

780

# Quelles options pour le contentieux post-transactionnel et quelles implications ?

Bien que les parties croient volontiers avoir tranché un différend pour de bon quand elles transigent, elles ne sont pas à l'abri d'un contentieux postérieur relatif à cette transaction. L'expression contentieux post-transactionnel n'est donc pas un oxymore et, lors de la rédaction des transactions, les parties doivent considérer avec attention les options qui se présentent à elles en matière de règlement des différends. Dans la transaction, les clauses compromissoires et les clauses de médiation ont chacune des implications propres que le rédacteur doit appréhender avec attention afin d'en délimiter strictement les effets. Nous y consacrons la présente étude au regard du récent contexte, tant législatif que jurisprudentiel, favorable aux règlements amiables des différends.



**Raphaël Dalmas**, avocat associé, Astura  
**Mathilde Daumas-Condoumines**, collaborateur, Astura  
**Clotilde Chabre**, avocat-stagiaire, Astura

1 - La transaction, définie par les articles 2044 et suivants du Code civil, est un contrat particulier à plus d'un titre<sup>1</sup>.

Cet outil vise à mettre un terme à un différend né ou à naître. Selon l'expression consacrée des protocoles transactionnels, la transaction a pour but « d'éviter les suites d'un contentieux ». Cet accord, bien qu'imparfait aux yeux des parties, repose sur l'équilibre trouvé entre leurs concessions réciproques et permet d'éviter l'aléa du contentieux. La transaction répond ainsi à une volonté de prévisibilité juridique.

2 - On relève que si, dans la transaction, les parties écartent le recours au juge, c'est en réalité pour mieux s'y substituer (voire pour se substituer au juge du second degré), la transaction ayant « l'autorité de la chose jugée en dernier ressort »<sup>2</sup> entre les parties. En d'autres termes, la transaction est censée régler un différend de façon définitive, comme un juge l'aurait fait.

La transaction apparaît donc comme un accord à la croisée des chemins judiciaire et

juridique. Arrivées à ce croisement, les parties considèrent volontiers qu'elles ont traité le différend qui les opposait de façon pérenne et qu'elles n'y reviendront plus.

3 - De ce fait, les clauses relatives à l'exécution des transactions sont souvent peu considérées lors de leur rédaction. Elles semblent en effet en contradiction avec le principe même de la transaction qui œuvre à faire l'économie d'un contentieux. Les clauses de mode de règlement des conflits sont donc, au mieux, reléguées à une clause standard dans les protocoles transactionnels, quand elles ne sont pas inexistantes.

4 - Pourtant, l'exécution de la transaction peut se révéler un parcours semé d'embûches ! Ce peut être le cas lorsque les obligations à la charge des parties ne sont pas exécutées au moment même de la conclusion de la transaction et simultanément, ou, *a fortiori*, lorsque l'exécution de l'obligation d'une partie, intervenant après la conclusion de la transaction, est soumise à différentes conditions.

Ainsi, le décalage dans le temps entre la conclusion de la transaction et l'exécution d'une obligation transactionnelle laisse planer une incertitude quant à la réalisation effective de cette obligation. Le créancier de cette obligation doit donc apprécier en amont les voies de recours dont il pourrait disposer, le cas échéant.

5 - La transaction étant un contrat, les parties peuvent aménager des clauses relatives au règlement de différends et envisager des clauses de résolution amiable (par exemple, en prévoyant une médiation ou une conciliation) et/ou des clauses d'arbitrage. L'enjeu pour les parties est donc d'user à bon escient de la malléabilité offerte par cette liberté contractuelle pour que les clauses du contrôle de l'exécution de la transaction puissent, le moment venu, leur offrir la sécurité et l'efficacité recherchées par la transaction.

6 - On note d'emblée que, avec le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015<sup>3</sup>, les parties

1 Nous remercions chaleureusement Noël Mélin, secrétaire général de l'Association française d'arbitrage, pour son regard critique sur cette étude.

