

# La médiation prévue par contrat : application et sanction

MÉMOIRE

présenté

par

**Eliya Rossier**

sous la direction du

**Professeur Jacques Haldy**

Lausanne, le 22 mai 2023

# Table des matières

<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>II</b>
<b>TABLE DES ARRETS</b> .....	<b>VI</b>
<b>TABLE DES ABREVIATIONS</b> .....	<b>VII</b>
<b>1. INTRODUCTION</b> .....	<b>1</b>
<b>2. QU'EST-CE QUE LA MÉDIATION</b> .....	<b>2</b>
2.1 SOURCES .....	2
2.2 PROCESSUS VOLONTAIRE .....	3
2.3 MÉDIATION JUDICIAIRE ET NON JUDICIAIRE .....	3
2.4 DÉROULEMENT .....	4
2.4.1 Premiers contacts.....	4
2.4.2 Accord de médiation.....	4
2.4.3 Processus.....	5
2.4.4 Convention de médiation.....	5
2.5 TIERS MÉDIATEUR .....	6
2.6 CONFIDENTIALITÉ .....	7
<b>3. CLAUSES DE MÉDIATION</b> .....	<b>7</b>
3.1 DEFINITION .....	7
3.2 CONDITIONS DE VALIDITE .....	8
3.3 EFFETS DE L'APPLICATION D'UNE CLAUSE DE MÉDIATION .....	9
3.4 SANCTION EN CAS DE VIOLATION D'UNE CLAUSE DE MEDIATION.....	10
3.4.1 <i>Évolution jurisprudentielle sur le sujet</i> .....	10
3.4.1.1 Ancienne jurisprudence.....	10
3.4.1.2 Solution actuelle.....	15
3.4.1.2.1 Violation de la clause de médiation par l'ouverture d'une procédure d'arbitrage.....	15
3.4.1.2.2 Violation de la clause de médiation par l'ouverture d'une procédure judiciaire civile .....	19
3.4.2 <i>Controverses doctrinales sur les sanctions en cas de violation d'une clause de médiation</i> .....	21
3.4.3 <i>Comparaison des effets de la violation d'une telle clause en droit français et belge</i> .....	24
3.4.3.1 Droit français.....	24
3.4.3.2 Droit belge.....	26
<b>4. CONCLUSION</b> .....	<b>27</b>
<b>ANNEXE</b> .....	<b>29</b>

## Bibliographie

### Livres :

BAIZEAU Domitille, LOONG Anne-Marie : *Multi-tiered and Hybrid Arbitration Clauses*, in *Arbitration in Switzerland - The Practitioner's Guide*, ARROYO Manuel [éd.], Alphen aan den Rijn : Wolters Kluwer, Law & Business, 2013, p. 1456-1460 n. 32-45 et 46-50.

BERGER Bernhard, KELLERHALS Franz : *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3e éd. 2015, Stämpfli, p. 205, n. 583.

BOHNET François : *Les défenses en procédure civile suisse*, RDS 128 II 185 ss, 2009, p. 261.

BOOG Christopher : *How to Deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses*, in *Bulletin ASA* 2008 p. 103 ss.

BROWN-BERSET Dominique : *La médiation commerciale : le géant s'éveille*, RDS 121/2002 II p. 319 ss, p. 368

CHENOU Martine, MIRIMANOFF Jean A. : *La médiation civile ou métajudiciaire : pour une nouvelle synergie et contre la confusion des genres*, in *SJ* 2003 II 271, 274, juin 2003, p. 7.

CHABLOZ Isabelle, DIETSCHY-MARTENET Patricia, HEINZMANN Michel : *Petit commentaire du Code de procédure civile*, Helbing Lichthahn, Bâle, 2021.

FERRAND Frédéric : *L'offre de médiation en Europe : Morceaux choisis*, in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 67 N°1, 2015, p. 45-84, p. 54-60.

GROLIMUND Pascal : *Mediation : Balance zwischen Freiheit und Förmlichkeit* in *Zeitschrift für Zivilprozess* 123, 2010, p. 393 s., p. 405.

GUERDER Pierre : *Les cours françaises et la médiation*, in *La médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe*, L'Harmattan, 2015, p. 122-124.

HALDY Jacques : *La nouvelle procédure civile suisse, Introduction pour les praticiens et les étudiants*, Bâle 2009, p. 45.

KAUFMANN-KOLER Gabrielle, RIGOZZI Antonio : *Arbitrage international : law and practice in Switzerland*, Oxford : Oxford University Press, 2e éd. 2010, n. 32a

LÉVY Cinthia : *L'avocat et la médiation – entrez dans la danse !* in *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, HIRSCH Laurent, IMHOOS Christophe, p. 121ss, p. 122.

MARCHANDISE Thierry, BATTISTONNET Eric : *Une autre justice possible ? : La médiation sans tous ses états*, Larcier, Bruxelles, 2015, p. 35.

MIRIMANOFF Jean A. et al. : *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, Bruxelles : Bruylant, 2019, p. 328 ss.

MIRIMANOFF Jean A., BECKER Martine et al. : *Dictionnaire de la résolution amiable des différends, (RAD/ADR) en matière civile, commerciale, familiale et sociale*, Larcier, Bruxelles, 2015, p. 72.

MIRIMANOFF Jean A. (éd.) : *La Médiation dans l'ordre juridique suisse, Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, p. 31-35 et 85-86.

MONBARON Samuel : *La médiation*, in Procédure civile suisse, 2010, p. 93-113, p. 99-101.

POUDRET Jean-François, BESSON Sébastien : *Comparative law of international arbitration*, Zürich : Schulthess, 2e éd. 2007, p. 11, n. 13 *in fine*.

### Publications :

BASTONS BULLETTI Françoise : *La clause de médiation préalable dans une procédure civile : un engagement, mais pas de sanction ?*, 12 novembre 2020.

Continuum AG : *Artikel: Mediation – Weg zu einer einvernehmlichen Konfliktlösung*, 4 janvier 2021.

HIRSCH Célian : *Le non-respect d'une méthode ADR avant la procédure d'arbitrage*, LawInside, 3 avril 2016.

LÉVY Cinthia : *La sanction de l'inexécution d'une clause de conciliation et de médiation : commentaire de l'arrêt du TF 4A\_628/2015*, RSPC 5/2016, p. 467-474.

PASTORE Florence et SAMBETH GLASNER Birgit : *La médiation civile dans le Code de procédure civile unifié*, in Anwalts revue de l'avocat.

GUILLAUME-HOFNUNG Michèle : *Rapport du projet « Pour défendre Une Définition Européenne De La Médiation »*, réalisé par la 31<sup>ème</sup> promotion dans le cadre du Master Diplomatie et négociation stratégique, Université de Paris XI, 19 mai 2011, p. 3.

Schweizerischer Dachverband Mediation (SDM-FSN) : *Wissenswertes zum Thema Mediation*.

WEILLER Laura : *Le droit positif français, Le développement des clauses de médiation et leur réception par la Cour de cassation*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2018.

### Législations suisses :

Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210.

Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272.

Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004, RS 131.219.

Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003, RS 131.231.

Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911, RS 220.

Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021.

Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs du 20 mars 2009, RS 312.1.

#### Législations belges :

Article 1725 du Code judiciaire belge du 21 février 2005.

Loi belge du 21 février 2005 modifiant le Code Judiciaire en ce qui concerne la médiation (L 2005-02-21/36, art. 8 à 21), M.B. 22 mars 2005.

#### Règlements :

Règlement suisse de médiation de l'association des chambres de commerce suisses pour l'arbitrage et la médiation, avril 2007.

#### Textes officiels :

Message du CF du 19 septembre 2006, FF 2006 6841, p. 6943-6946, p. 6943, 4ème paragraphe.

#### Sites internet :

Association Suisse pour la Médiation Familiale : *historique et développement*, disponible sous : <https://www.familienmediation.ch/fr/mediation-familiale/histoire-et-developpement#:~:text=D%C3%A8s%201992%2C%20les%20premi%C3%A8res%20formations,la%20m%C3%A9diation%20originaires%20du%20Canada.>  
(consulté le 11.04.2023)

Commission fédérale de médiation : *Médiation, lors de la constitution d'un contrat*, disponible sous : <https://www.cfm-fbc.be/fr/content/lors-de-la-constitution-dun-contrat>  
(consulté le 23.02.2023)

Commission fédérale de médiation : *Médiation, quand ?*, disponible sous : <https://www.cfm-fbc.be/fr/content/quand>  
(consulté le 23.02.2023)

Open Lefebvre Dalloz : *Clause de médiation – conciliation préalable (Procédure civile)*, 15 février 2023, disponible sous :

[https://open.lefebvre-dalloz.fr/droit-affaires/contrats-commerciaux/clause-mediation-conciliation-prealable\\_dz-oasis-001728](https://open.lefebvre-dalloz.fr/droit-affaires/contrats-commerciaux/clause-mediation-conciliation-prealable_dz-oasis-001728)  
(consulté le 11.04.2023)

Pouvoir judiciaire de la République et du Canton de Genève : *Médiation*, disponible sous :  
<https://justice.ge.ch/fr/theme/mediation>  
(consulté le 03.04.2023)

Schweizerischer Dachverband Mediation (SDM-FSN) : *Prinzipien der Mediation*, disponible sous :  
<https://www.mediation-ch.org/cms3/de/mediation/konflikt-mediation/prinzipien-der-mediation>  
(consulté le 08.04.2023)

## Table des arrêts

### Jurisprudence anglaise :

High Court, TCC, arrêt Holloway & Anor v. Chancery Mead Ltd EWHC 2495 du 30 juillet 2007.

### Jurisprudence française :

Arrêt de la Cour de cassation française, civile, Chambre mixte, du 14 février 2003, 00-19.423 00-19.424, Publié au Bulletin 2003 Chambre mixte n° 1.

Arrêt de la Cour de cassation française, civile, Chambre civile 1, du 30 octobre 2007, 06-13.366, Publié au bulletin 2007, I, n° 329.

Arrêt de la Cour de cassation française, civile, Chambre civile 3, du 8 avril 2009, 08-12.960, Publié au bulletin 2009, III, n° 87.

Arrêt de la Cour de cassation française, civile, Chambre civile 2, du 16 décembre 2010, 09-71.575, Publié au bulletin 2010, II, n° 212.

Arrêt de la Cour de cassation française, civile, Chambre civile 3, du 23 mai 2012, 11-13.202, Publié au bulletin, 2012, III, n° 84.

Arrêt de la Cour de cassation française, civile, Chambre commerciale, du 12 juin 2012, 11-19.047.

Arrêt de la Cour de cassation française, civile, Chambre commerciale, du 29 avril 2014, 12-27.004, Publié au bulletin 2014, IV, n° 76.

Arrêt de la Cour de cassation française, civile, Chambre mixte, du 12 décembre 2014, 13-19.684, Publié au bulletin 2014 Chambre mixte, n° 3.

### Jurisprudence suisse :

Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_132/2019 du 5 mai 2020.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_18/2007 du 6 juin 2007.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_124/2014 du 7 juillet 2014.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_46/2011 du 16 mai 2011.

Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_628/2015 du 16 mars 2016.

Arrêt du Tribunal fédéral 5A\_522/2017 du 22 novembre 2017.

## Table des abréviations

art.	Article
al.	Alinéa
c.	Considérant
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (RS 220)
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
Cst FR	Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (RS 131.219)
Cst VD	Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003 (RS 131.231)
DBA	<i>Dispute Adjudication Boards</i>
éd.	Édition
FF	Feuille fédérale
n.	Numéro
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
PPMin	Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs du 20 mars 2009 (RS 312.1)
LPE	Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (RS 814.01)
LPN	Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1er juillet 1966 (RS 451)
RS	Recueil systématique suisse
ss	Et suivant

# 1. Introduction

Depuis plusieurs décennies, l'influence des milieux économiques et juridiques anglais et américains a permis l'essor de divers modes amiables de résolution des conflits, notamment la médiation, ceci partout en Europe. La Suisse ne fait pas exception à cette montée de l'utilisation des modes alternatifs de résolution des différends ; elle a ainsi pu voir s'étendre sur son territoire une pratique en la matière<sup>1</sup>. En effet, vers la fin des années 80, la médiation en matière familiale en Suisse a commencé à se développer, notamment par la création de l'Association Suisse pour la Médiation Familiale. Par la suite, la médiation s'est étendue à d'autres domaines tels que l'économie, le secteur public, voire les établissements scolaires<sup>2</sup>.

Peu-à-peu, une augmentation de la fréquence du recours des particuliers à la médiation en cas de différend est constatée, notamment dans le cadre de conflits survenant dans des rapports familiaux et commerciaux. Cet essor est dû aux avantages que procure l'utilisation de ce mode de résolution des conflits. En effet, la médiation étant réputée pour sa capacité à pouvoir mettre un terme au conflit opposant les parties, tout en préservant la relation qui les lie, son usage par des particuliers peut leur être bénéfique. Dès lors, en matière contractuelle, certains individus ont commencé à insérer des clauses de médiation dans leurs contrats, prévoyant une obligation des parties d'effectuer une médiation, préalablement à la saisine du tribunal arbitral ou judiciaire, en cas de survenance d'un conflit portant sur ledit contrat. Ainsi, au vu de l'émergence de ce type de clauses dans les conventions conclues en Suisse, il est devenu essentiel d'étudier les effets engendrés par l'application de ces clauses, afin de déterminer quelle est leur portée concrète.

Par ailleurs, comme tout engagement contractuel, les clauses de médiation préalable sont susceptibles de ne pas être respectées par l'une ou l'autre des parties à la convention. En effet, il peut arriver qu'une partie saisisse le tribunal judiciaire ou arbitral, ceci sans avoir préalablement respecté son engagement contractuel, consistant à d'abord tenter une médiation. Dès lors, dans un tel cas, il est nécessaire de s'interroger sur l'existence d'éventuelles sanctions intervenant à la suite du non-respect, par une partie, de la clause de médiation qu'elle a conclue. Dans l'affirmative, reste alors la question de la nature de la sanction que les autorités judiciaires suisses ont souhaité retenir pour ce genre de violation. À ce propos, un exposé de la controverse existante sur cette question au sein de la doctrine sera effectué.

Enfin, la médiation étant un mode alternatif de résolution des conflits largement utilisé à travers le monde, diverses pratiques se sont développées en fonction des différents contextes institutionnels et sociaux. Dès lors, une comparaison des sanctions retenues en cas de non-respect de clause de médiation par les autorités judiciaires étrangères, en particulier la justice belge et française, sera réalisée.

---

<sup>1</sup> TF, arrêt 4A\_18/2007 du 6 juin 2007, c. 4.3.1.

<sup>2</sup> Site internet de l'Association Suisse pour la Médiation Familiale.

