assureur », *Obs. sous Comm. Mons*, 22 no-

en commun de constituer des cas d'application « *van de hedendaagse regels van de derdenwerking van contracten* » et des exceptions communément admises en droit des obligations²⁴⁸. On ne peut, par contre, pas y voir à proprement parler des exceptions à la nécessité d'un consentement à la clause compromissoire.

51. La relativité des effets internes du contrat. En application de l'article 1165 du Code civil²⁴⁹, les effets internes de la convention d'arbitrage ne peuvent pas être imposés aux tiers²⁵⁰, à moins qu'ils y marquent leur accord. Dans le respect de ce principe, l'article 1709 du Code judiciaire impose, pour qu'un tiers puisse intervenir dans une procédure arbitrale, la conclusion d'une convention entre le tiers et les parties en différend²⁵¹. Dans ce sens également, l'article 9 du règlement d'arbitrage du CEPANI prévoit qu'« *un arbitrage peut avoir lieu entre plus de deux parties lorsqu'elles sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage conformément au règlement du CEPANI* »²⁵². Un tiers non lié par la convention d'arbitrage ne peut, dès lors, être appelé en intervention forcée devant le tribunal arbitral²⁵³. C'est ce qui explique qu'en cas de connexité d'actions dont une échappe à l'effet d'une clause compromissoire, on ne peut pas déférer toutes ces causes devant le tribunal arbitral. D'un autre côté, on ne peut pas davantage imposer aux parties liées par la clause compromissoire de se soumettre à la juridiction du juge judiciaire²⁵⁴. Les règles relatives à la connexité ne peuvent, en effet, faire obstacle à l'exécution de la convention d'arbitrage²⁵⁵. Si, cependant, les demandes sont indivisibles au sens de l'article 31 du Code judiciaire, le juge judiciaire aura à

vembre 2012, *J.T.*, 2014, p. 121.

²⁴⁸ S. STIJS, *op. cit.*, p. 2.

²⁴⁹ Cass., 27 septembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 113. Voy aussi not. Cass., 22 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1379, cité par P. WÉRY, *op. cit.*, p. 804 ; Cass., 23 mars 2006, *Pas.*, 2006, I, n° 169. En doctrine, voy. R. JAFFERALI, « La distinction entre les effets internes et les effets externes du contrat », in *Les obligations contractuelles*, coll. JBB, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 50 et s. ; P. WÉRY, *op. cit.*, p. 804 ; M. VON KUEGELGEM, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. JBB, 2000, p. 579.

²⁵⁰ Not. G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 222 ; H. VAN HOUTTE, K. COX et S. COOLS, « Overzicht van rechtspraak: Arbitrage (1972-2006) », *R.D.C.*, 2007, p. 130 et références citées ; H. VERBIST, *op. cit.*, p. 29.

²⁵¹ L'article 1709 du Code judiciaire reprend mot pour mot le prescrit de l'ancien article 1696bis du Code judiciaire introduit par la loi du 19 mai 1998 modifiant les dispositions du Code judiciaire relatives à l'arbitrage, *M.B.*, 7 août 1998. À ce sujet, G. KEUTGEN, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *J.T.*, 1998, p. 761 et s. Notre droit a ainsi suivi la tendance qui a, notamment, mené à la modification de l'article 7 de la loi modèle de la CNUDCI. À ce sujet, F. DE LY, *op. cit.*, pp. 151-153.

²⁵² Le critère est donc « *bien celui du consentement donné à l'arbitrage et au règlement du CEPANI* » : D. MATRAY et G. MATRAY, « Le nouveau règlement du centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI) », *b-Arbitra*, 2013, p. 67.

²⁵³ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 222 ; Liège, 25 juin 1982, *J.L.*, 1982, p. 341.

²⁵⁴ Cass., 8 février 1997, *J.T.*, 1997, p. 97 ; Cass., 20 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 250 ; D. FEVERY, « Arbitrage et intervention forcée devant le juge étatique. Plaidoyer pour plus de symbiose », *J.T.*, 1997, p. 98 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 222 ; E. MARCHAL, note sous Comm. Bruxelles, 9 août 1973, *J.T.*, 1974, p. 623 et s.

²⁵⁵ D. FEVERY, *op. cit.*, p. 98 et les multiples références citées.

connaître de l'ensemble des demandes, même en présence d'une clause compromissoire applicable à l'une d'entre elles²⁵⁶.

§ 2. La relativité des effets des contrats et les groupes de contrats

52. Position du problème. La question de l'opposabilité d'une clause compromissoire à une personne qui n'en est pas signataire est plus délicate lorsque l'on prétend en étendre l'application aux sociétés relevant d'un même groupe²⁵⁷ ou à celui qui a été directement impliqué dans l'exécution du contrat la contenant.

Ce questionnement touche à la définition même de la notion de « *partie* » au contrat – en l'espèce à la convention d'arbitrage – et, partant, à la détermination des personnes tenues par ses effets. Cette question a connu un regain d'attention dans les années 1990, d'abord en France²⁵⁸, puis en Belgique²⁵⁹. A émergé l'idée que des liens particulièrement étroits peuvent exister entre plusieurs contrats de telle sorte que chacun d'eux s'intègre dans un ensemble de relations contractuelles plus complexes que l'on qualifie de « *groupe de contrats* »²⁶⁰. S'est, dès lors, posée la question de savoir si l'existence d'un tel réseau de contrats peut justifier une relecture de l'article 1165 du Code civil en ce sens que certaines clauses pourraient étendre leurs effets au-delà du périmètre strictement contractuel, s'appliquant à des personnes qui ne sont pas cocontractantes entre elles²⁶¹.

²⁵⁶ Cass. 9 mai 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 956 ; Gand, 14 avril 1969, *R.W.*, 1968-1069, col. 1651 ; Bruxelles, 28 novembre 1979, *J.T.*, 1980, p. 512.

²⁵⁷ À ce sujet, voy. B. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 115 et s. ; B. HANOTIAU, « L'arbitrage et les groupes de sociétés », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, n° 2004/2, pp. 11 et s. Notons qu'il a été jugé qu'il ne suffit pas qu'une société mère ait marqué son accord sur le recours à l'arbitrage pour ses filiales. Ces dernières, qui disposent d'une personnalité juridique propre, doivent également marquer leur accord (Anvers, 19 septembre 2005, *R.G.* n° 2003/AR/3112, inédit cité par G. KEUTGEN et A. GOESSENS, *op. cit.*, p. 823).