2 C. civ., art. 2052.

3 D. n° 2015-282, 11 mars 2015 : JO 14 mars 2015, p. 4851 ; JCP G 2015, act. 356, Aperçu rapide H.

Croze ; JCP G 2015, act. 464, Libres propos D. Landry.

seront incitées à prévoir le recours à la médiation dans la mesure où elles doivent dorénavant faire état dans leur assignation, leur requête ou leur déclaration, des diligences entreprises tendant à une résolution amiable du litige<sup>4</sup>. Recourir à des clauses de mode alternatif de règlement de litige permet de répondre à cette exigence légale tout en offrant un cadre défini aux « diligences » à entreprendre préalablement à la saisine du juge.

7 - On note également que les choix dont les parties disposent concernant de telles clauses ne sont pas neutres. Des arrêts récents sur lesquels nous reviendrons ont étendu notamment la force obligatoire et l'aspect contraignant des procédures de conciliation, s'inscrivant ainsi dans le courant favorable des juridictions et du législateur au développement des modes alternatifs de règlement des conflits.

8 - À notre connaissance, il existe peu de jurisprudences ou d'études relatives aux clauses de mode de règlement des différends dans le cadre spécifique de la transaction. Nous y consacrons donc la présente étude. Nous rappelons d'abord qu'une limite à la liberté contractuelle en la matière résulte de la procédure dite d'homologation, réservée au juge étatique (1). Nous comparerons ensuite les implications pratiques du choix des parties d'attribuer implicitement ou explicitement la compétence des différends post-transactionnels au juge étatique (2) ou de les réserver expressément à la médiation et l'arbitrage (3).

## 1. L'homologation, *imperium* du juge étatique

9 - Lorsque l'une des parties n'exécute pas d'elle-même les obligations qu'elle a contractées en vertu de la transaction, la partie la plus diligente pourra éventuellement recourir à la force publique pour la contraindre à respecter ses engagements. Il faudra au préalable qu'elle obtienne un titre exécutoire via la procédure d'homologation (A). La déli-

vance d'un titre exécutoire relève de l'*imperium* du juge, prérogative par laquelle il a le pouvoir de commander aux huissiers et à la force publique l'exécution d'un acte<sup>5</sup> (B).

### A. - L'homologation, préalable nécessaire à l'exécution

10 - La force exécutoire de la transaction est subordonnée à son « homologation », procédure prévue par les articles 1565 à 1567 du Code de procédure civile<sup>6</sup>. Contrairement aux outils dont disposent les parties pour soustraire le règlement de leurs différends à la sphère judiciaire, l'homologation serait une exclusivité impérative du juge et une prérogative consubstantielle à son office.

11 - Saisi par une ou plusieurs parties à la transaction<sup>7</sup>, le juge n'a pourtant qu'un pouvoir limité à l'égard de l'examen de la transaction puisque la loi lui interdit expressément d'en modifier les termes<sup>8</sup>. Plus encore, la jurisprudence circonscrit son rôle au contrôle de la conformité de la transaction avec l'ordre public et les bonnes mœurs<sup>9</sup>. En pratique, le juge « de l'homologation » contrôle également l'existence de la transaction<sup>10</sup>, sa régularité formelle et l'existence de concessions réciproques. En revanche, il ne pourra en aucun cas se prononcer sur le contenu de la transaction, son opportunité ou encore sur l'équilibre des concessions. L'homologation ne doit en effet en rien altérer l'accord des parties et doit se contenter d'en être le relais. C'est de cette articulation que la transaction puise sa force : son pendant contractuel permet de régler dans son principe un litige en le soustrayant à une solution judiciaire obligatoire tandis que son pendant judiciaire assure le respect effectif de ce que les parties ont convenu.

12 - Le juge, élément charnière de cette articulation, jouit en la matière d'une compétence matérielle exclusive, le Code de procédure civile précisant que l'homologation relève du « juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée »<sup>11</sup>. Cette disposition est par ailleurs

conforme à l'article 384 du Code de procédure civile qui confère au juge, dans des termes très généraux, le pouvoir de « donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties, que celui-ci intervienne devant lui ou ait été conclu hors sa présence ».

13 - Dans ce contexte, la question peut se poser de savoir si les parties peuvent faire homologuer une transaction qui contiendrait elle-même une clause compromissoire et/ou une clause de médiation.