## 2. Qu'est-ce que la médiation

Il existe une multitude de définitions de la médiation, notamment en raison des diverses compréhensions que chacun a de ce processus ainsi que des différents domaines dans lesquels elle est étudiée. Aussi diversifiées qu'elles soient, ces définitions de la médiation ont pour point commun de mentionner les principales caractéristiques de la médiation. Le Message du Conseil Fédéral<sup>3</sup> nous indique que le législateur suisse a fait le choix de ne pas mentionner une telle définition dans le Code de procédure civile suisse (ci-après CPC)<sup>4</sup>. Ainsi, nous nous appuyerons sur la définition de la médiation donnée par le Rapport du projet réalisé par la 31<sup>ème</sup> promotion dans le cadre du Master Diplomatie et négociation stratégique « Pour une définition européenne de la médiation » : « La médiation est un processus volontaire d'établissement ou de rétablissement du lien social, de prévention ou de règlement des différends. Ce processus s'effectue au travers d'une communication éthique durant laquelle les personnes s'efforcent de renouer le dialogue pour trouver une solution à leur situation. Au cours de ce processus, un médiateur, tiers indépendant et impartial, les accompagne de façon impartiale, et sans influencer les résultats tout en garantissant le respect des intérêts de chacun des participants et la confidentialité des échanges »<sup>5</sup>. Toutefois, les auteurs de l'ouvrage « Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables », notamment MIRIMANOFF sont d'avis que pour perfectionner cette définition de la médiation, il faut y introduire la notion de neutralité du médiateur, ainsi que remplacer le terme « impartialité » par la multipartialité<sup>6</sup>.

Lorsqu'un conflit survient entre deux personnes, le dialogue est souvent rompu. La médiation intervient alors en ayant pour but premier de rétablir la communication entre les parties au conflit, lesquelles participent au processus de médiation. Par ailleurs, l'avantage de l'utilisation de ce mode de résolution des différends se situe dans le fait que les parties ont l'occasion de se réapproprier la gestion du conflit. En effet, contrairement aux procédures judiciaires ou arbitrales lors desquelles les avocats et le juge ou l'arbitre sont sollicités par les parties, afin de trouver une solution permettant de mettre un terme au litige, la médiation, elle, confie la recherche de solution aux parties. De plus, l'intervention du médiateur dans le processus se limite au rôle de facilitateur de communication. Partant, les parties sont seules maîtresses du conflit et de la possibilité d'y mettre un terme<sup>7</sup>.

### 2.1 Sources

Bien que le législateur suisse ait connu une certaine réticence à légiférer sur la médiation, il existe au sein de l'ordre juridique suisse des articles prévoyant la médiation, ceci tant sur le plan constitutionnel que législatif. En effet, certaines lois fédérales font mention de la médiation, notamment les art. 5 PPMin<sup>8</sup>, 213 ss CPC, de même que l'art. 33b PA<sup>9</sup>. À cela s'ajoutent la LPE<sup>10</sup> et la LPN<sup>11</sup> qui toutes deux traitent également de la médiation, ceci bien qu'elles ne la prévoient pas expressément. Enfin, il existe également des législations cantonales

---

<sup>3</sup> FF 2006 6841, p. 6943, 4<sup>ème</sup> paragraphe.

<sup>4</sup> Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272.

<sup>5</sup> GUILLAUME-HOFNUNG, p. 3.

<sup>6</sup> MIRIMANOFF et al. : *Dictionnaire de la médiation*, p. 328-329.

<sup>7</sup> PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 327-330.

<sup>8</sup> Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs du 20 mars 2009, RS 312.1.

<sup>9</sup> Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968, RS 172.021.

<sup>10</sup> Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983, RS 814.01.

<sup>11</sup> Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1er juillet 1966, RS 451.

qui traitent de ce même sujet. Par ailleurs, au niveau constitutionnel, l'art. 44 al.3 Cst<sup>12</sup> prévoit la médiation comme mode de résolution des différends entre cantons ou entre les cantons et la Confédération. De plus, l'art. 28 Cst traitant de la liberté syndicale ajoute que les conflits qui surviendraient dans ce domaine doivent autant que possible être réglés par la négociation ou la médiation. Finalement, certaines constitutions cantonales contiennent elles aussi des dispositions concernant la médiation, notamment les art. 27, 119, 120 Cst FR<sup>13</sup> et 43 al.1 et 2 Cst VD<sup>14</sup>.

## 2.2 Processus volontaire

En droit suisse, la médiation est un processus volontaire. Cela signifie que les parties ont le choix d'utiliser ce mode de résolution des conflits. Dès lors, elles ont une totale liberté d'entrer et de sortir du processus la médiation<sup>15</sup>. Il faut cependant réserver deux articles du CPC, remettant en cause le caractère volontaire de la médiation en droit suisse. D'abord l'art. 297 al. 2 CPC prévoyant la possibilité pour le juge d'exhorter les parents à tenter une médiation, lorsque des enfants sont impliqués dans une procédure de droit de la famille. Ensuite, l'art. 307 CC dans le cadre de la protection de l'enfant, dont l'interprétation faite par la jurisprudence permet au juge d'ordonner une médiation, si celle-ci s'avère être dans l'intérêt de l'enfant<sup>16</sup>. Cependant, malgré les réserves susmentionnées, au vu de la faculté qu'ont les parties de quitter la médiation en tout temps, ceci même dans les cas où le juge a initié le processus, la médiation garde son caractère volontaire<sup>17</sup>.

## 2.3 Médiation judiciaire et non judiciaire

Dans la pratique suisse en matière de médiation, une distinction est à faire entre la médiation judiciaire et non judiciaire. On parle de médiation judiciaire dès lors qu'un juge a d'ores et déjà été saisi du litige lorsque le processus de médiation débute. C'est le cas de la médiation introduite en vue de remplacer la procédure de conciliation (art. 213 CPC) ou qui prend place durant la procédure au fond (art. 214 CPC), soit des processus de médiation qui interviennent lorsqu'il y a litispendance<sup>18</sup>. A contrario, la médiation non judiciaire intervient en-dehors de toute procédure judiciaire. Partant, les articles du CPC traitant de la médiation<sup>19</sup> ne peuvent lui être appliqués, dès lors qu'ils ne visent que la médiation judiciaire<sup>20</sup>. Cependant, cette distinction entre la médiation judiciaire et non judiciaire n'impacte pas le processus de médiation en tant que tel, du fait que le déroulement de la médiation est régi non pas par la loi – le CPC ne traitant que de l'articulation entre la médiation et la procédure civile –, mais par les parties, ceci indépendamment du caractère judiciaire ou non judiciaire dudit processus. Pour

---

<sup>12</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

<sup>13</sup> Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004, RS 131.219.

<sup>14</sup> Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003, RS 131.231 ; MIRIMANOFF (éd.) : *La Médiation dans l'ordre juridique suisse*, p. 31-33.

<sup>15</sup> LÉVY : *L'avocat et la médiation*, p. 122.

<sup>16</sup> TF, arrêt 5A\_522/2017 du 22 novembre 2017, c.4.7.3.

<sup>17</sup> MIRIMANOFF et al. : *Dictionnaire de la médiation*, p. 335 ; SDM-FSN : *Wissenswertes zum Thema Mediation*, p. 2 ; site internet SDM-FSN.

<sup>18</sup> CHABLOZ/DIETSCHY-MARTENET/HEINZMANN, p. 989.

<sup>19</sup> Art. 213-218 CPC.

<sup>20</sup> CHABLOZ/DIETSCHY-MARTENET/HEINZMANN, p. 989.

le surplus, les parties à la médiation sont libres dans l'organisation et le déroulement du processus<sup>21</sup>.

## 2.4 Déroulement

### 2.4.1 Premiers contacts

En principe, l'initiation du processus de médiation s'effectue par la prise de contact d'une ou plusieurs parties ou de leurs avocats avec un médiateur. Cas échéant, en règle générale l'avocat de la partie à l'initiative du processus a préalablement expliqué les implications de la médiation à cette dernière, en plus d'avoir apprécié si le recours à ce mode de résolution des conflits lui était bénéfique. Toutefois, il se peut également que la médiation soit initiée par les parties suite aux encouragements du juge saisi à régler leur différend par cette voie amiable. À la suite de la prise de contact des parties avec le médiateur, la plupart du temps, ce dernier fixera alors un entretien préalable avec les parties afin de leur expliquer en quoi consiste la médiation et quelles sont les implications d'un tel processus. Par ailleurs, c'est lors de cet entretien qu'un accord de médiation sera conclu entre les parties et le médiateur, après qu'ils auront eu échangé sur les modalités de la médiation<sup>22</sup>.

### 2.4.2 Accord de médiation

Avant de traiter de cette section, une précision doit être apportée concernant la terminologie à donner aux accords liés à un processus de médiation. En effet, il existe diverses appellations pour désigner l'accord initial de médiation – de même que pour la convention de médiation –, faisant l'objet d'une section ultérieure<sup>23</sup>. Dès lors, dans ce travail nous retiendront les termes « accord de médiation » pour l'accord conclu par les parties et le médiateur au début du processus de médiation, et les termes « convention de médiation » pour l'accord issu de l'aboutissement du même processus.

Le processus de médiation est de nature conventionnelle du fait que sa mise en œuvre est régie par l'accord des parties. Dès lors, avant même le commencement de la médiation, les parties et le médiateur vont élaborer et signer un accord d'engagement à la médiation, lequel spécifiera notamment les modalités du déroulement de la médiation<sup>24</sup>. Au vu du principe de liberté contractuelle, les signataires de l'accord de médiation sont libres dans le choix de la forme et du contenu de celui-ci<sup>25</sup>. Cet accord liera tant le médiateur que les parties au processus et déterminera quels sont les participants à la médiation, les fonctions du médiateur, le montant de ses honoraires ainsi que le mode de paiement de ceux-ci, l'objet de la médiation, sa durée, le lieu où elle se déroulera, ses effets sur la prescription de l'action judiciaire, éventuellement la langue utilisée dans le cadre du processus, la confidentialité du processus etc. Enfin, il rappellera le caractère volontaire du processus de médiation<sup>26</sup>. S'agissant de la rédaction de l'accord, il existe de nombreux modèles-types, souvent proposés par les différentes institutions de médiation, sur lesquels les parties et le médiateur peuvent s'appuyer. Le but premier de ce

---

<sup>21</sup> MIRIMANOFF (éd.) : *La Médiation dans l'ordre juridique suisse*, p. 74.

<sup>22</sup> Site internet du pouvoir judiciaire de la République et du Canton de Genève.

<sup>23</sup> MIRIMANOFF (éd.) : *La Médiation dans l'ordre juridique suisse*, p. 35.

<sup>24</sup> MIRIMANOFF (éd.) : *La Médiation dans l'ordre juridique suisse*, p. 35.

<sup>25</sup> MIRIMANOFF (éd.) : *La Médiation dans l'ordre juridique suisse*, p. 74 bas et 75.

<sup>26</sup> CHENOU/MIRIMANOFF, p. 7, a).

contrat est de fixer le cadre de la médiation, permettant ainsi d'assurer la bonne marche du processus de médiation, de responsabiliser les parties et de leur inspirer confiance<sup>27</sup>. Contrairement au droit belge qui exige la forme écrite pour un tel accord, le droit suisse, plus particulièrement le CPC, ne prescrit aucune forme pour celui-ci. Cependant, malgré l'absence d'exigence de forme légale, le médiateur en pratique, pour des raisons de sécurité juridique et de preuve, conseillera aux parties l'emploi de la forme écrite pour l'accord de médiation<sup>28</sup>. Certains auteurs, notamment Dominique BROWN-BERSET<sup>29</sup>, se sont interrogés sur la nature de l'accord d'engagement à la médiation. Il résulte de l'avis majoritaire que, au vu des caractéristiques de la médiation, cet accord ayant des composantes de la société simple ainsi que du mandat, il constitue un contrat *sui generis*<sup>30</sup>. En outre, il faut distinguer cet accord de médiation, par lequel les parties s'engagent à recourir à la médiation, du contrat liant les parties au médiateur. Ce dernier est en principe un contrat de mandat (art. 398 ss CO<sup>31</sup>) et prévoit l'engagement du médiateur à effectuer certaines activités liées au processus de médiation contre rémunération<sup>32</sup>.

### 2.4.3 Processus

S'en suit une, voire plusieurs séances de médiation auxquelles les parties vont assister, fixées en fonction des disponibilités des protagonistes. Ces séances se dérouleront dans le respect du cadre fixé par l'accord d'engagement à la médiation conclu préalablement par les participants à la médiation. Lors de ces séances, les parties vont se prêter une oreille attentive, exposer leur perception du conflit, déterminer quels sont leurs besoins et intérêts et rechercher des solutions inventives pour résoudre leur différend. Les avocats des parties peuvent être présents lors de ces séances, notamment lorsque l'accord issu de la médiation doit être ratifié par un juge. En effet, leur rôle est de conseiller leur mandant, permettant ainsi d'instaurer un climat rassurant pour ceux-ci. Dès lors, de la présence des avocats résulte en principe une facilitation de la médiation. En outre, le but du processus est avant tout de rétablir le dialogue entre les parties, l'arrivée à un accord des parties étant un simple atout. Lorsque la médiation aboutit, les parties vont élaborer une convention de médiation qui contiendra les solutions permettant la résolution du conflit les opposant. En cas de présence des avocats des parties aux séances de médiation, ceux-ci effectueront une vérification de l'adéquation de la convention de médiation avec les intérêts de leurs clients et l'ordre juridique suisse. En revanche, en l'absence d'accord des parties à l'issue du processus, les avocats pourront poursuivre la procédure judiciaire<sup>33</sup>.

### 2.4.4 Convention de médiation

Le processus de médiation peut être considéré comme abouti dès lors que les parties sont parvenues à trouver un accord. Cet accord est la solution permettant aux parties de mettre un terme à leur conflit. Au contraire de l'accord d'engagement à la médiation, le médiateur n'est pas partie à la convention de médiation. Néanmoins, il a pour tâche de s'assurer que les mesures nécessaires à garantir l'exécution dudit accord soient prises par les parties<sup>34</sup>. Concernant les

---

<sup>27</sup> FERRAND, p. 59 ; CHABLOZ /DIETSCHY-MARTENET/HEINZMANN, p. 1004.

<sup>28</sup> MIRIMANOFF (éd.) : *La Médiation dans l'ordre juridique suisse*, p. 74 bas et 75 ; CHABLOZ /DIETSCHY-MARTENET/HEINZMANN, p. 1004.

<sup>29</sup> BROWN-BERSET, p. 363 ss.

<sup>30</sup> MIRIMANOFF (éd.) : *La Médiation dans l'ordre juridique suisse*, p. 35 ; CHENOU/MIRIMANOFF, p. 7, a).

<sup>31</sup> Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911, RS 220.

<sup>32</sup> CHABLOZ /DIETSCHY-MARTENET/HEINZMANN, p. 1005.

<sup>33</sup> Site internet du pouvoir judiciaire de la République et du Canton de Genève.