²⁵⁸ Voy. not. à cet égard J. GHESTIN, « La distinction des parties et des tiers », *J.C.P.*, 1992, I, p. 3628 ; J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, pp. 777 et s. ; J.-L. AUBERT, « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *Rev. trim. dr. civ.*, 1993, pp. 263 et s. ; Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 2000 ; L. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Paris, LGDJ, 1996 ; G. VINEY, « Groupe de contrats et responsabilité du fait d'autrui », *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaison franco-belge*, Paris, LGDJ, 1992, pp. 335 et s.

²⁵⁹ Not. S. STUNS, « Le contrat et les tiers », *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 189 et s. ; M. FONTAINE et J. GHESTIN (dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaison franco-belge*, Paris, LGDJ, 1992 ; P.-A. FORIERS, *Groupes de contrats et ensembles contractuels, quelques observations en droit positif*, Bruxelles, Paris, Larcier, LGDJ, 2006 ; X. DIEUX, « Les chaînes et groupes de contrats en droit belge. Pour un retour aux sources », *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, pp. 108 et s. ; I. CLAEYS, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid. De quasi immuniteit van de uitvoeringsagent erbekeken*, Anvers, Groningen, Oxford, Interscientia, 2003 ; I. SAMOY, « Nietigheid van een samenhangende overeenkomst: is er ruimte voor een sneeuwbal effect? », *T.P.R.*, 2008, pp. 555 et s. P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 747 et les multiples exemples cités pp. 750-751.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 748.

53. Les groupes de contrats et l'arbitrage. Les spécialistes de l'arbitrage n'ont pas manqué de s'intéresser à ces développements et de s'interroger sur les effets d'un tel groupe de contrats en présence d'une clause compromissoire : peut-on imposer à une partie de recourir à l'arbitrage sur la base d'une clause compromissoire contenue dans un des contrats relevant du groupe²⁶² ? Ainsi, selon le Professeur de Ly, « *de theorie van de contractengroep beoogt arbitrage mogelijk te maken ten aanzien van contractuele geschillen die een band met een andere overeenkomst vertonen en die anders naar de overheidsrechter zouden gaan mid-dels een andere arbitrageprocedure zouden worden beslecht* »²⁶³.

La jurisprudence de la Cour de cassation française²⁶⁴ a admis, à tout le moins en matière d'arbitrage international, qu'une clause d'arbitrage s'étende aux parties directement impliquées dans l'exécution d'un contrat²⁶⁵. La haute juridiction va ainsi jusqu'à soutenir que l'effet d'une clause compromissoire s'étend à un tiers qui s'est substitué totalement ou partiellement à une des parties contractantes pour l'exécution du contrat²⁶⁶. Elle semble, cependant, chercher à maintenir la nécessité de s'assurer de la réalité d'un consentement, à tout le moins implicite, dans la mesure où elle précise que « *l'extension de la clause compromissoire au tiers non signataire emporte la nécessité de vérifier son "implication dans l'exécution du contrat", et ainsi sa volonté d'être lié par la clause* »²⁶⁷. Elle paraît, par contre, hésitante quant à la nécessité de vérifier si le tiers concerné a eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage²⁶⁸.

En droit belge, certains auteurs semblent favorables à la possibilité qu'une personne soit liée par une clause compromissoire à laquelle elle n'a pas consenti en raison de sa participation à l'exécution d'un contrat renfermant une telle clause²⁶⁹. Si nous comprenons l'objectif poursuivi d'une meilleure efficacité procédurale, encore convient-il de rappeler que la théorie des groupes de contrats n'est pas reçue en droit belge²⁷⁰. Ceci étant entendu que d'autres institutions du droit des

²⁶² F. DE LY, *op. cit.*, pp. 145-147.

²⁶³ *Ibid.*, p. 149.

²⁶⁴ Not. Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 9 juillet 2014, pourvoi n° 13-17.495, *b-Arbitra*, 2015/1, p. 123, note M. BERLINGIN.

²⁶⁵ Ce n'est pas étonnant car c'est en France que le phénomène d'« extension » de la clause d'arbitrage à des parties non signataires a pris naissance et ce sont les arbitres et les tribunaux français qui se sont avérés les plus innovateurs en la matière : voy. B. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 131.

²⁶⁶ Cass. fr., 27 mars 2007, *Rev. arb.*, 2007, 2007, p. 788, note J. EL AHDAB. À ce sujet, G. TRAVAINI et H. MAALEJ, « Une affaire, quatre décisions (dont une sentence arbitrale) qui divergent : commentaire des arrêts de la Cour d'appel de Grenoble du 12 mai 2011, de la Cour de cassation du 7 novembre 2012, et de la Cour d'appel de Lyon du 15 octobre 2013 », *b-Arbitra*, 2014, pp. 425 et s.

²⁶⁷ G. TRAVAINI et H. MAALEJ, *op. cit.*, pp. 432-433.

²⁶⁸ *Ibid.*, pp. 432-433; Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 9 juillet 2014, pourvoi n° 13-17.495, *b-Arbitra*, 2015/1, p. 123, note M. BERLINGIN.

²⁶⁹ F. DE LY, *op. cit.*, pp. 145-148 ; H. VERBIST, *op. cit.*, pp. 71 et 75 ; D. MATRAY et G. MATRAY, « Le nouveau règlement du Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI) », *b-Arbitra*, 2013, p. 68.

²⁷⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 753. Dans le même sens, notamment, S. STUNS, *op. cit.*, p. 6.

obligations, et présentées comme étant dérogatoires à l'article 1165 du Code civil, existent et peuvent permettre de tenir compte des particularités des groupes de contrats²⁷¹.

54. Les groupes de contrats et l'arbitrage – le cas de l'agent d'exécution.

L'agent d'exécution est habituellement défini comme celui qui, bien que tiers à un contrat, participe à l'exécution des obligations contractées par une des parties envers son cocontractant²⁷². On sait que, depuis son arrêt du 3 décembre 1973²⁷³, critiqué à juste titre mais confirmé à plusieurs reprises²⁷⁴, la Cour de cassation a jugé que l'agent d'exécution n'est pas un tiers à l'exécution du contrat. Cette jurisprudence induit une quasi-immunité civile au bénéfice de l'agent d'exécution à l'égard du créancier principal : d'un côté, n'étant pas son cocontractant lors de la formation du contrat, sa responsabilité contractuelle ne peut être mise en cause ; d'un autre côté, sa qualité de « non-tiers » en regard de l'exécution justifie néanmoins que les conditions de l'option entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle s'appliquent si le créancier principal entend diriger une action en responsabilité aquilienne à son encontre.