### B. - L'*imperium* du juge étatique

14 - S'agissant de la volonté des parties de soumettre l'homologation à l'arbitrage, la jurisprudence a indiqué que : « donner force exécutoire à l'acte, qui ne peut relever que de l'*imperium* du juge étatique, est indépendant des difficultés d'exécution du même acte, lesquelles difficultés se réglant, soit par saisine du juge de l'exécution, soit, comme en l'espèce, par le recours à l'arbitrage »<sup>12</sup>. Quoique rendue sous l'empire de l'ancien article 1441-1 du Code de procédure civile, les motifs de cette décision semblent rédigés de manière suffisamment large pour pouvoir s'appliquer à l'homologation telle que prévue par les articles 1565 à 1567 du Code de procédure civile.

Il en résulte que l'insertion par les parties d'une clause d'arbitrage dans leur transaction pour régler les difficultés d'exécution ne saurait priver le juge étatique du pouvoir de donner force exécutoire à une transaction qui relève de son *imperium*<sup>13</sup>. La même limite à la volonté des parties a été appliquée à une clause attributive de juridiction, pour laquelle il a été jugé qu'elle ne pouvait faire échec à la compétence du juge légalement désigné pour l'homologation<sup>14</sup>. La compétence exclusive du juge en ce domaine est donc sans ambiguïté. En définitive, c'est cette compétence exclusive qui est gage de force exécutoire et donc de sécurité juridique.

15 - À notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence similaire applicable à la médiation ou à toute autre procédure de

4 L'article 56 du Code de procédure civile issu du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 précise dorénavant : « Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ».

5 V. not. D. n° 47-1047, 12 juin 1947, relatif à la formule exécutoire.

6 Les articles 1565 à 1567 ont été insérés dans le Code de procédure civile par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012. Ce corpus de textes vient remplacer la procédure spécifique conférant force

exécutoire à la transaction prévue par l'article 1441-4 du Code de procédure civile, aujourd'hui abrogée (sauf à Wallis-et-Futuna).

7 CPC, art. 1567.

8 CPC, art. 1565.

9 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 mai 2011, n° 06-19.527 : *JurisData* n° 2011-010017 ; *JCP G* 2011, doctr. 1397, n° 6, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2011, p. 559, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2011, p. 593, obs. R. Perrot ; *D.* 2011, p. 2150, obs. J.-M. Sommer et L. Leroy-Gissinger. Cette jurisprudence est relative à l'application de l'article 1441-4 du Code de procédure civile, V. préc. note (6).

10 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 sept. 2014, n° 13-11.843 : *JurisData* n° 2014-020539 ; *AJCA* 2014, p. 328, obs. N. Fricero ; *RTD civ.* 2014, p. 904, obs. P.-Y. Gautier ; *Gaz. Pal.* 23 déc. 2014, p. 29, obs. L. Lauerghat.

11 CPC, art. 1565.

12 *CA Paris*, 3<sup>e</sup> ch., sect. B, 26 sept. 2003, n° 2003/00054 : *JurisData* n° 2003-225096 ; *D.* 2004, p. 1042, comm. H. Kenfack.

13 *CA Paris*, 3<sup>e</sup> ch., sect. B, 26 sept. 2003, n° 2003/00054, préc. note (12).

14 *CA Paris*, 14<sup>e</sup> ch., sect. A, 28 janv. 2004, n° 2003/15282 : *JurisData* n° 2004-237356.

résolution amiable des litiges, mais une analyse équivalente devrait découler de cet *imperium* du juge. Toutefois, un arrêt récent rendu par la Cour de cassation le 1<sup>er</sup> octobre 2014 en dehors de tout cadre transactionnel, sème le doute quant aux effets de ces clauses de règlement alternatif<sup>15</sup> : les parties peuvent-elles imposer qu'un médiateur ou un conciliateur soit saisi préalablement au lancement d'une procédure d'homologation ?