<sup>34</sup> Site internet du pouvoir judiciaire de la République et du Canton de Genève.

effets d'une convention de médiation conclue par les parties au processus, il faut distinguer selon le type de médiation dans lequel on se trouve : médiation judiciaire ou non judiciaire. Dans le cadre d'une médiation judiciaire, si toutes les parties en font la demande, le juge conciliateur ou au fond initialement saisi ratifiera l'accord des parties émergeant du processus de médiation, ce dernier ayant alors les effets d'une décision entrée en force. La nécessité que la demande de ratification de l'accord provienne de toutes les parties existe en raison de l'effet d'autorité de la chose jugée que la ratification donne à la convention de médiation. Avant de ratifier cette convention, la seule vérification à laquelle le juge est tenu est la conformité de celle-ci avec les principes de proportionnalité et de respect du droit impératif suisse<sup>35</sup>. En revanche, l'accord de médiation trouvé par les parties à l'issue d'un processus de médiation extrajudiciaire ne peut être ratifié par le juge. Partant, sa portée est moindre puisqu'il ne s'agit que d'une simple convention. Ainsi, dans ce cas, la seule possibilité pour faire ratifier l'accord par un juge est d'ouvrir une procédure judiciaire assortie d'une demande de médiation en vue de faire homologuer ladite convention<sup>36</sup>.

## 2.5 Tiers médiateur

Le terme « médiateur » désigne « une personne qui a – en matière de gestion des conflits – la formation et l'expérience nécessaires pour conduire le processus de médiation et qui s'est engagée à respecter des règles de déontologie »<sup>37</sup>. Le médiateur poursuit deux finalités : d'abord celle d'accompagner et soutenir les parties dans leur quête de solution fondée sur leurs intérêts et aptes à mettre un terme à leur différend ; ensuite, celle d'établir un dialogue entre les protagonistes de la médiation, afin de restaurer la communication entre eux. Pour atteindre ces objectifs, les fonctions du médiateur sont limitées. En effet, son rôle est de chaperonner les parties à la médiation dans leurs échanges et négociations, ainsi que de leur mettre à disposition un environnement leur permettant de se sentir écoutées et en confiance. Le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir de décision, si bien qu'il est uniquement habilité à faire des propositions d'ordre organisationnel aux parties, sans pouvoir agir sur le fond. Ainsi, le médiateur n'a aucune obligation de résultat<sup>38</sup>.

Le médiateur doit impérativement remplir les exigences de neutralité, d'indépendance et d'impartialité. En effet, dans le cadre du processus de médiation, il existe une obligation d'impartialité du médiateur, impliquant pour ce dernier d'être sans parti pris. De plus, le principe de neutralité du médiateur exige l'absence totale d'opinion sur le fond du médiateur. Dès lors, il ne peut émettre de jugement, d'avis, ni même prodiguer des conseils aux parties. Enfin, le médiateur doit être indépendant. L'indépendance du médiateur signifie qu'il ne doit pas recevoir d'instructions du juge conciliateur, ni du juge du fond, ni même de toute autorité de la juridiction civile. De plus, ces derniers ne peuvent pas intervenir dans l'organisation et le déroulement du processus de médiation, ni même demander au médiateur qu'il leur rende des comptes<sup>39</sup>. Finalement, cette exigence d'indépendance implique que le médiateur ne peut agir en tant que magistrat ou fonctionnaire judiciaire par la suite, si la médiation n'avait pas abouti<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 332; CHABLOZ /DIETSCHY-MARTENET/HEINZMANN, p. 1009-1010.

<sup>36</sup> CHABLOZ /DIETSCHY-MARTENET/HEINZMANN, p. 1010.

<sup>37</sup> MIRIMANOFF et al. : *Dictionnaire de la médiation*, p. 326, 2<sup>ème</sup> paragraphe.

<sup>38</sup> FF 2006 6841, p. 6943, 1<sup>er</sup> paragraphe; CHABLOZ /DIETSCHY-MARTENET/HEINZMANN, p. 988; SDM-FSN : *Wissenswertes zum Thema Mediation*, p. 2.

<sup>39</sup> CHABLOZ /DIETSCHY-MARTENET/HEINZMANN, p. 1005-1006;

<sup>40</sup> MIRIMANOFF (éd.) : *La Médiation dans l'ordre juridique suisse*, p. 34 ; SDM-FSN : *Wissenswertes zum Thema Mediation*, p. 2.

S'agissant de la médiation judiciaire, on trouve cette exigence d'indépendance du médiateur à l'art. 216 al.1 CPC<sup>41</sup>.

## 2.6 Confidentialité

L'exigence de confidentialité de la médiation est essentielle au bon fonctionnement du processus. En effet, le but ultime de la médiation est la restitution du dialogue entre les participants. Or, il faut pour cela qu'ils puissent s'exprimer librement, avec sincérité et transparence, sans craindre de voir les propos qu'ils ont pu tenir dans le cadre de la médiation utilisés contre eux dans une procédure judiciaire ultérieure<sup>42</sup>. Dès lors, cette exigence de confidentialité est en principe prévue dans le contrat de médiation, afin qu'elle lie les participants à la médiation. Qui plus est, le CPC prévoit expressément la confidentialité du processus à son art. 216 CPC, bien qu'il soit uniquement applicable à la médiation judiciaire, le CPC ne régissant pas la médiation non judiciaire<sup>43</sup>. En effet, le premier alinéa de cet article permet aux parties de garder confidentielles les informations concernant l'objet de la médiation, son déroulement, ainsi que son organisation vis-à-vis du tribunal judiciaire. En revanche, contrairement aux parties à la médiation, le médiateur ne possède pas ce droit de garder la confidentialité, si bien qu'il est tenu de collaborer avec les autorités judiciaires, à moins qu'il puisse se prévaloir du droit de refuser de collaborer de l'art. 166 al.1 lit. d CPC. Ce droit à la confidentialité prévu par le CPC n'engendre cependant pas d'obligation liée à la confidentialité, à charge des parties. Néanmoins, ces dernières peuvent conclure un accord de confidentialité avec ou sans le médiateur, afin que celui-ci soit étendu envers les tiers. Le deuxième alinéa de l'art. 216 CPC, quant à lui, prévoit une obligation de non prise en compte des propos des parties, ce qui violerait le principe de confidentialité de la médiation, à charge des autorités judiciaires. Au vu de ces éléments, un jugement civil rendu en violation de ce principe de confidentialité serait annulable pour vice de procédure. Ainsi, par cette disposition, le législateur a souhaité permettre aux parties d'échanger librement lors du processus de médiation, sans craindre que les propos tenus soient par la suite communiqués aux autorités, lors d'une procédure judiciaire subséquente<sup>44</sup>.

## 3. Clauses de médiation

### 3.1 Définition

Les clauses de médiation sont des clauses que des parties liées par un rapport contractuel établissent dans leur convention. Elles prévoient le recours à la médiation avant la saisine d'un tribunal arbitral ou étatique, dans l'éventualité d'un quelconque différend actuel ou futur, lié audit contrat et opposant les parties<sup>45</sup>. C'est donc un engagement des parties à tenter de résoudre leur conflit par le biais d'un mode amiable, plus particulièrement la médiation, préalablement à toute procédure judiciaire ou arbitrale.

---

<sup>41</sup> FF 2006 6841, p. 6945.

<sup>42</sup> MIRIMANOFF (éd.) : *La Médiation dans l'ordre juridique suisse*, p. 82-83 ; SDM-FSN : *Wissenswertes zum Thema Mediation*, p. 2 ; site internet SDM-FSN.

<sup>43</sup> MIRIMANOFF (éd.) : *La Médiation dans l'ordre juridique suisse*, p. 83-84 ; MIRIMANOFF et al. : *Dictionnaire de la médiation*, p. 142 ss.

<sup>44</sup> CHABLOZ /DIETSCHY-MARTENET/HEINZMANN, p. 1006-1007.

<sup>45</sup> MIRIMANOFF et al. : *Dictionnaire de la résolution*, p. 71.

### 3.2 Conditions de validité

Étant de nature contractuelle, les clauses de médiation sont régies par le principe de liberté contractuelle, au même titre que toute autre convention<sup>46</sup>. Dès lors, excepté l'obligation de respect des art. 19 et 20 CO et 27 et 28 CC, les parties sont libres dans le contenu de telles clauses. Malgré cette marge de manœuvre des parties quant au libellé des clauses de médiation, il existe tout de même certains éléments que le « Règlement suisse de médiation » de l'association des Chambres de commerce suisses pour l'arbitrage et la médiation considère comme étant un contenu essentiel : le lieu, la langue ainsi que la durée du processus de médiation. Par conséquent, il est préférable que les parties traitent de ces points dans ladite clause<sup>47</sup>. Certaines entités, notamment la Chambre de médiation de l'Ordre des avocats vaudois, mettent des modèles de clauses de médiation à disposition des particuliers, afin qu'ils aient un exemple sur lequel s'appuyer, s'ils souhaitaient adopter de telles clauses<sup>48</sup>. Par ailleurs, il faut réserver la pratique des tribunaux qui vient tempérer ce principe de liberté contractuelle. En effet, trois éléments impératifs ressortent de la jurisprudence<sup>49</sup> établie par le Tribunal fédéral. Le premier consiste en une exigence de clarté et de précision de la clause de médiation préalable pour qu'elle soit efficace<sup>50</sup>. En effet, dans leur arrêt daté du 16 mai 2011<sup>51</sup>, les juges fédéraux ont retenu que le manque de précision et de clarté de la clause de conciliation préalable plaide en faveur du caractère facultatif de la tentative de conciliation préalable. Ainsi, pour pouvoir retenir le caractère obligatoire du recours préalable à la médiation prévu par la clause, cette dernière doit être claire. Cette exigence de clarté commande que la clause indique que le processus qu'elle désigne constitue une condition à la recevabilité de la procédure arbitrale ou judiciaire. Elle doit également décrire en quoi consiste ledit processus à respecter, afin que les parties puissent savoir ce qu'implique son respect. Par ailleurs, bien qu'ajoutant d'autres exigences de validité à cette clause, le système anglais prévoit le même impératif que sont la clarté et la précision de la clause<sup>52</sup>. La chambre commerciale de la Cour de cassation française a elle aussi rendu un arrêt sur la question, fixant la précision de la clause comme condition à son caractère contraignant<sup>53</sup>. Cependant, il faut relever que cette exigence de clarté du libellé de la clause de médiation n'est pas réellement une condition de validité, puisque le non-respect de cet impératif n'engendre pas son invalidité, mais rend simplement facultatif le processus préalable qu'elle prévoit<sup>54</sup>. Le second élément impératif exige que la clause indique expressément la durée au terme de laquelle la tentative de médiation préalable peut être considérée comme bel et bien respectée. Le dernier élément veut que la clause de médiation préalable ne doive pas permettre la saisine du tribunal judiciaire ou arbitral en parallèle au processus préalable prévu par celle-ci<sup>55</sup>. Cependant, au vu de l'existence du droit fondamental qu'est le droit d'agir en justice, la clause de médiation peut uniquement restreindre l'accès à la justice en prévoyant une étape préalable à la saisine des tribunaux. Ainsi, il est impossible pour

---

<sup>46</sup> CHENOU/MIRIMANOFF, p. 7; BROWN-BERSET, p. 327.

<sup>47</sup> Règlement suisse de médiation, p. 3.

<sup>48</sup> Voir annexe « Modèles de clauses de médiation de la Chambre de médiation de l'OAV ».

<sup>49</sup> TF, arrêt 4A\_18/2007 du 6 juin 2007 ; TF arrêt 4A\_46/2011 du 16 mai 2011.

<sup>50</sup> TF, arrêt 4A\_18/2007 du 6 juin 2007 ; TF arrêt 4A\_46/2011 du 16 mai 2011 ; LÉVY : *La sanction de l'inexécution*, p. 562, 3<sup>ème</sup> paragraphe.

<sup>51</sup> TF, arrêt 4A\_46/2011 du 16 mai 2011 c.3.5.2.

<sup>52</sup> High Court, TCC, arrêt *Holloway & Anor v. Chancery Mead Ltd* EWHC 2495 du 30 juillet 2007 ; FERRAND, p. 56 in fine - 58.

<sup>53</sup> Cass. Fr. Ch. comm., du 29 avril 2014, 12-27.004, bulletin 2014.

<sup>54</sup> FERRAND, p. 56 in fine - 58.

<sup>55</sup> TF, arrêt 4A\_18/2007 du 6 juin 2007 ; BAIZEAU/LOONG, p. 1457, n. 37.

les parties d'exclure totalement l'accès à la justice par cette clause, notamment en s'imposant une obligation de parvenir à un accord à l'issue du processus de médiation. Il peut également être déduit de ce principe que lorsque l'une des parties doit requérir du juge des mesures urgentes, une éventuelle clause prévoyant un devoir de recourir à la médiation préalablement à la saisine du juge serait inefficace<sup>56</sup>.

### 3.3 Effets de l'application d'une clause de médiation

Les parties à une convention ont la liberté de prévoir contractuellement le recours à la médiation en amont de tout autre mode de résolution des différends, dans l'hypothèse où un conflit portant sur un élément du contrat les opposerait. En prévoyant une clause de médiation dans leur contrat, les parties s'engagent à respecter deux types d'obligations : une obligation de faire et une obligation de s'abstenir. S'agissant de l'obligation de faire, la clause de médiation figurant dans le contrat prévoit que si un litige survenait entre les parties, ces dernières seraient tenues de tenter une médiation préalable à la saisine d'un tribunal arbitral ou judiciaire. De cette clause, naît ainsi une obligation des parties à participer à un processus de médiation, afin de tenter de résoudre ce conflit de manière amiable. Il faut relever que pour satisfaire cette obligation positive, il suffit pour les parties d'entamer le processus de médiation de bonne foi. Cela implique la saisine d'un médiateur ainsi que la recherche d'une solution amiable<sup>57</sup>. Cependant, les parties ne sont guère tenues à ce que la médiation aboutisse, si bien qu'il ne leur est pas nécessaire de trouver un accord. L'obligation négative engendrée par la conclusion d'une clause de médiation, quant à elle, consiste en l'absence de saisine du tribunal judiciaire ou arbitral par les parties, ceci tant qu'elles n'ont pas effectué l'étape préalable dictée par la clause. Au vu de ces éléments, lorsque le contrat qu'elles ont conclu prévoit une clause de médiation préalable et qu'un différend survient entre elles, ces dernières sont tenues d'initier un processus de médiation en vue de résoudre leur conflit de manière conventionnelle. En agissant autrement, les parties violent le contrat, s'exposant ainsi à d'éventuelles sanctions<sup>58</sup>. Contrairement à la saisine d'une autorité telle qu'un tribunal judiciaire ou arbitral, qui a pour effet la détérioration des rapports qu'entretiennent les parties, une telle clause a l'avantage de permettre la sauvegarde de leur relation, au vu de l'aptitude du processus de médiation à résoudre le fond du conflit. De plus, l'emprunt de la voie de la médiation limite, dans la mesure du possible, la durée ainsi que les coûts de la résolution du conflit<sup>59</sup>.

Il existe deux issues possibles à la médiation : son aboutissement et son échec. La médiation peut être considérée comme aboutie lorsque les parties sont parvenues à trouver un accord au terme du processus de médiation<sup>60</sup>. Cas échéant, les parties se conformeront simplement audit accord, mettant ainsi fin au différend. L'échec de la médiation peut être retenu lorsque bien qu'ayant tenté de trouver une solution amiable, les parties n'ont pas réussi à se mettre d'accord. Dans cette situation, les parties ont bel et bien respecté leurs engagements découlant de la clause de médiation préalable, si bien que la saisine du tribunal arbitral ou judiciaire par celles-ci est autorisée<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> Site internet Open Lefebvre Dalloz.