L'agent d'exécution n'est pas un tiers à l'exécution du contrat, mais il ne devient pas pour autant partie audit contrat, et il ne peut donc se voir imposer les obligations qu'il contient. Les arrêts de la Cour de cassation du 15 septembre 1977 et du 13 avril 1984²⁷⁵ l'ont confirmé alors que la question demeurait ouverte à la suite de l'arrêt précité du 3 décembre 1973.

Dans l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation, un agent d'exécution ne peut donc pas se voir imposer le respect d'une clause compromissoire à laquelle il n'a pas consenti à moins qu'il soit à la source d'un recours qu'il base sur une action directe. Dans ce dernier cas, il pourra se voir opposer l'exception d'arbitrage en raison de la présence d'une clause compromissoire dans le contrat liant son débiteur et le débiteur de ce dernier (sous-débiteur)²⁷⁶. Il est, en effet, admis que, sauf disposition légale contraire, le sous-débiteur contre lequel se retourne le créancier direct peut opposer les exceptions qu'il tire de son rapport avec son cocontractant, le débiteur intermédiaire²⁷⁷.

La présente contribution ne prétend pas approfondir plus avant la notion de groupe de contrats, dont les contours sont au demeurant encore flous²⁷⁸. Il nous semble cependant opportun de reprendre la conclusion du Professeur Foriers qui s'est récemment intéressé à la notion de « parties » au contrat et suivant lequel :

²⁷¹ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, pp. 748 et 754.

²⁷² *Ibid.*, p. 759.

²⁷³ Cass., 3 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376.

²⁷⁴ Not. Cass., 3 décembre 1976, *R.C.J.B.*, 1978, p. 423, note R.O. DALCQ et Fr. GLANS-DORFF ; Cass., 15 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 57 ; Cass., 13 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1022 ; Cass., 25 octobre 1992, *R.C.J.B.*, 1992, p. 493.

²⁷⁵ Cass., 15 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 57 ; Cass., 13 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1022.

²⁷⁶ H. VERBIST, *op. cit.*, p. 46.

²⁷⁷ P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 836 et 845.

²⁷⁸ S. STIJNS, *op. cit.*, p. 5.

« Sauf à forcer la notion légale de contrat et des articles 1119, 1134 et 1165 du Code civil en adoptant une approche purement réglementaire du contrat qui s'imposerait dans ses effets internes à tous ceux qui seraient 'concernés' par celui-ci, indépendamment de toute participation à sa conclusion ou de toute adhésion ultérieure, il paraît difficile d'admettre des relations contractuelles directes de partie à partie entre parties à des contrats distincts sous le seul prétexte que ces contrats auraient le même objet ou participeraient de la même cause, de la même raison d'être [...]. Pour le reste, dans les groupes de contrats qui ne constituent pas, en réalité, de véritables contrats multipartites, il paraît difficile de considérer que les parties à chacun des contrats groupés seraient d'office parties aux autres contrats. Il n'en serait, en effet, ainsi que si une partie à l'un des contrats groupés adhérerait à un autre. La solution contraire supposerait une nouvelle définition du contrat et de l'article 1165 du Code civil²⁷⁹. »

La théorie des groupes de contrats ne justifie donc pas, à tout le moins en droit belge²⁸⁰, l'opposabilité d'une clause compromissoire à une partie tierce au contrat qui la contient en raison de sa seule participation à l'exécution de ce contrat.

²⁷⁹ P.-A. FORIERS, *op. cit.*, pp. 45-46.

²⁸⁰ Encore faut-il que le droit belge soit appliqué, cette question étant à distinguer de l'applicabilité du droit belge. En effet, la question de l'opposabilité de la clause compromissoire est, tout d'abord, une question à laquelle il convient de répondre sur la base du droit applicable à la convention d'arbitrage (F. DE LY, *op. cit.*, p. 160). Il conviendra donc de vérifier qu'il s'agit du droit belge dans le cas d'espèce. En outre, comme l'a relevé le Professeur HANOTIAU, si l'extension d'une clause d'arbitrage est une question de compétence qui est régie par le droit applicable à la clause compromissoire, « *les tribunaux arbitraux ne fondent pas toujours leur décision sur la base d'une détermination préalable du droit applicable. Partant du principe de l'autonomie de la clause compromissoire, ils s'estiment souvent libres de déterminer leur compétence sur base de ce qui leur apparaît être la volonté commune des parties, en prenant également en considération les usages du commerce international* » (B. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 131). Une telle pratique ne nous paraît pas conciliable avec les principes énoncés ci-dessus de sorte que des arbitres agissant de la sorte courraient le risque de voir leur sentence censurée en application des articles 1717 et/ou 1721 du Code judiciaire. On rappellera en outre que, contrairement à la France où la doctrine et la jurisprudence sont attachées à l'« *effet négatif de la compétence de la compétence* » en l'application duquel, sauf absence manifeste de convention d'arbitrage, les tribunaux arbitraux se prononcent par priorité sur leur compétence, ce n'est pas le cas en Belgique. Ce n'est en effet pas l'option qui a été choisie par le législateur belge dans la mesure où l'article 1682 du Code judiciaire, comme c'était déjà le cas de l'ancien article 1679 du Code judiciaire, prévoit que le juge saisi du différend doit se déclarer sans juridiction à moins que la clause compromissoire ne soit pas valable ou ait pris fin. Le juge étatique saisi d'un déclinatoire de juridiction doit donc se prononcer dans ce cadre sur la validité de la clause sans qu'une priorité ne soit donnée au tribunal arbitral. Le juge étatique belge dispose donc, dans cette hypothèse, d'un « *véritable pouvoir d'immixtion* » (C. DE BOE et M. BERLINGIN, *op. cit.*, p. 69) qui lui permet de trancher la question du pouvoir de juridiction du juge privé, au regard de la validité de la convention d'arbitrage. Voy. à ce propos O. CAPRASSE, « Le nouveau droit belge de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2013, p. 963 ; O. CAPRASSE, « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », *Actualités en droit judiciaire*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 409 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, t. II. *Le droit international*, 2^e éd. revue et augmentée, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 797 ; E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2007, p. 709 et s. ; C. DE BOE et M. BERLINGIN, *op. cit.*, p. 69 ; G. DE LEVAL, « L'arbitre et le juge étatique :

§ 3. Une application particulière en droit des sociétés

55. La convention d'arbitrage relative aux conflits survenant au sein d'une société. La question s'est posée de savoir comment soumettre les conflits pouvant surgir au sein d'une société à l'arbitrage au vu des principes énoncés ci-dessus relativement au consentement à la clause compromissoire²⁸¹.