En l'espèce, une banque ayant consenti un prêt immobilier à une société a délivré un commandement aux fins de saisie immobilière à l'encontre de la société emprunteuse qui n'avait pas honoré ses échéances. La banque a par la suite assigné la société devant le juge de l'exécution. La société a alors fait valoir la clause du contrat de prêt obligeant les parties à soumettre leur différend à la conciliation préalablement à toute instance. La Cour de cassation a donné raison à l'emprunteur en jugeant que « la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à toute instance judiciaire s'impose au juge, quelle que soit la nature de celle-ci (...) et même lorsque celle-ci vise uniquement à l'exécution forcée de l'acte ».

16 - L'arrêt a privilégié une lecture littérale de la clause qui stipulait expressément une conciliation « préalablement à toute instance judiciaire ». Une telle interprétation stricte a en l'espèce fait échec à une procédure de saisie immobilière ; en outre elle semblerait obliger les parties à mettre en œuvre la médiation ou la conciliation prévue au contrat avant de pouvoir demander l'homologation.

À notre avis toutefois, la clause de conciliation ou de médiation ne saurait s'imposer préalablement à l'homologation, et ce, quelle que soit la rédaction d'une telle clause et sa portée générale. En effet, si l'essence de la médiation, de la conciliation ou d'une procédure participative est de mettre fin à un différend<sup>16</sup>, l'homologation, dont la procédure oscille entre procédure gracieuse et contentieuse<sup>17</sup>, n'a pas pour vocation de régler un quelconque différend mais de donner plein effet à une transaction qui règle un différend. La médiation ou la conciliation ne devraient donc pas avoir de prise sur elle, pas plus que le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015.

15 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> oct. 2014, n° 13-17.920 : *JurisData* n° 2014-022666 ; *Defrénois* 2015, p. 28, obs. A. Albarian et C. Poli ; *Defrénois* 27 oct. 2014, flash p. 7 ; D. 2014, p. 2541, obs. Th. Clay ; D. Actualité 17 oct. 2014, p. 17, obs. X. Delpech ; *L'essentiel dr. contrats* 2014, p. 4, obs. S. Bernheim-Desvaux.

16 CPC, art. 1530.

## 2. Implications pratiques de la dévolution des différends post-transactionnels au juge étatique

17 - Si, au stade de l'homologation, les parties ne peuvent imposer de clauses d'arbitrage ni, comme nous le pensons, de médiation, elles jouissent au stade de l'exécution d'une liberté plus grande. Cette liberté inclut notamment la possibilité pour les parties de ne rien anticiper quant au règlement de leurs différends. La compétence du juge sera alors tout naturellement de principe (A) et ne sera profitable aux parties que si elles prennent la mesure des conséquences d'une telle compétence (B).

### A. - Simplicité d'exécution dans l'intérêt du créancier

18 - En l'absence de clause contraire, le recours au juge de l'exécution sera de principe pour connaître des éventuelles difficultés relatives à l'exécution<sup>18</sup>. Ainsi, muni d'un titre exécutoire (la transaction homologuée), le créancier qui souhaite contraindre son débiteur à respecter ses engagements transactionnels peut avoir recours aux voies d'exécution et au concours de la force publique.

19 - Cette solution s'impose au créancier comme offrant tous les gages de la simplicité. En effet, des considérations de célérité l'encourageront dans de nombreux cas à faire l'économie d'une procédure de médiation ou même d'arbitrage, se satisfaisant de l'unique recours au juge étatique pour une question d'exécution. Il faut toutefois rappeler l'obligation prévue par le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 de justifier de tentatives de règlement amiable préalablement à la saisine du juge, le juge pouvant, à défaut, proposer une mesure de conciliation ou de médiation<sup>19</sup>.

Dès lors, même si les parties ne prévoient pas de procédure alternative de règlement des conflits dans leur transaction, elles devront néanmoins recourir à des diligences en vue d'un règlement amiable, ces diligences pouvant très bien intervenir en dehors d'un cadre de médiation contractuellement prévu.

20 - Des discussions ayant déjà eu lieu avant la conclusion de la transaction, le créancier ne

sera pas forcément favorable à ce qu'un nouveau débat ait lieu dans le cadre d'une médiation ou d'un arbitrage. En pareil cas, il aurait l'impression de rouvrir le débat qu'il pensait clos du fait de la conclusion de la transaction. En revanche, ce qu'il cherchera à obtenir c'est l'exécution forcée la plus rapide possible.