<sup>57</sup> WEILLER, n.4.

<sup>58</sup> WEILLER, n.5.

<sup>59</sup> MARCHANDISE/BATTISTONIET, p. 37, n. 21.

<sup>60</sup> Site internet du pouvoir judiciaire de la République et du Canton de Genève.

<sup>61</sup> Site internet du pouvoir judiciaire de la République et du Canton de Genève.

## 3.4 Sanction en cas de violation d'une clause de médiation

### 3.4.1 Évolution jurisprudentielle sur le sujet

Le principe applicable en matière d'engagement contractuel est que toute obligation à laquelle les parties se seraient assujetties contractuellement doit être respectée par celles-ci. Dès lors, lorsqu'une partie adopte un comportement non-conforme à ses engagements, notamment ceux découlant d'une clause de médiation, se pose la question de la violation de cette obligation. Historiquement, la question de la sanction à appliquer en cas de violation par une partie d'une clause de médiation préalable était et reste controversée. En effet, la question s'est posée à plusieurs reprises dans divers arrêts<sup>62</sup>, or, pendant longtemps, le Tribunal fédéral n'y a pas répondu de manière claire. Au travers de ce chapitre, un examen de l'évolution jurisprudentielle concernant la sanction à donner au non-respect d'une clause prévoyant le recours à un processus de résolution amiable des conflits sera effectué.

#### 3.4.1.1 Ancienne jurisprudence

Dans un premier arrêt<sup>63</sup> opposant une société spécialisée dans la conception de machines à café (ci-après : société Y) à une société fabriquant des appareils électroménagers (ci-après : société X) la Tribunal fédéral a dû se prononcer pour la première fois sur l'éventuel non-respect d'une clause de conciliation préalable ainsi que sur la sanction y faisant suite. Au préalable, il convient de préciser que le terme « conciliation », utilisé dans les jurisprudences évoquées dans le cadre de ce travail, renvoie à un mécanisme privé mis en place par les parties, leur permettant de désigner un tiers qui aura pour mission de les aider à trouver une solution amiable au différend qui les oppose, et non à la conciliation prévue par le CPC<sup>64</sup>. Concernant l'état de fait du cas d'espèce, les deux sociétés avaient conclu deux contrats de licence portant sur des machines à café, l'un à caractère international et l'autre visant uniquement le territoire français. Ces contrats de licence contenaient chacun une clause prévoyant la soumission à un tribunal arbitral de tout différend lié aux contrats n'ayant pas pu faire l'objet d'une résolution à l'amiable, qui surviendrait entre les partenaires commerciaux. Les clauses réservaient le fait que des négociations en cours ne constitueraient en aucun cas un empêchement à la saisine du tribunal arbitral. Après plusieurs mois d'entente, les rapports qu'entretenaient les parties se sont dégradés, si bien que la société X a résilié avec effet immédiat les contrats de licence conclus, en demandant à la société Y le paiement de 891'024.06 CHF et 66'123 EUR à titre de dédommagement partiel. La société Y, jugeant la résiliation des deux contrats de licence abusive, a aussitôt ouvert une procédure arbitrale, afin de faire constater le caractère abusif de cette résiliation, ainsi que d'obtenir la réparation du préjudice qui en découle. Pour réponse, la société X invoqua le fait que la société Y n'ayant pas engagé une procédure de médiation/conciliation préalable, ceci en violation des contrats de licence, le tribunal arbitral ne pouvait entrer en matière sur la requête. Enfin, un tribunal arbitral fut constitué à cette occasion : il reconnut sa compétence pour trancher le litige et donna tort à la société X sur le fond. En effet, après avoir procédé à l'interprétation des clauses, les arbitres ont considéré que, bien qu'incitant les parties à régler à l'amiable les différends les opposant, celles-ci ne permettaient pas de retenir un devoir juridique d'engager des pourparlers transactionnels, ni

---

<sup>62</sup> TF, arrêt 4A\_18/2007 du 6 juin 2007 ; TF, arrêt 4A\_46/2011 du 16 mai 2011 ; TF, arrêt 4A\_124/2014 du 7 juillet 2014 ; TF, arrêt 4A\_628/2015 du 16 mars 2016 ; TF, arrêt 4A\_132/2019 du 5 mai 2020.

<sup>63</sup> TF, arrêt 4A\_18/2007 du 6 juin 2007.

<sup>64</sup> LÉVY : *La sanction de l'inexécution*, p. 563.

même une procédure de médiation préalable. Le Tribunal fédéral fut alors saisi de la cause par le biais d'un recours en matière civile de la société X.

Dans l'analyse juridique de cet arrêt, le Tribunal fédéral relève l'existence d'une controverse s'agissant des sanctions en cas de violation d'une clause de conciliation préalable. Il résume cette controverse en une question : « celui qui viole une convention de médiation ne s'expose-t-il qu'à l'obligation de payer d'éventuels dommages-intérêts à son adverse partie ou court-il le risque que sa demande soit déclarée irrecevable, voire rejetée (en l'état) par le juge ou l'arbitre ? »<sup>65</sup>. En résumant la controverse de cette manière, le Tribunal fédéral reconnaît implicitement qu'il y a trois sanctions envisageables à la violation d'une telle clause, apparentant à deux familles distinctes : les sanctions procédurales et les sanctions matérielles. On retient que la sanction est procédurale lorsque celle-ci fait suite à la violation d'une obligation de nature procédurale, soit une obligation dont le respect est une condition de recevabilité (art. 59 CPC) de l'action ouverte devant le tribunal arbitral ou judiciaire. Les sanctions de nature procédurales liées à la violation d'une telle clause sont l'irrecevabilité de la demande ou la suspension de la procédure ouverte en violation de la clause (incompétence *ratione temporis*)<sup>66</sup>. La violation d'une obligation de nature purement contractuelle, quant à elle, constitue une inexécution du contrat et donne donc lieu à une sanction matérielle, sans avoir d'effet sur la recevabilité de l'action. Est considérée comme étant de nature matérielle, la sanction liée à la violation d'une obligation matérielle, soit une obligation contractuelle dont la violation est assimilée à une inexécution du contrat. Le paiement de dommages-intérêts est la sanction matérielle envisagée pour la violation d'une clause de résolution amiable des conflits<sup>67</sup>.

Néanmoins, bien qu'exposant les diverses sanctions envisageables en cas de saisine d'un tribunal arbitral ou judiciaire en violation d'une clause prévoyant une tentative de résolution amiable préalable, le Tribunal fédéral ne tranchera pas cette controverse dans cet arrêt, retenant qu'en l'espèce, les clauses de conciliation prévues dans les contrats de licence n'instituaient pas une obligation de conciliation préalable. En effet, le Tribunal fédéral commence son analyse en déterminant si la clause est de nature facultative ou obligatoire. Dans ce cadre, il soulève que l'absence d'indication d'un délai dans lequel le processus préalable prévu par la clause doit être effectué constitue un indice concernant la nature facultative de la clause. De plus, pour être considérée comme contraignante, ladite clause doit indiquer à quel moment le processus préalable prévu par la clause est reconnu comme étant effectué<sup>68</sup>. En l'espèce, il ressort de l'interprétation faite par les juges fédéraux des clauses prévues dans le contrat de licence, que la volonté des parties était de favoriser le règlement amiable des différends qui pourraient les opposer, sans toutefois prévoir une conciliation préalable obligatoire. Ces clauses avaient donc pour seule fin de promouvoir le règlement amiable des différends, ainsi que d'octroyer au tribunal arbitral la compétence de trancher les différends non-résolus amiablement les opposant. Toutefois, par cet arrêt, le Tribunal fédéral pose le principe selon lequel la violation d'une clause prévoyant une tentative de résolution amiable d'un différend comme préalable à l'arbitrage doit être sanctionnée, ceci bien qu'il ne spécifie pas la nature de cette sanction. En outre, dans son analyse, le Tribunal fédéral rappelle l'interdiction de l'abus de droit prévue par l'art. 2 al. 2 CC, en lien avec la violation d'une clause de conciliation préalable. Dans ce cadre, l'abus manifeste de droit peut notamment être retenu lorsque, dans son recours, une partie invoque le non-respect de la clause de conciliation préalable à la saisine du tribunal arbitral, bien qu'elle n'eût elle-même pas proposé d'entamer une procédure de conciliation à l'autre partie préalablement à

---

<sup>65</sup> TF, arrêt 4A\_18/2007 du 6 juin 2007, c.4.3.1.

<sup>66</sup> BAIZEAU/LOONG, p. 1458-1460, n. 47-50.

<sup>67</sup> BAIZEAU/LOONG, p. 1458-1460, n. 47-50.

<sup>68</sup> BOOG, p. 103 ss.

l'arbitrage. Qui plus est, on peut également retenir l'existence d'un abus de droit lorsqu'une tentative de résolution du différend par la conciliation serait vouée à l'échec, si bien que la partie invoquant la violation de la clause de conciliation préalable n'a pas d'intérêt à invoquer ce droit<sup>69</sup>. En l'espèce, la Cour a estimé que le comportement de la recourante consistant à prendre part à la procédure d'arbitrage, en se réservant toutefois la faculté d'alléguer l'incompétence du tribunal arbitral, constitue un abus de droit. De plus, elle a considéré que toute tentative de concilier les parties aurait été vaine, ceci indépendamment de l'intervention d'un tiers expert. Partant, même s'il avait retenu le caractère obligatoire de la conciliation préalable, le tribunal arbitral aurait dû rejeter le grief d'incompétence du tribunal arbitral pour cause d'abus de droit<sup>70</sup>.

Par la suite, le Tribunal fédéral a complété sa jurisprudence concernant les sanctions en cas de violation d'une convention de médiation avec un second arrêt<sup>71</sup>. Celui-ci concerne une affaire opposant deux sociétés : une société à responsabilité limitée de droit allemand (ci-après : société A) et une Sàrl (ci-après : société B). Un contrat prévoyant la livraison par la société A d'une ligne de production permettant la fabrication de textile à la société B avait été conclu. Après plusieurs années de bons rapports, la société B a engagé une procédure arbitrale contre la société A, afin d'obtenir le paiement de 5'127'646 EUR, suite à la non-réception de la ligne de production, ainsi qu'aux défauts de celle-ci. En réponse, la société A – invoquant que la société B, par ses agissements, a violé deux clauses du contrat exigeant que les parties fassent appel à un expert neutre, respectivement tentent une conciliation avant de saisir un tribunal arbitral –, a conclu à l'irrecevabilité de la procédure arbitrale. À titre subsidiaire, la société A a demandé à ce que la procédure arbitrale soit suspendue, le temps que les étapes préalables à la saisine du tribunal arbitral prévues par le contrat soient mises en œuvre, ainsi qu'à ce qu'une compensation financière lui soit versée pour la violation de ces clauses. Dans sa sentence, le tribunal arbitral constitué à cet effet a rejeté les conclusions de la société A et a condamné cette dernière à verser 3'250'000 EUR à la société B. Cette sentence intervient pour plusieurs motifs : d'abord, les arbitres ont considéré que la désignation d'un expert prévue par la clause, préalablement à la saisine du tribunal arbitral, n'aurait pas permis de mettre un terme au conflit opposant les parties. En effet, la nomination de l'expert visait à ce qu'il se prononce sur d'éventuels aspects techniques liés au différend ; or, en l'espèce, le litige était essentiellement de nature juridique. De plus, les arbitres ont estimé que l'expert, au vu de sa fonction évoquée préalablement, aurait difficilement pu aider les parties à trouver un accord, notamment du fait de leurs positions divergentes. Ensuite, le tribunal arbitral a observé que l'engagement immédiat d'une procédure arbitrale, sans passer par une tentative de conciliation préalable, n'entraînait pas assurément l'irrecevabilité de la demande, au vu des termes utilisés dans les clauses. Qui plus est, les arbitres ont retenu que l'échec de la rencontre entre les parties démontrait l'impossibilité pour celles-ci de trouver un accord, si bien que la procédure arbitrale était le seul moyen de mettre un terme au différend. Enfin, le tribunal arbitral a considéré qu'au vu de l'incompatibilité marquée des positions des sociétés A et B, retenir l'irrecevabilité de la demande ou suspendre la procédure arbitrale (incompétence *ratione temporis*), du fait de la violation de telles clauses, s'apparenterait à du formalisme excessif<sup>72</sup>. La société A a dès lors saisi le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile contre cette sentence arbitrale, afin d'annuler celle-ci en raison de l'incompétence *ratione temporis* du tribunal arbitral.

---

<sup>69</sup> BAIZEAU/LOONG, p.1456-1457, n. 32-37.

<sup>70</sup> TF, arrêt 4A\_18/2007 du 6 juin 2007, c.4.3.3.1 et c.4.3.3.2.

<sup>71</sup> TF, arrêt 4A\_46/2011 du 16 mai 2011.

<sup>72</sup> TF, arrêt 4A\_46/2011 du 16 mai 2011, c.3.1.1.

Dans les considérants en droit<sup>73</sup> de ce deuxième arrêt, le Tribunal fédéral rappelle la controverse existante au sujet de la sanction à donner à la violation d'une clause prévoyant l'utilisation d'un processus de résolution des conflits, préalablement à la saisine d'un tribunal arbitral ou judiciaire. Dans son premier arrêt<sup>74</sup> sur la question, rappelons-le, le Tribunal fédéral avait résumé la controverse en une question : « celui qui viole une convention de médiation ne s'expose-t-il qu'à l'obligation de payer d'éventuels dommages-intérêts à son adverse partie ou court-il le risque que sa demande soit déclarée irrecevable, voire rejetée (en l'état) par le juge ou l'arbitre ? ». Toutefois, dans ce nouvel arrêt, les juges fédéraux précisent<sup>75</sup> que la formulation de cette question litigieuse, bien que pouvant porter à confusion, n'implique pas nécessairement d'opposer les sanctions procédurales aux sanctions matérielles. En effet, la formulation semble commander que la sanction résultant de la violation d'une clause de résolution amiable soit uniquement de nature procédurale, se traduisant ainsi par l'irrecevabilité de la demande ou la suspension de la procédure initiée, ou soit alors matérielle ou sous forme de dommages-intérêts pour inexécution du contrat. Or, à cet égard, le Tribunal fédéral indique que la combinaison de ces deux variétés de sanction n'est pas exclue. Il affirme également que la doctrine suisse majoritaire<sup>76</sup> semble être d'avis que la sanction de la violation d'une telle clause devrait être la suspension de la procédure arbitrale avec la fixation d'un délai aux parties pour respecter les étapes préalables qui n'ont pas été observées (incompétence *ratione temporis*)<sup>77</sup>. Néanmoins, le Tribunal fédéral ne tranchera pas non plus la question de la sanction en cas de violation d'une clause de résolution amiable préalable à la saisine du tribunal arbitral ou judiciaire dans cet arrêt, considérant qu'en se saisissant de l'affaire, les arbitres n'ont pas violé les deux clauses contractuelles invoquées par la société A. En effet, dans l'arrêt, les juges fédéraux confirment le raisonnement du tribunal arbitral selon lequel, au vu de la nature juridique du conflit opposant les parties, un expert n'était pas tenu d'être désigné et, quand bien même il y aurait eu nomination d'un expert, il n'aurait pas été à même d'aider les parties à parvenir à un accord<sup>78</sup>. Ainsi, la violation de la clause prévoyant le recours à un expert en premier lieu ne saurait être invoquée par la société A, celle-ci n'ayant pas d'intérêt à la mise en œuvre de ce processus, du fait de l'inaptitude de l'expert à permettre aux parties de trouver un accord. En outre, le Tribunal fédéral tire de l'interprétation faite de ces clauses que, au vu de l'incertitude laissée par celles-ci quant à la procédure de conciliation à respecter, les parties n'ont pas souhaité prévoir une conciliation préalable obligatoire. Il ajoute que, quand bien même ces clauses auraient dû être comprises comme prévoyant une conciliation préalable obligatoire, les griefs soulevés par la société A devraient malgré tout être rejetés, considérant que, en l'espèce, une tentative de conciliation préalable a eu lieu entre les parties. Partant, en invoquant la violation du contrat par la société B, du fait qu'elle ait saisi le tribunal arbitral sans tentative préalable de résolution amiable de leur différend, la société A agit de manière abusive<sup>79</sup>.