La clause compromissoire peut, tout d'abord, être insérée dans les statuts de la société. Dans une telle hypothèse, la société sera liée par cette clause²⁸². Il en est de même des associés, en ce compris ceux qui acquièrent cette qualité postérieurement à l'introduction de la clause dans les statuts. On estime, en effet, qu'en acquérant cette qualité, ils adhèrent au pacte social, pour autant évidemment que la clause ait été adoptée dans le respect des quorums nécessaires à la modification des statuts²⁸³. Les organes de gestion et leurs membres, les liquidateurs ainsi que les commissaires sont également soumis à la clause d'arbitrage contenue dans les statuts, dans la mesure où, en acceptant leur mission, ils marquent leur adhésion aux statuts²⁸⁴. Finalement, comme indiqué ci-dessus²⁸⁵, le curateur est également tenu au respect de la clause d'arbitrage.

On peut également s'interroger sur la question de savoir si une clause d'arbitrage est opposable dans le cadre d'un litige qui intervient entre parties liées par la clause statutaire, mais qui découle d'une convention extrastatutaire. Dans cette hypothèse, tout dépend du libellé de la clause statutaire, mais également du contenu de la convention extrastatutaire concernée. En effet, si cette dernière convention contient elle-même une clause compromissoire ou une référence à la clause compromissoire contenue dans les statuts, il n'y a aucune difficulté. Il en est de même si la convention extrastatutaire ne contient aucune disposition relative au règlement des litiges et que la clause des statuts est rédigée largement²⁸⁶. Par contre, si la convention extrastatutaire exclut l'arbitrage, il conviendra de conclure que le prescrit de cette convention l'emporte sur la clause statutaire²⁸⁷.

quelle collaboration ? », *Rev. dr. int. comp.*, 2005, pp. 9-10 ; J.-F. POUDRET, « Litispendance entre l'arbitre et le juge : quelle priorité ? », *Mélanges Jean-Pierre Sortais*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 495 et s. ; F. HENRY, « Les pouvoirs du juge d'appui dans le cadre de la procédure en nomination d'un arbitre », note sous Liège, 19 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1913-1914.

²⁸¹ À ce sujet, D. VAN GERVEN et M. BERLINGIN, « Arbitration and Company Law in Belgium », *European Company Law Review*, 2015, p. 132 et plus particulièrement p. 136, § 3.

²⁸² O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 398 et références citées.

²⁸³ D. VAN GERVEN, « Arbitrage in vennootschapsgeschillen », note sous Bruxelles, 27 avril 1999 et Gand, 17 mars 1999, *T.R.V.*, 999, p. 534.

²⁸⁴ A. BENOIT-MOURY et D. MATRAY, « L'arbitrage et le droit des sociétés », cité par O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *op. cit.*, p. 406.

²⁸⁵ Voy. *supra* n° 42.

²⁸⁶ E.g. « tous les litiges entre associés qu'ils résultent de l'exécution des statuts ou de toute convention extrastatutaire ». Clause empruntée à O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *op. cit.*, p. 409.

²⁸⁷ O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *op. cit.*, p. 410 ; H. LAGAE et P. NICAISE, *op. cit.*, p. 43.

Les organes de la société peuvent également se pourvoir d'un règlement d'ordre intérieur qui régit l'exercice de leurs prérogatives. Ce règlement n'est pas imposé par la loi et ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique²⁸⁸. Une clause compromissoire pourrait sortir utilement ses effets si elle est prévue dans un règlement d'ordre intérieur²⁸⁹. Il est cependant admis que le règlement d'ordre intérieur est une décision d'un organe social qui, dès lors, doit être conforme aux statuts. Il conviendra, en conséquence, que les statuts autorisent l'insertion d'une clause compromissoire dans le règlement, à défaut de quoi il faudra y voir une modification implicite des statuts²⁹⁰.

Quant aux conventions d'arbitrage conclues en dehors des documents sociaux, il convient de vérifier qui y sont parties.

CHAPITRE 4. CONSIDÉRATIONS PRATIQUES : QUEL CONTENU DONNER À LA CLAUSE COMPROMISSOIRE ?

56. Le principe de la liberté contractuelle. Les parties sont libres de déterminer le contenu de la clause compromissoire en application du principe de la liberté contractuelle²⁹¹. Reste, cependant, qu'une clause bien rédigée permet d'éviter un certain nombre de difficultés et discussions et, surtout, de gagner du temps au moment de la mettre en œuvre²⁹². D. et G. Matray relèvent justement que « *même si l'interprétation des conventions d'arbitrage est aujourd'hui plus favorable que par le passé, le mérite d'une clause doit d'abord se mesurer à l'aune de sa clarté et de sa précision* »²⁹³.

²⁸⁸ H. LAGAE, « Het reglement van inwendige orde in vennootschappen », *T.P.R.*, 1993, pp. 895 et s.

²⁸⁹ Bruxelles, 27 avril 1999, *T.R.V.*, 1999, p. 525, note D. VAN GERVEN.

²⁹⁰ D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 534. Certains auteurs contestent cette position et estiment que rien n'empêche le règlement d'ordre intérieur de prévoir une clause compromissoire même en l'absence d'autorisation des statuts. O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *op. cit.*, p. 412.

²⁹¹ P. WÉRY, *op. cit.*, p. 103.

²⁹² Au sujet de la rédaction des clauses compromissoires, voy. not. « IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses, Adopted by a resolution of the International Bar Association », 7 octobre 201, disponible sur le site www.ibanet.org ; D. MATRAY et G. MATRAY, « La rédaction de la convention d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 21 et s. ; F. DE LY, « Drafting arbitration clauses », *What Counsel in Arbitration can do, must do or must not do?*, Bruxelles, CEPANI 40, Bruylant, 2015, pp. 69 et s. ; F. DE LY, « Applicable Law and dispute resolution clauses: a preliminary report », *Les grandes clauses des contrats internationaux*, CDVA, Bruxelles, Paris, Bruylant, FEC, 2005, pp. 167-234 ; J. PAULSON, N. RAWDING *et al.* (eds.), *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*, 3^e éd., La Haye, Kluwer Law International, 2010 ; G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, pp. 165 et s.

²⁹³ D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, p. 38.