Pour ces raisons notamment, le créancier souhaitant faire exécuter la transaction pourrait être peu enclin au recours à des modes alternatifs de règlement des conflits.

### B. - Les risques à considérer

21 - Il ne faut cependant pas sous-estimer les difficultés qui pourront naître du contentieux de l'exécution. Plusieurs éléments nous semblent devoir être pris en considération.

#### 1<sup>o</sup> Coexistence de clauses attributives de compétences conflictuelles

22 - Les parties qui se tournent naturellement devant le juge pour régler leur différend transactionnel ne sont pas à l'abri d'un retour inattendu de la clause d'arbitrage qu'elles croyaient anéantie.

En effet, si le contrat d'origine sur lequel les parties ont transigé contient une clause compromissoire, celle-ci sera susceptible de survivre au contrat malgré l'inefficacité de ce dernier du fait du protocole transactionnel. En vertu du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage<sup>20</sup>, cette dernière continuera de produire ses effets sur les différends ultérieurs qui naîtraient du protocole transactionnel<sup>21</sup>. La seule solution pour échapper à l'extension de la clause d'arbitrage sera de prévoir dans la transaction l'anéantissement des effets de ladite clause<sup>22</sup>.

23 - La survivance de la clause compromissoire du contrat risque ainsi d'entraîner une coexistence conflictuelle avec le protocole transactionnel conclu sur ce même contrat. Afin de lever toute ambiguïté et d'éviter toute situation imprévue, les parties devront alors écarter expressément dans la transaction la clause compromissoire du contrat originel si elles ne souhaitent plus l'application d'une procédure d'arbitrage.

24 - La situation est incertaine concernant la clause amiable de résolution des litiges, pour laquelle le principe d'autonomie n'a pas été

17 JCP G 2014, *doctr.* 1128, *Étude M. Foulon et Y. Strickler* ; *Gaz. Pal.* 3 sept. 2013, p. 8, obs. M. Foulon et Y. Strickler.

18 CA Paris, 3<sup>e</sup> ch., sect. B, 26 sept. 2003, n° 2003/00054, *préc. note* (12).

19 CPC, art. 127.

20 CPC, art. 1447.

21 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 avr. 2014, n° 11-14.692 : *JurisData* n° 2014-006480 ; *Lexbase Le Quotidien* n° 556, 14 avr. 2014 ; *Procédures* 2014, *comm.* 175, L. Weiller.

22 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 avr. 2014, n° 11-14.692, *préc. note* (21).

expressément consacré. Toutefois, par souci de sécurité juridique, les parties devront relever son existence dans le contrat objet de la transaction pour, si elles le souhaitent, l'écarter expressément dans la transaction.

25 - Que ce soit en arbitrage ou en médiation, les parties doivent donc faire preuve d'une grande vigilance pour assurer l'articulation cohérente du traitement des différends dans le contrat initial qui survit et dans le protocole transactionnel.

## 2° Perte de la confidentialité

26 - Dans l'hypothèse où le débiteur d'une obligation transactionnelle motive son refus de s'exécuter par une différence d'interprétation des faits ou de la transaction, le contrôle du juge étatique saisi ne sera plus limité à la validité de la transaction mais pourra s'étendre au contrôle de la teneur de la transaction.

Les parties saisiront alors un juge qui devra trancher l'interprétation des faits ou de la clause litigieuse de la transaction. Ce que les parties voulaient précisément éviter en ayant recours à la transaction.

Ce faisant, l'une des principales raisons qui conduit à privilégier la transaction, à savoir la possibilité pour les parties de lui adjoindre une clause de confidentialité, est réduite à néant par le recours au juge, qui *de facto* fait perdre à la transaction son caractère confidentiel.

## 3. Implications pratiques de la dévolution des différends post-transactionnels aux modes alternatifs de règlement des conflits

27 - Intégrer une clause alternative de règlement des litiges dans un protocole transactionnel constitue le prolongement naturel de la démarche entamée par les parties qui visait à éviter de soumettre leur litige au juge. Ce choix peut donc s'avérer judicieux (A), à condition qu'il soit éclairé (B).