Concernant la sanction à retenir, le Tribunal fédéral ajoute qu'il serait difficilement envisageable de déterminer une seule et même sanction à la violation d'une telle clause, qui serait adaptée à tous les cas de figure qui se présenteraient<sup>80</sup>. Par cette remarque, les juges fédéraux souhaitent se réserver la possibilité de sanctionner la violation d'une telle clause d'une

---

<sup>73</sup> TF, arrêt 4A\_46/2011 du 16 mai 2011, c.3.4.

<sup>74</sup> TF, arrêt 4A\_18/2007 du 6 juin 2007, c.4.3.1.

<sup>75</sup> TF, arrêt 4A\_46/2011 du 16 mai 2011, c.3.4.

<sup>76</sup> POUURET/BESSON, p. 11 n. 13 *in fine* ; BOOG, p. 109 ; KAUFMANN-KOLER/RIGOZZI, n. 32a.

<sup>77</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_46/2011 du 16 mai 2011, c.3.4, 3<sup>ème</sup> paragraphe.

<sup>78</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 4A\_46/2011 du 16 mai 2011, c.3.5.1, 2<sup>ème</sup> paragraphe ; BAIZEAU/LOONG, p.1457-1458, n. 38-45.

<sup>79</sup> TF, arrêt 4A\_46/2011 du 16 mai 2011, c.3.5.2, 2<sup>ème</sup> paragraphe ; BAIZEAU/LOONG, p.1457-1458, n. 38-45.

<sup>80</sup> TF, arrêt 4A\_46/2011 du 16 mai 2011, c.3.4, 3<sup>ème</sup> paragraphe.

certaine manière, ceci même pour le cas où ils auraient rendu auparavant un arrêt dans lequel ils auraient tranché cette question d'une autre manière.

Avant de trancher définitivement la controverse, le Tribunal fédéral a rendu un dernier arrêt<sup>81</sup> sur le sujet. Cet arrêt porte sur un litige opposant une société spécialisée dans les travaux routiers (ci-après : société M) à une autre société d'État en charge des autoroutes et routes nationales (ci-après : société N). Elles avaient conclu deux contrats dans lesquels la société M s'était engagée à réaliser des travaux de réhabilitation sur un tronçon d'une route nationale. Ces contrats contenaient des clauses prévoyant le recours à des *Dispute Adjudication Boards* (ci-après : DBA) comme étape préalable à la saisine d'un tribunal arbitral, en cas de litige. Le 10 mars 2011, à la suite de la survenance d'un différend entre les parties, la société M a informé la société N de son intention de recourir au DBA. S'ensuivit une multitude de désaccords des parties au sujet de la désignation des personnes qui constitueront le DBA. Le 14 juin 2012, les deux sociétés sont finalement parvenues à un accord sur la composition du DBA. À la fin du mois de juillet 2012, la société M a initié une procédure d'arbitrage, laquelle a été communiquée à la société N peu après. Les parties ont toutefois continué à échanger concernant la constitution du DAB, ceci malgré la requête d'arbitrage déposée. L'un des membres du DBA a alors communiqué aux parties un projet de *Dispute Adjudication Agreement* (ci-après : DAA), que la société M a refusé de signer, du fait qu'elle ait ouvert une procédure d'arbitrage pour sauvegarder ses droits, le DAB n'ayant toujours pas été mis en place presque un an et demi plus tard. En réponse, la société N a tenté de poursuivre le processus de DAB en saisissant la Fédération internationale des ingénieurs-conseils. Cependant, cette dernière lui indiqua que, au vu de l'introduction de la procédure d'arbitrage par la société M, elle ne pouvait plus intervenir. Enfin, le tribunal arbitral saisi a rendu une sentence partielle reconnaissant sa compétence pour trancher le litige opposant les parties. En effet, en interprétant les clauses du contrat liant les deux sociétés, il a estimé que le recours au DAB comme préalable à la saisine du tribunal arbitral était une simple faculté et non une obligation. La société N a alors interjeté un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral, en vue d'obtenir l'annulation de la sentence partielle du tribunal arbitral. En effet, elle estimait qu'en rendant une telle sentence, les arbitres n'ont pas tenu compte de la violation par la société M du mécanisme préalable obligatoire qu'est le DAB.

La Cour a débuté son examen juridique de l'arrêt en déterminant si le recours au DAB mentionné dans la convention liant les parties constituait un préalable obligatoire à la saisine du tribunal arbitral. Dans l'affirmative, elle devrait examiner les effets légaux de la violation de cette phase préalable. Afin de déterminer si le recours au DAB est un préalable impératif à la saisine du tribunal arbitral, le Tribunal fédéral a interprété les clauses de la convention, selon les règles générales d'interprétation des contrats. Il a déduit de cette interprétation que les termes employés dans la clause correspondaient à une obligation d'obtenir une décision du DAB avant l'ouverture d'une procédure arbitrale, exception faite de quelques cas particuliers réservés par la clause. Dès lors, les juges fédéraux ont dû examiner si le cas d'espèce entrait dans les cas d'exception lors desquels la saisine immédiate du tribunal arbitral était permise. À ce sujet, le Tribunal fédéral a relevé qu'en vertu du principe de la bonne foi – lorsqu'interviennent des « circonstances particulières, objectives ou non, dans lesquelles le recours à la procédure préalable du DAB ne saurait être imposé à la partie désireuse de soumettre à l'arbitrage le différend qui l'oppose à son cocontractant »<sup>82</sup> –, l'ouverture d'une procédure d'arbitrage sans recourir préalablement au DAB est admissible. Considérant que le

---

<sup>81</sup> TF, arrêt 4A\_124/2014 du 7 juillet 2014.

<sup>82</sup> TF, arrêt 4A\_124/2014 du 7 juillet 2014, c.3.4.4, dernier paragraphe.

cas d'espèce constituait une exception permettant la saisine immédiate du tribunal arbitral, les juges fédéraux ont confirmé la sentence des arbitres dans laquelle ils se déclaraient compétents *ratione temporis* pour connaître du litige opposant la société M à la société N. En outre, le Tribunal fédéral a ajouté que le DAB envisagé dans le cas d'espèce ne respectant pas le but de favorisation de la résolution rapide des conflits, la mise en œuvre d'un tel processus n'aurait certainement pas évité l'ouverture de la procédure d'arbitrage. Ainsi, il lui était difficile d'identifier l'intérêt de la société N à obtenir une décision du DAB. Enfin, pour clore l'arrêt la Cour a reconnu qu'elle ne pouvait blâmer la société N d'avoir saisi le tribunal arbitral, sans respecter la clause de recours préalable au DAB, au vu de la durée de la procédure de constitution du DAB<sup>83</sup>.

### 3.4.1.2 Solution actuelle

S'agissant des jurisprudences susmentionnées<sup>84</sup>, toutes deux traitaient essentiellement de la problématique qu'implique la violation d'une clause de résolution amiable des conflits préalable, du fait de l'ouverture par l'une des parties d'une procédure d'arbitrage. Cependant, dans la jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a également dû se prononcer sur les effets de l'ouverture d'une procédure judiciaire civile, en violation d'une clause prévoyant un règlement amiable du conflit préalablement à la saisine des tribunaux<sup>85</sup>, si bien que les cas de violation de telle clause par une procédure d'arbitrage sont à distinguer des cas de violation par l'ouverture d'une procédure judiciaire civile. Partant, nous procéderons dans la présente section à une telle distinction.

#### 3.4.1.2.1 Violation de la clause de médiation par l'ouverture d'une procédure d'arbitrage

Dans un arrêt daté du 16 mars 2016<sup>86</sup>, le Tribunal fédéral a finalement dû trancher la controverse au sujet de la sanction à appliquer en cas d'ouverture d'une procédure arbitrale en violation d'une clause de résolution des conflits préalable. L'arrêt en question confrontait une société d'exploration et de production d'hydrocarbure (ci-après : société C) à une société de droit intervenant dans ce même domaine (ci-après : société D). Ces dernières ont conclu deux contrats d'association en vue de rechercher et d'exploiter des gisements pétroliers. Les contrats prévoyaient le règlement d'éventuels différends les opposant par une tentative de conciliation, avant l'utilisation de la voie d'arbitrage. Partant, lorsqu'un conflit est survenu entre les parties, celles-ci ont effectué une demande de conciliation, conformément aux contrats. S'en est suivi une série d'échanges entre la conciliatrice et les parties, afin d'organiser les modalités de la conciliation à venir. Une conférence téléphonique a dès lors été fixée. Elle fut cependant reportée à la suite d'un malentendu concernant la participation des représentants des deux sociétés à la conférence. Peu de temps après, la société D a indiqué à la conciliatrice son constat de l'échec de la conciliation, ainsi que sa volonté de ne pas poursuivre celle-ci. Elle a également notifié l'ouverture d'une procédure d'arbitrage à la conciliatrice et la société C. En réponse, la conciliatrice a informé les parties de son incapacité d'annoncer la clôture de la procédure de conciliation à la commission d'arbitrage compétente, une discussion prévue par le règlement applicable à la conciliation n'ayant pas eu lieu. Elle a également proposé une nouvelle réunion aux parties. La société D maintenant sa position face à sa proposition, la conciliatrice informa

---

<sup>83</sup> TF, arrêt 4A\_124/2014 du 7 juillet 2014, c.3.5.

<sup>84</sup> TF, arrêt 4A\_18/2007 du 6 juin 2007 ; TF, arrêt 4A\_46/2011 du 16 mai 2011 ; TF, arrêt 4A\_124/2014 du 7 juillet 2014.

<sup>85</sup> TF, arrêt 4A\_132/2019 du 5 mai 2020.

<sup>86</sup> TF, arrêt 4A\_628/2015 du 16 mars 2016.

les parties qu'elle interprétait le comportement de la société D comme constituant un retrait de la demande de conciliation par celle-ci. Considérant la procédure de conciliation toujours en cours, le conseil de la société C rétorqua que la procédure d'arbitrage était sans objet et informa le conseil de la société D de son intention de soulever l'exception d'incompétence du tribunal arbitral. Ultérieurement, les parties ont échangé quant aux modalités de la procédure d'arbitrage. La société C se réserva toutefois la possibilité d'invoquer l'incompétence du tribunal arbitral saisi, la conciliation préalable n'ayant pas eu lieu. Enfin, un tribunal arbitral fut constitué et se déclara compétent pour connaître du litige opposant les parties, rejetant ainsi l'exception d'incompétence soulevée par la société C. En effet, bien que les arbitres aient considéré que le contrat liant les parties prévoyait une conciliation préalable obligatoire et que celle-ci n'était pas vouée à l'échec, ils ont estimé que, contrairement à ce qu'a retenu la conciliatrice, une tentative de conciliation avait bien eu lieu. La société C interjeta alors un recours en matière civile au Tribunal fédéral afin que la sentence arbitrale soit annulée.

Dans son exposé juridique du cas d'espèce<sup>87</sup>, les juges fédéraux ont effectué un raisonnement en plusieurs étapes : en premier lieu, ils ont déterminé à quel mode de résolution amiable des différends la clause prévue par les parties renvoyait, en interprétant le contrat. Ensuite, ils ont vérifié si le mode en question avait bel et bien été employé dans le cas d'espèce. Si c'était le cas, la clause ayant été respectée, le tribunal arbitral serait valablement saisi. Si au contraire, ce mode n'avait pas été utilisé par les parties, ils devraient alors examiner si le fait pour la société C de se prévaloir de ce grief auprès du Tribunal fédéral constituerait ou non un abus de droit. Si tel était le cas, alors la violation de la clause n'impliquerait pas de sanction. Dans le cas contraire, les juges fédéraux devraient déterminer par quel moyen sanctionner la violation de la clause.

Il ressort de l'interprétation de la convention effectuée par le Tribunal fédéral que la clause pose la réalisation d'une tentative de conciliation préalable comme condition de validité de la saisine du tribunal arbitral. Or, les juges fédéraux relèvent qu'il est impossible de déduire des circonstances du cas d'espèce que la conciliation préalable a bel et bien été effectuée. En effet, étant donné leur convention, les parties ont soumis la conciliation préalable au « Règlement ADR ». Dès lors, pour que l'on puisse retenir que la conciliation préalable requise ait eu lieu, il faut que celle-ci ait respecté les exigences posées par ce règlement, notamment l'existence d'une certaine unité de temps afin que les parties puissent réellement discuter entre elles. Toutefois, cela n'était pas le cas en l'espèce, les parties ayant uniquement discuté des modalités de la réunion en vue de la conciliation. En conséquence, du fait de l'ouverture de la procédure d'arbitrage, la société D a bien violé la convention la liant à la société C. S'agissant de la question de savoir si la société C a invoqué, de manière abusive, l'incompétence du tribunal arbitral liée à la violation de la clause de conciliation préalable, le Tribunal fédéral rappelle le principe de l'interdiction de l'abus de droit prévu à l'art. 2 al. 2 CC, posé dans son premier arrêt<sup>88</sup> sur la question. Il retient l'existence d'un abus de droit, notamment lorsque « l'exercice du droit ne répond à aucun intérêt »<sup>89</sup> ou qu'une partie qui aurait constaté un vice de procédure ne le signale pas immédiatement, afin de le relever uniquement si l'issue de la procédure lui était défavorable. Ainsi, la Cour considère comme un abus de droit le fait qu'une partie se prévale de l'inutilisation de la conciliation préalable obligatoire dans le cadre d'un recours contre une sentence arbitrale, alors même qu'elle n'avait pas proposé l'usage d'un tel processus préalablement à la procédure d'arbitrage. Par ailleurs, cette jurisprudence est critiquée,

---

<sup>87</sup> TF, arrêt 4A\_628/2015 du 16 mars 2016, c.2.4.