57. Les éléments constitutifs de la clause compromissoire. Le Professeur de Ly distingue trois types d'éléments constitutifs de la clause compromissoire²⁹⁴ – dont certains seront étudiés plus en détail ci-après :

1. L'élément « essentiel » est la renonciation claire et non équivoque à la possibilité de soumettre le litige aux juridictions étatiques. Le Professeur de Ly insiste, à cet égard, et à raison, sur l'intérêt d'éviter l'utilisation d'un langage pouvant être interprété comme offrant une liberté de choix aux parties quant à la soumission du litige potentiel à l'arbitrage. On se rappellera qu'en droit belge, une clause se limitant à offrir la possibilité aux parties de recourir à l'arbitrage ne répond pas à la définition légale de la clause compromissoire prévue à l'article 1681 du Code judiciaire.
Nous pensons que cet élément essentiel inclut, en outre, la définition claire des litiges pouvant être soumis à l'arbitrage (objet de la clause compromissoire)²⁹⁵.
2. Les éléments « naturels », qui sont les éléments permettant de mettre en œuvre la clause compromissoire en cas de litige et de réguler la conduite de l'arbitrage, à savoir le choix entre un arbitrage *ad hoc* et un arbitrage institutionnel et la détermination du siège de l'arbitrage.
3. Les éléments « accessoires », qui sont les éléments qui expriment *a priori* les préférences des parties quant à la conduite de la procédure arbitrale. On observe, dans la pratique, que les clauses intègrent de plus en plus ces éléments accessoires. Ainsi, est-il fortement recommandé d'insérer dans la clause compromissoire des précisions quant à la désignation du tribunal arbitral, la langue de l'arbitrage et le droit applicable. On retrouve également, dans la pratique, des précisions quant aux règles de preuve, à la confidentialité de la procédure, à la relation avec d'autres modes alternatifs de résolution des litiges (*e.g.* la médiation²⁹⁶), à la relation avec d'autres contrats, à l'arbitrage d'urgence et à la possibilité de réclamer des mesures provisoires ou quant à la répartition des frais de l'arbitrage.

Notons finalement qu'en application de l'article 1718 du Code judiciaire, les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation d'une sentence arbitrale lorsqu'aucune d'elles n'est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou son domicile ou sa résidence habituelle en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique, son siège statutaire, son principal établissement ou une succursale.

58. Le champ d'application de la clause compromissoire. Il convient de veiller à ce que toutes les situations de litige potentiel que les parties entendent soumettre à l'arbitrage soient couvertes. À défaut, des discussions pourraient intervenir quant à la compétence du tribunal arbitral pour trancher un litige déterminé²⁹⁷.

²⁹⁴ F. DE LY, *op. cit.*, pp. 70 et s.

²⁹⁵ F. de Ly y voit quant à lui un élément accessoire de la clause. F. DE LY, *op. cit.*, p. 76.

²⁹⁶ Voy. *supra* n° 34.

²⁹⁷ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 172 ; Anvers, 27 janvier 2005, *R.D.C.*, 2006, p. 438, note C. VAN SANTVLIET et S. VERSCHAEVE ; Bruxelles, 20 décembre 2005, *R.D.C.*, 2006,

À cet égard, il convient de noter que la convention d'arbitrage ne doit pas être interprétée de façon trop stricte et trop littérale, ce qui pourrait conduire à soustraire à l'arbitrage un certain nombre de litiges en contrariété avec la volonté des parties²⁹⁸. Cette position s'inscrit dans la droite ligne de la doctrine et de la jurisprudence majoritaires relatives au « *favor arbitrandum* »²⁹⁹. Dans ce sens, dans une affaire soumise à la Cour d'appel d'Anvers, le premier juge avait estimé que la clause compromissoire ne pouvait trouver à s'appliquer dans la mesure où la demande n'était pas fondée sur la convention d'actionnaires qui contenait ladite clause, mais sur un accord de collaboration qui ne prévoyait pas de convention d'arbitrage. La Cour d'appel a, quant à elle, estimé qu'une partie de la demande avait trait à l'accord de collaboration et ne pouvait donc pas donner lieu à l'arbitrage, mais qu'une autre partie de la demande se référait à la convention d'actionnaires et pouvait être tranchée par la voie de l'arbitrage, le juge judiciaire devant se déclarer sans juridiction à cet égard³⁰⁰.

Si les parties limitent l'objet de la clause compromissoire au litige pouvant surgir relativement à la convention qui la contient, cette clause ne pourra trouver à s'appliquer dans un litige entre les mêmes parties, mais qui ne la concerne pas. Ainsi, la Cour d'appel d'Anvers a estimé que si les parties limitent l'objet de la clause compromissoire au litige portant sur l'objet même de la convention - en l'espèce, une promesse de vente d'actions -, elle ne peut s'appliquer dans le cadre d'un litige portant sur le retrait ou l'exclusion forcée d'un actionnaire³⁰¹.

La doctrine conseille, dès lors, à raison, si les parties entendent recourir à l'arbitrage pour toutes les difficultés qu'elles rencontrent dans leur relation contractuelle, d'avoir recours à des formulations larges du type « *tous les litiges nés à l'occasion du contrat* », plutôt que « *tous les litiges découlant de l'exécution ou de l'inexécution du contrat* », ce qui permettra, notamment, de voir les arbitres connaître des contestations touchant également à la responsabilité délictuelle³⁰².

59. Arbitrage *ad hoc* vs arbitrage institutionnel. Les parties ont la possibilité de se référer au règlement d'une institution d'arbitrage. On distingue, dès lors, les

p. 454 ; Anvers, 24 mai 2007, R.G. n° 2006/AR/1050, inédit cité par G. KEUTGEN et A. GOESSENS, *op. cit.*, p. 803.

²⁹⁸ G. KEUTGEN et A. GOESSENS, *op. cit.*, p. 823 ; F. DE LY, *op. cit.*, p. 79 (en particulier la très éclairante citation de la décision de la House of Lords du 17 octobre 2007 dans l'affaire *Premium Nafta Products Limited and others v. Fili Shipping Company Limited and others*) ; Civ. Gand, 21 octobre 2008, R.W., 2008-2009, p. 1230.

²⁹⁹ G. KEUTGEN, « L'interprétation de la convention d'arbitrage », *Liber amicorum, CDVA. 40^e anniversaire (1957-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 345 et suiv. ; B. HANOTIAU, *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, Cunet, 1994, p. 899 ; O. CAPRASSE, « Le nouveau droit de l'arbitrage », *op. cit.*, p. 975 ; Anvers, 3 décembre 2012, *R.D.C.*, 2014, p. 373.