### A. - L'opportunité de la clause alternative de règlement des litiges

28 - Sous la réserve susmentionnée selon laquelle le juge étatique est seul compétent

en matière d'homologation, les parties peuvent soumettre leurs différends post-transactionnels à des modes de règlement dits alternatifs<sup>23</sup>.

29 - Une telle solution peut être attractive pour plusieurs raisons. Premièrement, la médiation et l'arbitrage ont cet avantage non contesté de permettre de préserver dans la plupart des cas la confidentialité entre les parties, élément non négligeable dans le contexte d'une transaction, auquel on attache de manière générale une importance particulière.

30 - Procédure à caractère consensuel, la médiation trouve indéniablement son avantage dans l'opportunité de discuter d'un d'accord avant de s'engager dans une procédure longue et aléatoire, ainsi que de préserver une entente entre les parties, contribuant à la pérennité de leurs relations. Elle constitue également un outil efficace et probant permettant de répondre à la nouvelle exigence du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 de justifier les diligences entreprises pour parvenir à un règlement amiable.

31 - Procédure à caractère juridictionnel, l'arbitrage présente encore certains avantages par rapport au contentieux dans un contexte international. Il permet, premièrement, d'éliminer les conflits de juridictions entre tribunaux étatiques. De plus, l'exécution de la sentence arbitrale sera dans bien des cas facilitée par la convention de New York, largement ratifiée<sup>24</sup>. En France, les mécanismes de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales rendues à l'étranger sont prévus par le Code de procédure civile<sup>25</sup>. Concernant le tribunal arbitral, les parties peuvent participer à sa composition, et ont notamment la faculté de choisir un arbitre ayant une expertise sur un sujet donné, selon les spécificités de l'affaire, créant ainsi une véritable procédure sur mesure. Il est également souvent mis en avant le caractère de célérité et des coûts d'une procédure arbitrale par rapport au contentieux, quoique ces éléments puissent être discutés.

### B. - La nécessité d'encadrer soigneusement la clause de règlement alternatif des litiges

32 - Les clauses de règlement alternatif des litiges sont polymorphes. Il appartient aux parties, en vertu de leur liberté contractuelle,

de leur donner une portée large ou limitée à certains litiges, ou encore de prévoir leur caractère obligatoire ou facultatif. Au regard de l'actualité jurisprudentielle, ce souci d'encadrement est davantage prégnant en matière de médiation (2°) qu'en arbitrage (1°).

### 1° L'arbitrage : une clause donnant lieu à une procédure relativement bien encadrée

33 - En la matière, le recours à certaines mesures judiciaires (conservatoires et d'exécution) est légalement admis.

Ainsi, selon le Code de procédure civile, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, une partie peut saisir une juridiction pour obtenir une mesure d'instruction, ou, en cas d'urgence, une mesure provisoire ou conservatoire<sup>26</sup>.

34 - De même, la plupart des règlements d'arbitrage, comme celui de la Chambre de commerce internationale (CCI), ne s'oppose pas à un recours à des mesures conservatoires et d'exécution devant un juge étatique<sup>27</sup>. Elles proposent en outre des mesures de procédures accélérées.

La CCI propose également une procédure d'urgence (le référé pré-arbitral), mais ce dernier est indépendant du règlement d'arbitrage. Il faut donc expressément faire référence au règlement de référé pré-arbitral de la CCI dans la clause compromissoire, en sus de la désignation des règles d'arbitrage.

35 - L'Association française d'arbitrage (AFA) intègre une procédure d'urgence particulière dans son règlement, en vertu de laquelle le comité d'arbitrage peut prendre des mesures en désignant dans les plus brefs délais un arbitre unique si la mesure sollicitée n'est pas susceptible d'affecter le fond du litige, ou dans le cas contraire constituer le tribunal arbitral afin de prendre des mesures appropriées<sup>28</sup>.