<sup>88</sup> TF, arrêt 4A\_18/2007 du 6 juin 2007, c.4.3.3.1.

<sup>89</sup> TF, arrêt 4A\_628/2015 du 16 mars 2016, c.2.4.3.1.

notamment par deux auteurs<sup>90</sup>, considérant que le fait que le défendeur n'invoque pas immédiatement la violation de la clause de conciliation préalable ne devrait pas avoir pour effet de guérir l'incompétence du tribunal arbitral. En effet, de leur point de vue, comme il appartient au demandeur de prouver qu'il a proposé au défendeur d'entamer une conciliation, ce dernier devrait pouvoir soulever l'exception d'incompétence *ratione temporis* du tribunal arbitral, pour autant qu'il le fasse avant toute défense au fond. Néanmoins, les juges fédéraux ont affirmé que, en l'espèce, aucun élément ne permettait de retenir que le comportement de la société C constituait un abus de droit. En effet, cette dernière a activement participé aux échanges visant à établir les modalités du processus de conciliation préalable et a immédiatement soulevé la violation de la clause de conciliation préalable par la société D, une fois que cette dernière a ouvert la procédure d'arbitrage. De plus, elle a exprimé son souhait de soulever l'exception d'incompétence *ratione temporis* du tribunal arbitral, ceci aussitôt qu'elle a eu connaissance de l'ouverture de l'arbitrage. Partant, au vu de ces éléments, il serait erroné de retenir l'existence d'un abus de droit. S'agissant des chances de succès de la conciliation préalable, le Tribunal fédéral considère que rien ne permet de retenir que celle-ci serait vouée à l'échec. Dès lors, l'allégation du grief de l'incompétence *ratione temporis* du tribunal arbitral répond à un intérêt et ne constitue donc pas un abus de droit.

Contrairement aux jurisprudences évoquées auparavant, le Tribunal fédéral a reconnu, dans le cas d'espèce, l'existence d'une violation de la clause de conciliation préalable et la bonne foi de la recourante lorsqu'elle a dénoncé cette violation. Ainsi, les juges fédéraux ont dû se prononcer, cette fois-ci, sur la question de la sanction à donner à une telle violation. Le Tribunal fédéral débute son raisonnement en analysant l'adéquation d'une sanction matérielle, soit le paiement de dommages-intérêts par la partie qui n'aurait pas respecté l'obligation d'employer un préalable obligatoire à l'arbitrage. Il estime d'abord que l'utilisation des dommages-intérêts comme sanction aurait pour défaut d'intervenir trop tard, si bien qu'elle aurait pour effet de faire perdre son sens au recours à la médiation préalablement à la procédure d'arbitrage. Un autre problème se poserait dans ce cas, soit l'incapacité de la partie se prévalant de la violation à prouver l'existence d'un dommage subi, attendu que rien ne garantit que le recours des parties à la médiation leur aurait permis de trouver un accord mettant fin au litige. Et quand bien même la partie bénéficiaire des dommages-intérêts serait parvenue à prouver l'existence de son dommage, il lui serait difficile d'évaluer le montant de celui-ci. Au vu de ces éléments, le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que les dommages-intérêts ne sont pas une sanction adéquate en réponse à la violation d'une clause de conciliation préalable. Partant, il considère que seules les sanctions que sont l'irrecevabilité, le rejet de la cause ou encore la suspension de la cause jusqu'à ce que le processus préalable obligatoire ait eu lieu, pourraient être efficaces. Toutefois, bien que plus adéquates que les dommages-intérêts, les sanctions d'irrecevabilité ou de rejet de la cause en l'état, suivies de la clôture de la procédure arbitrale, ne sont guère les plus appropriées. D'une part, en effet, le fait de clore la procédure arbitrale initiée a pour conséquence de faire cesser la mission du tribunal arbitral constitué pour l'occasion, si bien qu'en cas d'échec de la conciliation préalable, un nouveau tribunal arbitral devrait être formé. D'autre part, se pose la question de savoir si les arbitres composant le tribunal arbitral initial resteraient éligibles pour statuer sur ce même différend, en cas d'échec de la conciliation préalable. Par ailleurs, de telles sanctions entraîneraient le prolongement de la procédure, impliquant ainsi des coûts supplémentaires, ceci au préjudice des parties. Pour finir, prévoir l'irrecevabilité de la demande comme sanction à une telle violation pourrait engendrer des risques d'acquisition de la prescription en défaveur de la partie demanderesse, le dépôt d'une requête de médiation n'ayant pas d'effet interruptif de la prescription. De ce fait, dans le cas où

---

<sup>90</sup> BERGER/KELLERHALS, p. 205, n. 583.

le tribunal arbitral prononcerait l'irrecevabilité de la demande à un moment proche du terme du délai de prescription, il se pourrait que la demanderesse n'ait pas le temps de terminer la procédure préalable avant ce terme, si bien que la prescription serait acquise, la privant ainsi de la possibilité de saisir les arbitres.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal fédéral conclut que la sanction préférable dans le cas d'espèce est la suspension de la procédure d'arbitrage (incompétence *ratione temporis*), allée à la fixation d'un délai lors duquel les parties devront procéder à la conciliation préalable obligatoire qui n'a pas été initiée voire achevée. Ainsi, le tribunal arbitral en question reste saisi de l'affaire, si bien que les parties n'auraient pas à réintroduire la procédure, en cas d'échec de la conciliation. La suspension de la procédure d'arbitrage devra être demandée par la demanderesse dès le commencement du procès (*in limine litis*) et le tribunal arbitral qui l'ordonnera devra fixer aux parties un délai dans lequel la conciliation ou médiation devra être achevée, ainsi que déterminer les conditions de reprise de la procédure pendante devant lui. En tranchant la controverse de cette manière, la Cour décide de favoriser la liberté contractuelle par rapport au caractère volontaire de la conciliation et de la médiation, permettant ainsi d'assurer le respect des clauses de résolution amiable des conflits. Cette solution a pour avantage d'éviter pour les parties d'avoir à réengager une procédure en cas d'échec du processus préalable prévu contractuellement, ce qui permet de gagner du temps et de limiter les coûts<sup>91</sup>. De surcroît, les juges fédéraux justifient ce choix de sanction en invoquant le principe d'économie de procédure. Ainsi, la décision d'irrecevabilité *ratione temporis* mettant un terme à la litispendance, son utilisation comme sanction de la violation de la convention de conciliation ou de médiation préalable impliquerait de devoir recommencer le processus de désignation des arbitres appelés à statuer sur le fond. Une telle solution violerait le principe d'économie de procédure, si bien qu'elle doit être écartée. Partant, la suspension de l'arbitrage durant la procédure de conciliation est la sanction à appliquer au cas d'espèce. De plus, cette solution rejoint l'opinion de la doctrine majoritaire suisse évoquée dans le cadre de l'analyse de l'arrêt du 16 mai 2011<sup>92</sup>.

Pour clore cette analyse, ajoutons que la Cour rappelle son observation effectuée dans l'arrêt daté du 16 mai 2011, d'après laquelle il serait difficilement concevable d'imaginer une seule sanction liée à cette violation qui serait adaptée à tous les cas de figures. Ainsi, par ce rappel, le Tribunal fédéral se réserve la possibilité de retenir une autre sanction à la suite de la violation d'une clause de conciliation ou de médiation préalable.

Les arrêts évoqués jusqu'ici visaient des cas de violation par une partie d'une clause de conciliation préalable, ceci par l'ouverture d'une procédure d'arbitrage. Il reste à définir si cette solution vise uniquement le non-respect de clauses de conciliation préalable ou si elle est également transposable au cas de violation de clause de médiation préalable. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a implicitement étendu l'application des solutions retenues dans ces arrêts aux cas de violation de clauses de médiation préalables<sup>93</sup>. En effet, dans leurs arrêts rendus sur la question, les juges fédéraux ne limitent pas leur réflexion aux clauses de conciliation, mais effectuent leur raisonnement en visant la violation de clauses contractuelles prévoyant un processus de résolution amiable des différends. À cet égard, ils mentionnent notamment les clauses de conciliation ainsi que les clauses de médiation préalables. En raisonnant de la sorte, ils étendent l'application de ces jurisprudences à la violation de tout

---

<sup>91</sup> LÉVY : *La sanction de l'inexécution*, p. 467-474.

<sup>92</sup> TF, arrêt 4A 46/2011 du 16 mai 2011, c.3.4, 3<sup>ème</sup> paragraphe ; POUDRET/BESSON, n. 13 in fine ; KAUFMANN-KÖHLER/RIGOZZI, n. 32a ; CHRISTOPHER BOOG, p. 109 ; HIRSCH.

<sup>93</sup> LÉVY : *La sanction de l'inexécution*, p. 563.

processus de résolution amiable préalable auquel les parties se sont soumises contractuellement, notamment la médiation et la conciliation.

#### 3.4.1.2.2 *Violation de la clause de médiation par l'ouverture d'une procédure judiciaire civile*

Le Tribunal fédéral s'est donc prononcé sur la question de savoir comment sanctionner l'ouverture d'une procédure d'arbitrage en violation d'une clause prévoyant le recours préalable à un mode amiable de résolution des conflits. Il ne s'était cependant pas déterminé sur les effets de la violation d'une telle clause par l'ouverture d'une procédure judiciaire. Dans un premier temps, certains auteurs, notamment LEVY<sup>94</sup>, ont considéré que la solution retenue par le Tribunal fédéral dans sa dernière jurisprudence<sup>95</sup> trouvait également application en cas de violation d'une clause de conciliation ou de médiation préalable, par l'ouverture d'une procédure judiciaire. Dès lors, dans un tel cas de figure, la procédure judiciaire serait simplement suspendue, le juge restant saisi le temps que les parties recourent au processus préalable qu'elles s'étaient engagées contractuellement à employer (incompétence *ratione temporis*). Or, dans un arrêt récent en la matière<sup>96</sup>, le Tribunal fédéral s'est justement prononcé sur ce cas de figure, en s'écartant de la solution retenue précédemment dans son arrêt du 16 mars 2016.

L'arrêt le plus récent rendu par le Tribunal fédéral traite d'un litige opposant A, administrateur de la société A SA, à la société Y SA. En effet, la société A SA et la société X SA ont conclu un contrat de courtage contenant une clause de médiation préalable. En vertu de ce contrat, A SA était notamment tenue de verser trois notes d'honoraires à la société X SA. Toutefois, la société X SA a cédé sa créance envers A SA à la société Y SA, en informant la société A SA au préalable. Ensuite, la société Y SA a notifié un commandement de payer à l'administrateur A portant sur le montant des créances découlant de la convention de courtage auquel A a fait opposition totale. La mainlevée a alors été prononcée par jugement. Dès lors, A a formé recours contre ce jugement au Tribunal cantonal vaudois. Cependant, le recours a été rejeté par les juges cantonaux. A a alors intenté une action en libération de dette devant le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois, afin qu'il soit constaté que A n'était pas débiteur des montants en question. Dans ce cadre, il a notamment invoqué au stade de la réplique la violation par Y SA de la clause de médiation préalable prévue dans le contrat de courtage. Néanmoins, son action a été rejetée par le Tribunal d'arrondissement, si bien que A a recouru, en vain, auprès du Tribunal cantonal vaudois. En effet, les juges cantonaux ont considéré que, A ayant uniquement invoqué la violation de la clause de médiation préalable dans le cadre de l'action en libération de dette, qui plus, est au stade de la réplique, le recours effectué par A était contraire au principe de bonne foi. En outre, bien que se prévalant du non-respect du processus préalable à la saisine du juge, A n'avait pas non plus tenté d'initier la médiation. Ainsi, tenant compte de ces éléments, le tribunal cantonal a estimé que A avait renoncé à son droit de se prévaloir de la clause de médiation préalable. Enfin, A a interjeté un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral. En effet, la société Y SA a engagé des poursuites contre A, sans avoir recouru au processus de médiation au préalable.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a examiné le grief de la violation par Y SA de la clause de médiation préalable. Dans un premier temps, il a rappelé le régime applicable à la conciliation, sous l'empire du CPC, notamment les situations dans lesquelles les parties peuvent recourir à

---

<sup>94</sup> LEVY : *La sanction de l'inexécution*, p. 566.

<sup>95</sup> TF, arrêt 4A\_628/2015 du 16 mars 2016.

<sup>96</sup> TF, arrêt 4A\_132/2019 du 5 mai 2020.

la médiation en lieu et place de la conciliation. En Suisse, la médiation judiciaire et non judiciaire sont des processus à caractère volontaire. En effet, le CPC prévoit notamment que tant devant le juge conciliateur que le juge du fond, les parties ont la faculté de suspendre la procédure judiciaire afin de recourir à la médiation, pour autant qu'elles y consentent toutes<sup>97</sup>. Dès lors, le système du CPC met en lumière l'importance du caractère volontaire de la médiation, en prévoyant notamment la nécessité du consentement des parties à effectuer ce processus, au moment où la demande est soumise au juge conciliateur ou au juge du fond. Au vu de ces éléments, le Tribunal fédéral a estimé qu'une clause de médiation n'a guère de portée procédurale, les parties pouvant ainsi librement revenir sur leur engagement à recourir au processus de médiation préalablement à la saisine du juge, sans craindre de se voir sanctionner par le prononcé de l'irrecevabilité de la demande. Il appuie son raisonnement sur l'opinion de la doctrine majoritaire qui retient que le respect d'une clause prévoyant le recours à la médiation préalablement à la saisine du juge ne peut constituer une condition de recevabilité de la demande<sup>98</sup>. En effet, au vu du caractère volontaire de la médiation, ce processus ne devrait pas pouvoir être imposé à une partie qui ne le souhaiterait pas, peu importe que les parties aient conclu une clause prévoyant la médiation comme préalable à la saisine du juge. Ainsi, en raisonnant de la sorte, le Tribunal fédéral a fait primer le caractère volontaire de la médiation, excluant de la sorte, comme sanction à la violation d'une telle clause, tant l'irrecevabilité de la demande que la suspension de la procédure suivie du renvoi des parties en médiation.

Toutefois, bien qu'excluant une sanction de nature procédurale en cas de violation d'une telle clause par l'ouverture d'une procédure judiciaire, le Tribunal fédéral n'écarte pas d'office le recours à une sanction de droit matériel. En effet, celle-ci serait envisageable dans la mesure où une clause de médiation préalable constitue un engagement des parties selon le droit matériel. Dans le cadre de l'examen des sanctions matérielles possibles effectué dans cet arrêt, les juges fédéraux ont uniquement analysé la sanction matérielle qu'est le rejet de la demande au fond. À ce propos, ils ont considéré que l'existence et l'exigibilité des créances principales découlant du contrat ne peuvent en principe pas être impactées par une clause de médiation. De ce fait, un *pactum de non petendo* de nature matérielle, qui aurait pour effet que l'action doive être rejetée s'il était violé par l'une des parties, doit être exclu. En conséquence, le rejet de la demande au fond comme sanction à une telle violation doit également être écarté.