³⁰⁰ Anvers, 24 mai 2007, R.G. n° 2006/AR/1050, inédit, cité par G. KEUTGEN et A. GOESSENS, p. 823.

³⁰¹ Anvers, 27 janvier 2005, *R.D.C.*, 2006, p. 438, note C. VAN SANTVLIET et S. VERSCHAEVE, voy. également Bruxelles, 20 décembre 2005, *R.D.C.*, 2006, p. 154.

³⁰² G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 174.

arbitrages qualifiés d'institutionnels³⁰³, à savoir ceux administrés par une institution d'arbitrage et régis par le règlement de cette institution, et les arbitrages *ad hoc*, définis *a contrario*.

La référence au règlement d'une institution d'arbitrage implique, cependant, que toutes les parties aient marqué leur accord à son application³⁰⁴. Dans cette hypothèse, le règlement d'arbitrage visé intègre le contenu de la convention d'arbitrage. En application du principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent se référer au règlement d'une institution d'arbitrage tout en dérogeant à certaines de ses règles. Par exemple, les parties peuvent s'en remettre au règlement d'arbitrage du CEPANI (Centre belge d'arbitrage et de médiation), tout en prévoyant des règles particulières quant à la nomination des arbitres. De même, elles sont autorisées à prévoir des règles spécifiques en matière de délais, notamment le délai maximum pour rendre la sentence arbitrale. Il conviendra, dans ce cas, de veiller à consulter le secrétariat de l'institution arbitrale concernée afin de vérifier que les modifications apportées peuvent être effectivement mises en œuvre par ladite institution.

Comme la doctrine autorisée en la matière³⁰⁵, nous recommandons le renvoi au règlement d'une institution d'arbitrage. Cela sera particulièrement utile lorsqu'une partie refuse, au mépris d'une clause compromissoire, de mettre le différend à l'arbitrage ou de désigner son propre arbitre³⁰⁶. L'institution d'arbitrage veillera, en outre, à vérifier l'existence d'une clause compromissoire qui la désigne, à la constitution du tribunal arbitral en tranchant le cas échéant les demandes de récusation des arbitres, à la réception des paiements ou fonds à consigner et, de manière plus générale, à la supervision de l'instance arbitrale au travers, notamment et si nécessaire, de la fixation du siège de l'arbitrage, de la détermination des frais de l'arbitrage et du respect des divers délais prévus dans le règlement³⁰⁷.

Notons encore que :

- le renvoi à un règlement ne doit pas se faire de manière expresse : le simple renvoi à l'institution d'arbitrage comporte implicitement un renvoi à son règlement d'arbitrage ;

³⁰³ La notion ne reçoit aucun parallèle en matière de médiation : dans ce champ spécifique, la médiation institutionnelle désigne généralement le processus qui est mis en œuvre par un médiateur qui n'est pas indépendant de l'institution ou de l'organisation dont il relève. Ainsi en va-t-il du médiateur hospitalier, par exemple.

³⁰⁴ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 168.

³⁰⁵ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 168 et Ph. DE BOURNONVILLE, *op. cit.*, p. 94 ; G. KEUTGEN, « L'arbitrage : une institution à visage humain », *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges*, Liège, CUP, 2002, p. 335, n° 9 ; F. DE LY, *op. cit.*, p. 71 ; D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, pp. 43-44.

³⁰⁶ Ch. DEL MARMOL, « Rédaction d'une clause d'arbitrage et choix des arbitres compétents », *D.P.C.I.*, 1977, p. 279 ; Ph. DE BOURNONVILLE, *op. cit.*, p. 83.

³⁰⁷ Ph. DE BOURNONVILLE, *op. cit.*, p. 93 ; D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, p. 44. Il y a, en outre, lieu de souligner le fait que les centres d'arbitrage disposent d'un secrétariat dont l'activité principale est la gestion des litiges et leur suivi alors que les arbitres désignés dans le cadre d'arbitrage *ad hoc* ne bénéficient, dans la grande majorité des cas, pas d'un tel support qualifié.

- pour éviter des discussions relatives à la version du règlement d'arbitrage applicable, il est conseillé de préciser si le règlement applicable sera celui en vigueur au moment où la demande d'arbitrage est introduite ou au moment de la signature de la convention d'arbitrage. La plupart des institutions prévoient désormais une disposition transitoire. Par exemple, le règlement d'arbitrage du CEPANI prévoit que la version applicable est, sauf accord des parties, celle en vigueur au début de l'arbitrage³⁰⁸.

À défaut pour les parties de se référer à un règlement d'arbitrage, il leur appartient de déterminer les règles de procédure en application de l'article 1700 du Code judiciaire. En pratique, on constate cependant que les règles de procédure seront dressées par le tribunal arbitral, en application de l'article 1700, § 2, du Code judiciaire.

60. Lieu de l'arbitrage. Il revient également aux parties de déterminer le lieu de l'arbitrage³⁰⁹. À défaut, ce lieu sera fixé par le tribunal arbitral compte tenu des circonstances de l'affaire, en ce compris les convenances des parties (art. 1701, C. jud.). Les travaux préparatoires précisent qu'il convient d'avoir égard, notamment, à des considérations pratiques telle la faculté d'entendre facilement des témoins dans un lieu précis ou encore le fait d'éviter des déplacements inutiles des parties et des membres du tribunal arbitral. Le législateur indique également que le tribunal arbitral doit prendre en considération des éléments juridiques comme, par exemple, la performance de l'appareil judiciaire d'appui³¹⁰. Cette dernière remarque permet d'insister sur l'importance de la détermination du lieu de l'arbitrage. En effet, c'est ce lieu qui détermine le juge d'appui compétent pour intervenir au cours de la procédure arbitrale, par exemple, pour ordonner des mesures provisoires, ou assister les parties dans le cadre de la composition du tribunal arbitral³¹¹. C'est également le juge du lieu de l'arbitrage qui connaît d'un recours éventuel contre la sentence arbitrale³¹². En outre, dans les arbitrages internationaux³¹³, le lieu de l'arbitrage constitue un des critères permettant de déterminer, si les parties ne l'ont pas convenu, le droit de l'arbitrage applicable³¹⁴, qui n'est

³⁰⁸ Art. 7.1. du Règlement d'arbitrage du CEPANI en vigueur au 1^{er} janvier 2013.

³⁰⁹ Voy à cet égard M. STORME et F. DE LY (eds.), *The place of arbitration*, Gand, Mys & Breesh, 1992.

³¹⁰ Projet de loi modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Sess. Ord., 2012-2013, n° 53 2743/ 001, p. 29.