36 - Dans tous les cas, le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune<sup>29</sup>. Néanmoins, en l'absence d'*imperium* des arbitres, le passage par les juridictions étatiques sera obligatoire pour forcer une partie non diligente à s'exécuter. Un avantage non négligeable reste cependant que les arbitres disposent

23 V. par ex., pour l'arbitrage, CA Paris, 3<sup>e</sup> ch., sect. B, 26 sept. 2003, n° 2003/00054, préc. note (12).

24 Conv. int. 10 juin 1958, pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ratifiée à ce jour par 154 États.

25 CPC, art. 1514 et s.

26 CPC, art. 1449.

27 Règl. d'arbitrage de la CCI, art. 28, § 2.

28 Règl. de l'AFA, art. 13.

29 CPC, art. 1468 ; Règl. d'arbitrage de la CCI, art. 28, § 1.

de l'arme dissuasive de l'astreinte pour contraindre la partie à suivre les mesures ordonnées.

## 2° La clause de médiation dans une transaction : une rédaction qui mérite précision

37 - La clause de règlement alternatif est façonnée par les parties. Mais les parties devront garder à l'esprit que cette clause peut être interprétée par des juges en cas d'incertitude et se voir conférer un rayonnement qu'elles ne soupçonnaient pas. C'est précisément sur la teneur de cette interprétation qu'il convient de s'attarder, au travers de quelques arrêts récents.

38 - En décidant qu'une clause de conciliation préalable faisait échec à la saisine du juge, quelle que soit la nature de l'instance, la Cour de cassation, dans son arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2014 cité plus haut, donne, au visa de l'article 1134 du Code civil, plein effet à la volonté des parties et semble reconnaître un caractère absolu à une telle clause. En effet, en l'absence d'autre prévision, la clause est susceptible de jouer préalablement à toute « instance », qu'elle soit au fond, en exécution, voire en requête ou en référé.

39 - Cet aspect est d'autant plus renforcé qu'un autre arrêt récent a décidé que la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause de conciliation n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance<sup>30</sup>. En d'autres termes, lorsqu'un contrat prévoit l'obligation de recourir à une conciliation préalablement à la saisine du juge, tant que les parties n'ont pas eu recours à la conciliation, elles ne peuvent introduire une instance judiciaire. Si elles le font, elles ne pourront régulariser la conciliation en cours d'instance et leurs demandes devant le juge seront irrecevables, en application du célèbre arrêt *Saint Valentin*, qui érige en fin de non-recevoir une clause d'un contrat instituant une pro-

cédures de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge<sup>31</sup>.

40 - Ainsi, le règne sans partage de cette clause pourrait priver les parties de recours parallèles légitimes, tendant justement à assurer l'effectivité de la transaction et notamment du recours à des mesures d'exécution forcée, lorsque la transaction a été homologuée, ou encore à des mesures conservatoires, en l'absence même d'homologation. La jurisprudence antérieure avait pourtant accepté que le juge des référés puisse être saisi malgré la clause de conciliation, en référé-provision si l'urgence le justifiait<sup>32</sup>, ou en référé *in futurum* visant à réunir des preuves<sup>33</sup>. Mais la décision du 1<sup>er</sup> octobre 2014 pourrait ne plus laisser place à une telle ouverture. Il convient néanmoins de tempérer cette analyse, en gardant à l'esprit que la clause en l'espèce visait « toute instance judiciaire ». Une telle issue n'aurait certainement pas été si radicale si la clause n'avait pas été si large.

41 - À l'inverse, la jurisprudence refuse de faire jouer une telle clause lorsqu'elle n'est pas « assortie de conditions particulières de mise en œuvre » et ne constitue donc pas « une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge »<sup>34</sup>.

42 - De ces exemples, il apparaît qu'une rédaction imprécise de la clause de conciliation ou de médiation peut provoquer des effets contraires à ceux initialement prévus. Par conséquent, il est vivement recommandé de s'assurer de la précision de telles clauses. La clause amiable de règlement des litiges devra notamment prévoir que la tentative de conciliation est une obligation imposée aux parties, et que le recours au juge ne sera ouvert qu'à défaut d'avoir trouvé une solution négociée<sup>35</sup>. La désignation des règles d'un centre de médiation faciliterait cette tâche : les règles dudit centre seraient ainsi incorporées par référence dans le contrat, et les parties n'auraient plus à se soucier des détails de la pro-

cédures de médiation, tout en bénéficiant de l'expertise du centre pour la mettre en place.