Dans cet arrêt, la Cour ne s'est toutefois pas prononcée sur l'application des sanctions matérielles que sont l'ordre d'exécuter le contrat, voire le paiement de dommages-intérêts si cette dernière solution n'était guère envisageable. Dans un précédent arrêt<sup>99</sup>, le Tribunal fédéral s'était cependant prononcé sur l'octroi de dommages-intérêts comme sanction, écartant cette solution en raison de la difficulté à déterminer le lien de causalité existant entre la violation de la clause et le dommage ainsi que le montant de celui-ci. Néanmoins, dans sa dernière jurisprudence sur la question<sup>100</sup>, la Cour a relevé que, au regard du régime prévu par le CPC, la possibilité d'une peine conventionnelle subsiste pour le cas où les parties en auraient prévu une<sup>101</sup>. En définitive, par cet arrêt, le Tribunal fédéral a finalement tranché la question de savoir comment sanctionner le non-respect d'une clause de médiation, par l'ouverture d'une procédure judiciaire. À ce propos, il s'est prononcé en faveur de l'absence de sanction de nature procédurale, notamment l'irrecevabilité de la demande et l'incompétence *ratione temporis* du juge. Il a également écarté le rejet de la demande au fond, excluant ainsi toute sanction à la

---

<sup>97</sup> Art. 213 et 214 CPC.

<sup>98</sup> BASTONS BULLETTI, n. 6.

<sup>99</sup> TF, arrêt fédéral 4A\_628/2015 du 16 mars 2016.

<sup>100</sup> TF, arrêt 4A\_132/2019 du 5 mai 2020.

<sup>101</sup> TF, arrêt 4A\_132/2019 du 5 mai 2020, c.3.3.2, c.4; BASTONS BULLETTI, n. 8.

violation d'une clause de médiation préalable en procédure civile. Dès lors, la seule sanction possible serait une éventuelle peine conventionnelle<sup>102</sup>.

Dans un second temps, la Cour s'est interrogée sur la portée de la clause de médiation prévue dans le contrat de courtage liant les parties<sup>103</sup>. Dans ce cadre, elle indique qu'il faut comprendre cette clause comme imposant un préalable à la saisine du juge ordinaire. Cependant, la clause n'empêcherait pas les parties d'engager des poursuites, sans recourir à la médiation auparavant. Dès lors, étant donné l'interprétation de la clause effectuée par le Tribunal fédéral, il serait erroné de considérer que les poursuites engagées par Y SA ont violé la convention de courtage. Par ailleurs, les juges fédéraux blâment le recourant du fait qu'il n'a pas évoqué la violation de la clause par Y SA durant la procédure de poursuites. En effet, c'est uniquement au stade de la réplique, dans le cadre de son action en libération de dettes, qu'il a invoqué pour la première fois ce grief. En outre, le Tribunal fédéral relève qu'il ne peut lui être reproché d'avoir lui aussi saisi le juge en intentant une action en libération de dette, sans passer par une tentative de médiation préalable, vu le délai péremptoire de 20 jours de cette action.

Enfin, les juges constatent que A n'a pas utilisé la possibilité, prévue par l'art. 214 CPC, de suspendre la procédure au fond en vue de tenter une médiation. Partant, le comportement de A démontre que son intention n'était pas réellement de tenter une médiation avec Y SA mais d'obtenir la constatation qu'il n'est pas débiteur des montants réclamés par Y SA ainsi que l'admission de sa demande en libération de dette. De ce fait, même si l'interprétation de la clause permettait de retenir qu'elle empêche l'initiation de poursuites sans passer par la médiation au préalable, en se prévalant de la violation par Y SA de la clause, A commet un abus de droit. Pour ces motifs, le Tribunal fédéral a rejeté le recours, considérant le moyen soulevé par le recourant comme dépourvu de fondement.

### 3.4.2 Controverses doctrinales sur les sanctions en cas de violation d'une clause de médiation

La problématique qu'est la sanction à donner à la violation d'une clause contractuelle imposant le recours à une étape de résolution amiable des litiges, préalablement à la saisine du juge ou des arbitres divise la doctrine. En effet, l'absence de consensus sur la question pourrait s'expliquer du fait que les auteurs et tribunaux s'étant prononcés sur la question proviennent pour la plupart d'horizons juridiques différents. De plus, ils n'ont certainement pas tous la même compréhension des notions de base qui doivent être prises en compte dans ce cadre. De ce fait, il existe diverses opinions s'agissant de la manière de sanctionner la violation d'une clause de conciliation ou de médiation préalable. En outre, même la formulation de la question litigieuse effectuée par le Tribunal fédéral permet une divergence d'interprétation. S'agissant de la nature de ladite sanction, on distingue deux courants de doctrine principaux s'étant prononcés sur la question<sup>104</sup>.

Une première partie de la doctrine<sup>105</sup> suit la solution donnée par le Tribunal fédéral dans sa dernière jurisprudence<sup>106</sup> concernant la violation d'une clause de médiation préalable par l'ouverture d'une procédure judiciaire. Ces auteurs sont d'avis que les clauses de conciliation ou de médiation préalables n'ont pas d'effet procédural, mais sont de simples accords de fond,

---

<sup>102</sup> BASTONS BULLETTI, n. 6-8

<sup>103</sup> TF, arrêt 4A\_132/2019 du 5 mai 2020, c.3.5.

<sup>104</sup> TF, arrêt 4A\_46/2011 du 16 mai 2011, c.3.4.

<sup>105</sup> HALDY, p. 45 ; GROLIMUND, p. 405.

<sup>106</sup> TF, arrêt 4A\_132/2019 du 5 mai 2020.

si bien que toute sanction de nature procédurale serait à exclure en cas de violation de telles clauses. Ils appuient leur raisonnement sur le caractère volontaire de la médiation. En effet, les art. 213 et 214 CPC exigent l'accord des deux parties au moment où la médiation devrait intervenir, pour qu'elles puissent recourir à ce processus en lieu et place de la procédure de conciliation ou judiciaire. Dès lors, une telle clause ne peut imposer le recours à un processus de résolution amiable des différends à une partie qui ne le souhaiterait pas, et n'a donc pas d'effet procédural. Par conséquent, au vu de ces éléments, ils considèrent que le non-respect d'une clause de conciliation ou de médiation préalable ne peut être sanctionnée par des sanctions procédurales, soit l'irrecevabilité de la demande ou la suspension de procédure initiée (incompétence *ratione temporis*)<sup>107</sup>. Ainsi, seules des sanctions de nature matérielle, notamment l'octroi de dommages-intérêts seraient envisageables. L'auteur Dominique BROWN-BERSET<sup>108</sup> conteste cet avis pour deux raisons : premièrement, le paiement de dommages-intérêts comme sanction à la violation d'une clause de médiation ou de conciliation préalable, en plus d'intervenir à un stade tardif, ôte tout son sens à l'obligation de recourir à l'un de ces processus préalables au procès. Deuxièmement, la détermination du lien de causalité entre la violation de la clause et le dommage, ainsi que l'estimation du montant du dommage, sont difficilement réalisables. Il ajoute que si une telle solution avait été retenue par le Tribunal fédéral, les parties devraient assortir de telles clauses de peines conventionnelles, en cas de non-respect de l'engagement à recourir au processus préalable, afin de les dissuader d'ignorer leurs engagements.

À l'opinion exposée précédemment, s'oppose le reste de la doctrine qui est d'avis que les clauses prévoyant le recours à un processus préalable à la saisine d'un tribunal judiciaire ou arbitral constituent un accord de nature plutôt procédurale. Parmi ces auteurs, on distingue deux courants, dont le premier est considéré par le Tribunal fédéral comme étant le courant doctrinal majoritaire<sup>109</sup> en Suisse. Ces derniers partagent le raisonnement effectué par le Tribunal fédéral dans son autre arrêt<sup>110</sup> concernant la sanction à donner à la violation d'une clause de médiation ou conciliation préalable par l'introduction d'une procédure arbitrale. Ils estiment que lorsqu'une clause de médiation préalable a été conclue, la procédure devant le juge conciliateur ou du fond peut être suspendue (incompétence *ratione temporis*), afin que les parties entament une médiation, ceci pour autant que l'une des parties en fasse la demande. Lorsque la violation de la clause est constituée par l'ouverture d'une procédure arbitrale, ce choix de solution se justifie par trois motifs : d'abord, lorsque la demande est déclarée irrecevable, mettant ainsi fin à la procédure initiée, les arbitres voient leurs mandats se terminer, si bien qu'en cas d'échec du processus préalable, le tribunal arbitral devrait être reconstitué. Cas échéant, il faudrait établir si les arbitres, dont le mandat a pris fin du fait du prononcé de l'irrecevabilité de la demande, peuvent être à nouveau nommés pour constituer le tribunal arbitral. Ensuite, le prononcé de l'irrecevabilité de la demande entraîne, en principe, des effets dommageables sur la suspension des délais de prescription. Enfin, des conséquences préjudiciables aux parties concernant les coûts et le temps, notamment, résulteront de l'achèvement de la procédure arbitrale initiée en violation de la clause<sup>111</sup>. En retenant cette solution, ces auteurs décident de faire primer la liberté contractuelle des parties sur le caractère volontaire de la médiation, l'accord des deux parties n'étant pas nécessaire pour suspendre la procédure en cours afin d'entamer le processus de médiation. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, cette solution

---

<sup>107</sup> MONBARON, p. 99-101, n. 17 ; BASTONS BULLETTI, n. 9.

<sup>108</sup> BROWN-BERSET, p. 368.

<sup>109</sup> BROWN-BERSET, p. 368 ; POUURET/BESSON, p. 11, n. 13 *in fine* ; BOOG, p. 109 ; LÉVY : *La sanction de l'inexécution*, p. 467-474 ; BASTONS BULLETTI, n. 9.

<sup>110</sup> TF, arrêt 4A\_628/2015 du 16 mars 2016.

<sup>111</sup> BOOG, p. 109.

sauvegarde le caractère volontaire de la médiation, dès lors qu'un libre accord des parties sur le recours à la médiation existait au moment où elles ont prévu la clause. Par ailleurs, ils expliquent cette issue par le fait qu'il n'y a guère de raisons qui justifieraient de faire une distinction, en ce qui concerne la sanction à donner à la violation d'une telle clause, en fonction de si la violation consiste en l'ouverture d'une procédure judiciaire ou arbitrale. De plus, le respect de la clause implique uniquement une obligation des parties à tenter la médiation, sans obligation de résultat. Ainsi, cette sanction permet d'assurer le respect de la clause en appliquant les règles du CPC<sup>112</sup>.

Le deuxième courant de doctrine, quant à lui, retient l'irrecevabilité comme sanction à la violation d'une clause imposant d'effectuer un processus préalable à la saisine du juge. On peut notamment mentionner BOHNET<sup>113</sup>, lequel considère que, lorsque les parties stipulent dans une clause de leur contrat qu'elles s'engagent à recourir à la médiation ou à la conciliation préalablement à la saisine du tribunal judiciaire ou arbitral, il faut avant tout examiner si la clause est obligatoire. Si le recours à la médiation ou à la conciliation préalable est facultatif, le non-respect de la clause par une partie n'implique aucune sanction. Si au contraire cette clause était obligatoire et qu'une partie saisissait le tribunal arbitral ou judiciaire en violation de celle-ci, le défendeur devrait se prévaloir de la violation dès réception de la requête, sous peine de perdre son droit de l'invoquer, en vertu du principe de bonne foi. Il ajoute que « si le défendeur s'oppose à l'entrée en matière, le juge devrait, comme il est appelé à le faire à défaut de préalable de conciliation au sens du CPC, déclarer la demande irrecevable et renvoyer les parties à tenter la médiation ou la conciliation conventionnelle »<sup>114</sup>. Ainsi, cet auteur est d'avis que le respect de la clause constitue une condition de recevabilité relative à l'instance de la demande, bien qu'elle ne soit pas mentionnée à l'art. 59 CPC, si bien que la violation d'une telle clause entraîne l'irrecevabilité de la requête. MONBARON rejoint d'ailleurs cet avis, au motif que la conciliation et la médiation étant considérées comme des alternatives d'après l'esprit du CPC, elles doivent toutes deux être une condition de recevabilité de la demande<sup>115</sup>. Toutefois, dans sa publication, François BOHNET relève l'existence de deux cas d'exception à l'application de l'irrecevabilité comme sanction à la violation de la clause : premièrement, lorsque le demandeur doit agir rapidement en justice afin de sauvegarder un délai péremptoire ou demander des mesures provisionnelles, et deuxièmement, lorsque le défendeur invoque le vice pour que l'instance introduite postérieurement dans un État qui ne reconnaît pas des effets contraignants d'une telle clause l'emporte sur l'instance introduite antérieurement. Il indique également que le défendeur qui ne soulèverait pas l'incompétence du tribunal en raison du non-respect de la clause accepterait tacitement la compétence de celui-ci, si bien qu'il resterait saisi. Dès lors, la portée de la clause constituant une condition de recevabilité est moindre. Enfin, il écarte l'argumentation de certains auteurs selon laquelle, à partir du moment où le demandeur a saisi le tribunal arbitral ou judiciaire, le recours au processus préalable prévu par la clause sera inutile. En outre, il considère comme erronée l'affirmation selon laquelle la clause de médiation ou de conciliation n'aurait pas de portée procédurale, impliquant d'utiliser le paiement de dommages-intérêts comme seule sanction à donner au non-respect de ces clauses<sup>116</sup>.

---

<sup>112</sup> BASTONS BULLETTI, n. 9.

<sup>113</sup> BOHNET p. 262.

<sup>114</sup> BOHNET p. 262.

<sup>115</sup> MONBARON, p. 99-101, n. 19.

<sup>116</sup> BOHNET, p. 262-263; MONBARON, p. 99-101, n.18.

### 3.4.3 Comparaison des effets de la violation d'une telle clause en droit français et belge

De manière générale, les systèmes légaux belges et français comprennent de nombreuses similarités avec le droit suisse. Dès lors, il est pertinent d'effectuer une comparaison de la manière dont leurs tribunaux supérieurs ont respectivement tranché la question de la sanction à donner à l'ouverture d'une procédure judiciaire ou arbitrale, ceci en violation d'une clause de conciliation ou de médiation préalable.