³¹¹ Voir à cet égard A. SALETTI, J. VAN COMPERNOLLE et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *L'arbitre et le juge étatique. Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

³¹² G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, t. II. *Le droit international*, 2^e éd. revue et augmentée, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 740.

³¹³ La question ne se pose pas en ce qui concerne les arbitrages nationaux.

³¹⁴ C'est le critère retenu par le législateur belge dans la mesure où l'article 1676, § 7, du Code judiciaire prévoit que « *Sauf convention contraire des parties, la sixième partie du présent Code [i.e. le droit belge de l'arbitrage] s'applique lorsque le lieu de l'arbitrage au sens de l'article 1701, § 1^{er}, est situé en Belgique* ». Le droit de l'arbitrage applicable recouvre « *l'ensemble des normes régissant l'institution de l'arbitrage dans un pays donné, en particulier la validité formelle de la convention d'arbitrage, l'arbitrabilité du litige, la composition du tribunal arbitral, les garanties fondamentales de procédure, l'as-*

pas à confondre avec le droit applicable au fond du litige³¹⁵. Finalement, le lieu de l'arbitrage détermine celui où la sentence est rendue et, dès lors, sa nationalité, ceci afin de déterminer si la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères signée à New York le 10 juin 1958³¹⁶ ou une autre convention³¹⁷ est applicable³¹⁸. C'est donc un point d'une importance cruciale pour l'exécution de la sentence et il convient, dès lors, de choisir un pays favorable à l'arbitrage³¹⁹.

L'article 1701, § 1^{er}, du Code judiciaire prévoit que si le lieu de l'arbitrage n'a pas été choisi par les parties ou fixé par les arbitres, il s'identifie au lieu où la sentence est rendue.

Enfin, précisons que la détermination du lieu de l'arbitrage n'empêche pas les parties ou les arbitres de tenir des audiences ou des réunions en tout autre endroit que le tribunal arbitral estimerait approprié, étant entendu que les parties doivent avoir été consultées à ce sujet (article 1701, § 2, C. jud.).

61. La procédure arbitrale. En ce qui concerne la procédure arbitrale, l'article 1700, § 1^{er}, du Code judiciaire prévoit que les parties sont libres de déterminer la procédure à suivre par le tribunal arbitral, notamment par le biais de la référence à un règlement d'arbitrage. À défaut d'accord, ce sont les arbitres eux-mêmes qui déterminent les règles de procédure applicables dans le respect des dispositions impératives édictées par la sixième partie du Code judiciaire (article 1700, § 2, du Code judiciaire)³²⁰.

On notera qu'en tout état de cause les parties ne peuvent déroger à la règle prévue à l'article 1699 du Code judiciaire suivant lequel « [n]onobstant toute convention contraire, les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits, moyens et arguments dans le respect du contradictoire [...] ».

sistance du juge étatique et le contrôle de la régularité de la sentence » (J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 83).

³¹⁵ D'autres critères de rattachement existent: le pays dans lequel la sentence doit être exécutée, le droit applicable au contrat principal ou encore la nationalité des parties. D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, p. 61. Sur ces questions et les débats qui peuvent exister à ce sujet: H. VAN HOUTTE, « Arbitrage en toepasselijke recht », *T.P.R.*, 1982, pp. 703 et s.; F. DE LY, *op. cit.*, pp. 87-89.

³¹⁶ Entrée en vigueur le 7 juin 1959 et ratifiée par la Belgique.

³¹⁷ On pense aux conventions bilatérales entre la Belgique et la France (du 8 juillet 1899), les Pays-Bas (du 28 mars 1925), l'Allemagne (du 30 juin 1958), la Suisse (du 29 avril 1959) ou encore l'Autriche (du 26 juin 1959), et à la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961. Voy. à cet égard Y. HERINCKX, « Pour la dénonciation des traités bilatéraux en matière d'arbitrage », *J.T.*, 2015, pp. 690 et s.

³¹⁸ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 740.

³¹⁹ D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, p. 57.

³²⁰ J. LINSMEAU, « Le déroulement de la procédure arbitrale », *Arbitrage et modes alternatives de règlement de litiges*, Liège, CUP, 2002, p. 201 et s.

62. Les détails relatifs au tribunal arbitral. Les articles 1684 à 1689 du Code judiciaire réglementent les modalités de constitution du tribunal arbitral³²¹.

Sous la réserve de l'exigence générale d'indépendance et d'impartialité du ou des arbitres, le Code judiciaire laisse aux parties la faculté de convenir de la procédure de désignation du tribunal arbitral (art. 1685, § 2, C. jud.). Elles peuvent exercer ce choix par le renvoi au règlement d'un centre d'arbitrage ou par le biais d'une convention *ad hoc*³²².

Les parties peuvent convenir du nombre d'arbitres pourvu qu'il soit impair, étant entendu qu'il peut y avoir un arbitre unique (art. 1684, § 1^{er}, C. jud.). Si les parties ont prévu un nombre pair d'arbitres, il sera procédé à la nomination d'un arbitre supplémentaire (art. 1684, § 2, C. jud.). Enfin, l'article 1684, § 3, du Code judiciaire dispose qu'à défaut d'accord entre les parties sur le nombre d'arbitres, le tribunal arbitral est composé de trois arbitres.

Il convient de conseiller aux rédacteurs de clauses compromissaires de prévoir le recours à un arbitre unique lorsque l'enjeu est limité. Reste que, dans certains cas, il n'est pas possible de déterminer à l'avance si le litige portera sur un enjeu important ou non. Rien n'empêche, dans cette hypothèse, de prévoir qu'en dessous d'un certain montant en jeu, le différend sera tranché par un seul arbitre et par un collège arbitral si le montant précité est dépassé. Cette hypothèse n'est néanmoins pas dénuée de difficultés dans la mesure où le montant charnière pourrait ne pas être dépassé dans le cadre de la demande principale, mais l'être si l'on tient compte de la demande reconventionnelle éventuellement formulée par la partie adverse. Notons, à cet égard, que les règlements de la plupart des centres d'arbitrage prévoient la transmission par la partie défenderesse d'une réponse à la demande d'arbitrage, dans laquelle la partie défenderesse est appelée à formuler une éventuelle demande reconventionnelle, avant la constitution du tribunal arbitral³²³.