43 - Dans tous les cas, la recherche de l'efficacité de la transaction commanderait de permettre le recours aux mesures provisoires ou conservatoires nonobstant la clause de règlement amiable des litiges. Cette possibilité pourrait d'ailleurs être ouverte par le règlement de médiation de la CCI qui prévoit que d'une part « les parties (peuvent convenir), avant la confirmation ou la nomination du Médiateur ou avec l'accord de celui-ci, d'une autre procédure ou combinaison de procédures de règlement (des) différend(s) »<sup>36</sup> et, d'autre part, « sauf convention contraire écrite de toutes les parties, ou à moins que la loi applicable ne l'interdise, les parties peuvent engager ou poursuivre toute procédure judiciaire ou arbitrale ou procédure similaire relative au différend, nonobstant la procédure visée par le règlement »<sup>37</sup>.

44 - Le règlement de médiation de l'institut d'expertise, d'arbitrage et de médiation, auquel renvoie l'AFA ne prévoit pas d'hypothèses quant à la saisine du juge pour décider de mesures conservatoires ou provisoires, mais ne semble pas s'y opposer<sup>38</sup>.

Cet aperçu des méandres des conflits transactionnels rappelle aux parties l'importance de soigner la rédaction des clauses de règlement des litiges. En tout état de cause, face à l'incertitude du sort des mesures provisoires et conservatoires, une bonne pratique est de faire référence, au sein de leur transaction, à un règlement de médiation ou d'arbitrage, dont les parties auraient dûment pris connaissance, qui prévoit le recours à de telles procédures.

45 - Néanmoins, il pourra être mentionné clairement que la clause ne préjuge pas de la saisine du juge aux fins d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires, et ce même s'il est fait référence à un règlement d'arbitrage ou de médiation particulier.

30 Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684 : *JurisData* n° 2014-030449 ; JCP G 2014, act. 1328, obs. G. Deharo ; JCP G 2015, 115, N. Dissaux ; JCP G 2015, doct. 324, n° 5, obs. R. Libchaber ; Rev. Lamy dr. civ. avr. 2015, 125, p. 8, obs. E. Rousseau ; Gaz. Pal. 7 mars 2015, p. 14, obs. C. Dupoirier et G. Travaini ; Gaz. Pal. 10 mars 2015, p. 9, obs. S. Amrani-Mekki ; D. 2015, p. 298, obs. C. Boillot.

31 Cass. ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 : *JurisData* n° 2003-017812 ; JCP G 2003, I, 164, n° 9, obs. C. Seraglini JCP E 2003, 707, note H. Croze et D. Gautier ; *Contrats, conc. consom.* 2003, comm. 84, L. Leveneur ; RDC 2003, p. 182, obs. L. Cadiet ;

RDC 2003, p. 189, obs. X. Lagarde ; LPA 12 mars 2003, p. 13, L. Bernheim.

32 CA Paris, 14<sup>e</sup> ch., sect. B, 13 oct. 2006, n° 06/13726, inédit. La décision se fonde sur l'article 873 du Code de procédure civile, qui concerne les pouvoirs du président du tribunal de commerce : LPA 30 oct. 2008, p. 3, obs. G. Huchet.

33 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 mars 2007, n° 06-13.209 : *JurisData* n° 2007-038220, rendu sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile : *Procédures* 2007, comm. 104, R. Perrot ; *Lexbase hebdo* 10 mai 2007, n° 259, obs. É. Vergès.

34 Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004 : *JurisData* n° 2014-008854 ; JCP G 2014, act. 607, obs. H. Croze ; JCP G 2014, 711, O. Sabard ; LPA 3 nov. 2014, p. 5, obs. C. Tabourot-Hyest ; Rev. Lamy dr. aff. 2014, 98, p. 74, obs. J. Mestre et A.-S. Mestre-Chami.

35 JCP G 2014, 711, O. Sabard ; JCP G 2014, doct. 1128, étude préc. note (17).

36 Règl. de médiation de la CCI, art. 1<sup>er</sup>, § 3.

37 Règl. de médiation de la CCI, art. 10, § 2.

38 <http://www.mediation-ieam.com/Mediation.asp>.