Sous réserve de ce qui vient d'être dit, le recours à trois arbitres présente des avantages non négligeables. Tout d'abord, la combinaison des connaissances et de l'expérience de trois arbitres est bénéfique pour tous les intervenants. En outre, la possibilité pour les parties de désigner leur arbitre peut faire naître dans leur chef le sentiment qu'à tout le moins un des membres du tribunal arbitral comprendra leur position, ce qui est d'autant plus vrai lorsque les parties sont issues d'horizons culturels et légaux différents³²⁴.

Les parties ont toute latitude pour préciser les exigences auxquelles elles souhaitent que les membres du tribunal arbitral – voire certains d'entre eux – répondent. Par exemple, elles peuvent imposer que l'arbitre exerce une profession

³²¹ Sur la désignation des arbitres, voy. not. Ph. DE BOURNONVILLE et G. VAN DOOSSELAERE, « Statut de l'arbitre : nomination de l'arbitre », *L'arbitre : pouvoirs et statuts*, Actes du colloque du CEPANI du 28 mars 2003, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 42 et s., n^{os} 6 et s.

³²² M. DAL, « La nouvelle loi sur l'arbitrage », *op. cit.*, 2013, p. 788.

³²³ Art. 3.1 du Règlement d'arbitrage du CEPANI ; art. 5.5. du Règlement d'arbitrage de la CCI.

³²⁴ D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, p. 55.

particulière ou soit repris sur une liste d'experts³²⁵, qu'il présente une certaine expertise ou expérience, ait une formation particulière, etc. Les parties s'abstiendront, à cet égard, de prévoir des qualifications trop spécifiques, ce qui pourrait réduire à l'excès le champ des personnes susceptibles d'être désignées en qualité d'arbitres et, le cas échéant, rendre la convention d'arbitrage inexécutable³²⁶. Les parties peuvent également formuler des exigences en matière de nationalité et de connaissance linguistique³²⁷. La seule limite à la liberté des parties en matière de critères de désignation des arbitres est prévue à l'article 1685, § 2, du Code judiciaire et consiste dans l'exigence d'indépendance et d'impartialité des arbitres³²⁸.

Les parties peuvent désigner les arbitres nommément dans la clause compromissoire. Ce type de mention n'est cependant pas conseillé dans la mesure où le décès de la personne concernée, la disparition (voire l'absence) d'impartialité de cette personne, le refus ou encore l'impossibilité pour cette personne d'assumer la fonction d'arbitre supprimerait toute possibilité de donner effet à la clause compromissoire. Certains auteurs relèvent cependant que rien n'empêche les parties de s'accorder, « *hors la clause d'arbitrage* » sur une liste de personnes susceptibles d'être désignées³²⁹.

Faute de convention relative à la désignation des arbitres, plusieurs hypothèses doivent être distinguées (art. 1685, § 3, C. jud.) :

(i) *en cas d'arbitrage par trois arbitres*, il est prévu que chaque partie désigne un arbitre et les deux arbitres ainsi désignés choisissent le troisième arbitre. Dans cette situation, si une partie ne désigne pas un arbitre dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande émanant de l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans le délai d'un mois à compter de la désignation du deuxième arbitre, il est procédé à la désignation du ou des arbitres par le président du tribunal de première instance, à la requête de la partie la plus diligente (art. 1685, § 3, a), C. jud.).

(ii) *en cas d'arbitrage par un arbitre unique*, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est également désigné par le président du tribunal de première instance, à la requête de la partie la plus diligente (art. 1685, § 3, b), C. jud.).

(iii) *en cas d'arbitrage par plus de trois arbitres*, si les parties ne peuvent s'accorder sur la composition du tribunal arbitral, celui-ci est, à nouveau, désigné par le président du tribunal de première instance, statuant sur requête de la partie la plus diligente (art. 1685, § 3, c), C. jud.).

63. Langue(s) de l'arbitrage. Il y a lieu de recommander la détermination d'une ou plusieurs langues pour le déroulement de la procédure arbitrale, spécialement

³²⁵ Anvers, 27 octobre 2003, RG, n° 2003/5672, inédit, cité par G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 179.

³²⁶ D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, p. 56.

³²⁷ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 179 ; F. DE LY, *op. cit.*, p. 75.

³²⁸ Sur ces questions, voy. not. D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, pp. 21 à 77.

³²⁹ D. MATRAY et G. MATRAY, *op. cit.*, p. 56.

lorsque les parties ne partagent pas la même langue. Le Code judiciaire prévoit, à ce sujet, que les parties peuvent convenir de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale, à défaut de quoi le tribunal arbitral décidera seul. Si le Code judiciaire prévoit la possibilité de prévoir plusieurs langues, les travaux préparatoires précisent cependant que cette pratique « *n'est pas toujours recommandée en raison de difficultés qui peuvent résulter de textes non parfaitement identiques* »³³⁰. Reste qu'un tel choix est parfois des plus utiles quand les parties ne parlent tout simplement pas la même langue. Ainsi, les parties peuvent prévoir qu'elles rédigeront et s'exprimeront chacune dans leur langue, ce qui impliquera qu'elles se mettent d'accord sur la langue de la sentence et que *soit* les arbitres puissent travailler dans les deux langues, *soit* que l'on recoure à des traducteurs et interprètes. Cette dernière solution est cependant coûteuse et le résultat parfois décevant, surtout quand les débats sont techniques.

64. Quelques exemples de clauses. Le CEPANI³³¹ préconise l'usage d'une clause compromissoire libellée comme il suit : « *Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le règlement d'arbitrage du CEPANI par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement.* » Cette clause sera utilement complétée par les précisions suivantes : « *Le tribunal arbitral sera composé [d'un ou de trois arbitres]. Le lieu de l'arbitrage sera [ville]. La langue de la procédure sera le [...]. Les règles de droit applicables seront [...].* »

De son côté, la CCI recommande aux parties d'insérer dans leur contrat la clause type qu'elle fournit sur son site : « *Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement.* » Elle précise que les parties peuvent adapter la clause précitée suivant les circonstances du cas et, par exemple, préciser le nombre d'arbitres, mentionner le lieu et la langue de l'arbitrage ainsi que la loi applicable au fond du litige, étant entendu qu'elle insiste sur le fait qu'il convient de « [...] *prêter une attention particulière à éviter tout risque d'ambiguïté dans le libellé de la clause lors de son adaptation. Une formulation obscure est source d'incertitudes et de retards et peut entraver, voire compromettre, le processus de règlement des différends* »³³².

³³⁰ Projet de loi modifiant la 6^e partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. Sess. Ord., 2012-2013, n° 53 2743/ 001, p. 30.

³³¹ Centre belge d'arbitrage et de médiation : www.cepani.be.

³³² www.iccwbo.org.