#### 3.4.3.1 Droit français

Il existait une divergence d'opinion entre les autorités judiciaires françaises, s'agissant de la manière de sanctionner le non-respect d'une clause prévoyant un processus préalable à la saisine du juge. D'un côté, la première Chambre civile de la Cour de cassation française avait opté pour l'allocation de dommages-intérêts comme sanction à une telle violation et, de l'autre, la deuxième chambre civile avait adopté la sanction d'exception de procédure ou de fin de non-recevoir<sup>117</sup>. Finalement, la Chambre mixte de la Cour de cassation a tranché la question en se prononçant en faveur de la force obligatoire des clauses de médiation ou de conciliation préalable. En effet, s'agissant des clauses de conciliation préalable, elle a d'abord rendu un arrêt<sup>118</sup> dans lequel les époux X et les époux Y ont conclu un contrat portant sur la cession par ces derniers de leur participation, dans le capital de la société Z, aux époux Y. Ledit contrat prévoyait notamment que Monsieur Y se substitue aux époux X dans les engagements souscrits pour des opérations relatives aux affaires sociales. Une clause prévoyant que, en cas de différend opposant les parties, celles-ci devraient tenter une conciliation préalablement à la saisine des autorités judiciaires fut également stipulée dans la convention. Peu de temps après, Monsieur X fut assigné par deux créanciers de la société Z pour paiement des dettes sociales, en vue de sa qualité de caution solidaire. Monsieur X appela alors Monsieur Y en garantie, en sa qualité de cessionnaire découlant de l'acte de cession d'actions. Cependant, le juge saisi déclara l'action de Monsieur X irrecevable, au motif que la procédure judiciaire avait été ouverte en violation de la clause prévoyant une tentative de conciliation préalable. En réponse, Monsieur X interjeta recours auprès de la Cour de cassation, invoquant plusieurs griefs. Premièrement, il considérait qu'en déclarant sa demande irrecevable, bien que le code judiciaire français ne prévoit pas le prononcé de l'irrecevabilité de la demande dans un tel cas, le juge avait violé l'art. 122 du Code de procédure civile français. Secondement, la clause en question prévoyait le recours à la conciliation préalablement à la saisine du juge, sans pour autant empêcher la saisine du juge. Dès lors, il considérait qu'en déclarant sa demande irrecevable, le juge avait violé l'art. 1134 du Code civil français. Dans son analyse de la question litigieuse, la Cour de cassation française cassa d'abord le premier argument de Monsieur X, estimant que les art. 122 et 124 du Code de procédure civile français n'énuméraient pas exhaustivement les cas dans lesquels l'irrecevabilité de la demande pouvait être prononcée par le juge. Elle ajouta que la violation d'une telle clause constituait bien une fin de non-recevoir imposant au juge de prononcer l'irrecevabilité de l'action, si les parties l'invoquaient<sup>119</sup>. Dès lors, une tentative de conciliation préalable n'ayant pas été effectuée par les parties en l'espèce, Monsieur X ne pouvait valablement saisir le tribunal. Partant, c'est pour justes motifs que la Cour d'appel déclara la demande irrecevable.

---

<sup>117</sup> WEILLER, n. 5.

<sup>118</sup> Cass. Fr. Ch. mixte, du 14 février 2003, 00-19.423 00-19.424, bulletin 2003, n. 1.

<sup>119</sup> GUERDER, p. 123.

Concernant le caractère obligatoire des clauses de médiation préalable, la première Chambre civile de la Cour de cassation a rendu un arrêt<sup>120</sup> dans lequel elle a également conclu au rejet de la demande en raison de son irrecevabilité. En effet, dans cet arrêt les sociétés M et N ont conclu un contrat par lequel la société M confiait à la société N la fabrication de produits. La société M a ensuite saisi la justice afin qu'elle procède à la résolution judiciaire du contrat et ordonne le paiement de divers montants, par la société N, en sa faveur. En réponse, la société N a invoqué l'irrecevabilité de la demande, compte tenu de la violation par la société M de la clause de médiation préalable comprise dans le contrat. Le tribunal saisi a alors déclaré la demande de la société M irrecevable, en raison de la non-exécution d'une tentative de médiation conformément à la clause. Cette dernière a alors interjeté un recours devant la Cour d'appel, laquelle confirma la décision du tribunal ; puis un recours auprès de la Cour de cassation qui, elle aussi, corrobora ladite décision. Ainsi, l'arrêt évoqué établit le caractère contraignant des clauses de médiation préalable, ainsi que les conséquences de leur violation.

En définitive, il résulte une jurisprudence constante française qui pose le principe selon lequel, peu importe le stade de la procédure judiciaire, lorsqu'une partie invoque l'absence de tentative de conciliation ou de médiation préalablement à la saisine du tribunal judiciaire ou arbitral, ceci en violation d'une clause liant les parties prévues dans des contrats en général, le juge doit prononcer l'irrecevabilité de l'action<sup>121</sup>. En effet, en tenant compte du caractère contraignant d'une clause de médiation ou conciliation préalable, seule une renonciation à l'application d'une telle clause par les deux parties permet de mettre fin à cet engagement<sup>122</sup>. À cet égard, il convient toutefois de réserver deux jurisprudences de la Cour de cassation française en la matière : dans la première<sup>123</sup>, la Cour a estimé que la régularisation de la violation d'une clause de conciliation préalable obligatoire pouvait être effectuée en cours d'instance, permettant ainsi d'échapper à la sanction d'irrecevabilité de la demande. En effet, dans cet arrêt, la Cour de cassation a considéré que, lorsque le motif d'irrecevabilité n'existe plus, lors de l'examen par le tribunal de la cause, du fait que le processus préalable a finalement été réalisé, le juge ne pouvait déclarer la demande irrecevable, sous peine de violer l'art. 126 du Code de procédure civile français. Néanmoins, depuis, la Cour a réalisé un revirement de jurisprudence<sup>124</sup> à ce sujet, considérant que le respect d'une telle clause impliquerait désormais que le processus en question soit réalisé avant la saisine de toute instance judiciaire<sup>125</sup>. Dans la deuxième jurisprudence<sup>126</sup>, la Cour de cassation française a réservé le cas d'une clause prévoyant uniquement une tentative préalable de résolution amiable du différend, ceci sans préciser le mode de résolution amiable, ni fixer les conditions de mise en œuvre du processus. Dans un tel cas, la Cour a relevé que, en raison du manque de clarté de la clause, celle-ci n'avait pas d'effets sur la saisine du juge, si bien que l'ouverture d'une procédure judiciaire en violation d'une telle clause ne pouvait entraîner l'irrecevabilité de la demande<sup>127</sup>. En outre, il y a lieu de préciser que la solution évoquée dans les jurisprudences susmentionnées ne trouve pas application lorsque la clause de médiation préalable est prévue dans un contrat de travail. En effet, dans cette situation, la clause, bien que valable, est dépourvue d'effets procéduraux, si bien que le juge saisi en violation de celle-ci est tenu d'accepter l'action en justice.<sup>128</sup> La pratique française

---

<sup>120</sup> Cass. Fr. Ch. civile 3, du 8 avril 2009, 08-12.960, bulletin 2009, n. 87.

<sup>121</sup> MIRIMANOFF (éd.) : *La Médiation dans l'ordre juridique suisse*, p. 85 ; LÉVY : *La sanction de l'inexécution*, p. 563, 3<sup>ème</sup> paragraphe ; WEILLER, n. 20.

<sup>122</sup> GUERDER, p. 123.

<sup>123</sup> Cass. Fr. Ch. civile 2, du 16 décembre 2010, 09-71.575, bulletin 2010, n. 212.

<sup>124</sup> Cass. Fr. Ch. mixte, du 12 décembre 2014, 13-19.684, bulletin 2014, n. 3.

<sup>125</sup> LÉVY : *La sanction de l'inexécution*, p. 564 ; WEILLER, n. 21-22.

<sup>126</sup> Cass. Fr. Ch. comm., du 29 avril 2014, 12-27.004, bulletin 2014, n. 76.

<sup>127</sup> GUERDER, p. 124 ; LÉVY : *La sanction de l'inexécution*, p. 564.

<sup>128</sup> FERRAND, p. 54-55 ; MIRIMANOFF/BECKER et al. : *Dictionnaire de la résolution*, p. 72.

relevée se distingue de la solution retenue par le Tribunal fédéral suisse en la matière consistant à suspendre la cause en cas d'ouverture d'une procédure arbitrale et à ne pas sanctionner l'initiation d'une procédure judiciaire, ceci en violation de telles clauses.

### 3.4.3.2 Droit belge

La pratique belge en matière de sanction de l'ouverture d'une procédure judiciaire ou arbitrale en violation d'une clause de médiation est plus claire qu'en Suisse ou en France. En effet, un élément fondamental doit être relevé : la loi belge<sup>129</sup> prévoit expressément la médiation, notamment la possibilité pour les parties de conclure des conventions contenant des clauses de médiation préalable. Le chapitre concernant la médiation n'indique cependant pas quelles démarches les parties doivent effectuer pour que la clause de médiation soit considérée comme respectée. Toutefois, il peut être retenu que pour honorer cette clause, les parties doivent exécuter de bonne foi le processus préalable auquel elles se sont engagées. Cela implique un investissement des parties dans cette étape préalable, sans pour autant qu'un accord doive nécessairement en résulter<sup>130</sup>. Le système judiciaire belge se distingue du système français quant à sa manière de sanctionner la violation d'une clause de médiation ou de conciliation préalable. Pour rappel, la jurisprudence française sanctionne la violation de telle clause par l'irrecevabilité de la demande. Quant à la pratique belge en la matière, elle est différente puisque l'art. 1725 al. 2 du Code judiciaire belge formule 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. 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 »<sup>131</sup>. Dès lors, la sanction retenue par la justice belge en cas de saisine d'un tribunal judiciaire ou arbitral en violation d'une telle clause prévue par les parties est la suspension de l'examen de la cause (incompétence *ratione temporis*)<sup>132</sup>. Ainsi, la cause pendante devant l'autorité judiciaire ou arbitrale sera temporairement suspendue, le temps que les parties exécutent le processus préalable auquel elles se sont engagées contractuellement. Toutefois, pour que cette sanction intervienne, il faut qu'une partie soulève ce moyen auprès du juge ou de l'arbitre, ceci avant tout autre moyen de défense et d'exception (*in limine litis*). La jurisprudence précise cependant que cette solution ne doit pas empêcher que des mesures provisionnelles ou conservatoires soient ordonnées. De plus, elle ne s'applique pas lorsque la clause n'est plus valide ou n'est plus applicable au différend en question<sup>133</sup>. La solution belge évoquée se démarque partiellement du mode de répression retenu par la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse. En effet, la pratique belge rejoint la solution suisse<sup>134</sup> en matière de violation d'une clause de médiation ou de conciliation préalable par l'ouverture d'une procédure arbitrale, dès lors que toutes deux prévoient la suspension de la procédure initiée en violation de la clause. Cependant, elle se distingue des conséquences que donne le Tribunal fédéral à l'ouverture d'une procédure civile en violation d'une telle clause. À cet égard, il convient de rappeler l'arrêt<sup>135</sup> du Tribunal fédéral sur la question, retenant une absence de toute

---

<sup>129</sup> Art. 1725 ss. Code judiciaire belge.

<sup>130</sup> RENSON/BOMBOIS, p. 44, n. 58

<sup>131</sup> FERRAND, p. 55.

<sup>132</sup> MIRIMANOFF (éd.) : *La Médiation dans l'ordre juridique suisse*, p. 85

<sup>133</sup> RENSON/BOMBOIS, p. 43-44, n. 57 ; MIRIMANOFF/BECKER et al. : *Dictionnaire de la résolution*, p. 71-72 ; LÉVY : *La sanction de l'inexécution*, p. 565.

<sup>134</sup> TF, arrêt 4A\_628/2015 du 16 mars 2016.

<sup>135</sup> TF, arrêt 4A\_132/2019 du 5 mai 2020.

sanction dans un tel cas, sous réserve de l'existence d'une peine conventionnelle prévue par les parties<sup>136</sup>.

## 4. Conclusion

En définitive, comme nous l'avons vu au chapitre 3.3 concernant les effets de l'application d'une clause de médiation, l'insertion par les parties à un rapport contractuel d'une clause de médiation préalable dans leur contrat a un effet contraignant pour celles-ci. Dès lors, par cette clause, elles s'engagent à entamer de bonne foi un processus de médiation préalablement à la saisine du juge ou de l'arbitre, dans l'espoir de parvenir à mettre un terme au conflit les opposant. De cet engagement, on peut tirer deux obligations : une obligation positive d'entamer une médiation et une obligation négative de s'abstenir de saisir une autorité judiciaire ou arbitrale tant que l'étape préalable impérative n'a pas été effectuée. Par ailleurs, il convient de rappeler que cet engagement donne lieu à une obligation de moyen et non de résultat, si bien que la clause est réputée respectée dès lors que les parties ont tenté la médiation, ceci indépendamment de l'existence ou non d'un accord des parties à l'issue du processus.

S'agissant de la doctrine s'étant prononcée sur cette question, il ressort de l'analyse effectuée dans le chapitre 3.4.2 qu'elle peut être divisée en deux courants de pensées principaux : le premier considère que la violation d'une clause de médiation ne peut que donner lieu à des sanctions de nature matérielle, au vu de l'absence d'effet procédural de la clause. Le deuxième courant, quant à lui, est d'avis que la clause de médiation a un caractère procédural, si bien que le non-respect d'une telle clause doit donner lieu à une sanction de nature procédurale. Toutefois, s'agissant du type de sanction procédurale à appliquer dans un tel cas, il appert que deux branches ayant des opinions divergentes peuvent être distinguées au sein de ce courant. La première branche estime que la saisine d'un juge ou d'un arbitre en violation d'une clause de médiation doit donner lieu à une incompétence temporaire (incompétence *ratione temporis*) de l'autorité saisie, une suspension de l'action devant ainsi être ordonnée le temps que la médiation soit tentée. De son côté, la deuxième branche retient l'irrecevabilité comme sanction à la violation d'une clause de médiation, considérant son respect comme étant une condition de recevabilité de la demande.

Longtemps débattue, la question de la sanction à appliquer en cas de violation d'une clause de médiation préalable a finalement été tranchée par le Tribunal fédéral, permettant ainsi de mettre un terme à l'incertitude existante à ce sujet. Il ressort du chapitre 3.4.1.2, que la solution retenue par les juges fédéraux implique de faire une distinction en fonction du type de procédure initiée en violation de telles clauses. En effet, lorsqu'une partie saisit un tribunal arbitral sans respecter son engagement à tenter une médiation préalablement à l'ouverture de toute procédure, la sanction consiste en l'incompétence *ratione temporis* du tribunal arbitral constitué, impliquant ainsi la suspension temporaire de la cause, le temps que la tentative de médiation soit effectuée. Cette solution diffère de la sanction appliquée par le Tribunal fédéral lorsque la violation de la clause de médiation préalable survient du fait de l'ouverture d'une procédure judiciaire, sans que les parties aient tenté une médiation préalablement. En effet, dans un tel cas, les juges fédéraux ont exclu toute sanction, qu'elle soit de nature procédurale ou matérielle, exception faite d'une éventuelle peine conventionnelle prévue par les parties.

---

<sup>136</sup> TF, arrêt 4A\_132/2019 du 5 mai 2020.

Enfin, il ressort de la comparaison effectuée entre les droits suisse, français et belge, que la jurisprudence du Tribunal fédéral exposée s'écarte en partie de la pratique des autorités judiciaires française et belge. En effet, de manière générale, le droit français prévoit que la violation d'une clause de médiation préalable constitue une fin de non-recevoir, si bien que le juge ou l'arbitre saisi est tenu de déclarer la demande irrecevable. S'agissant de la pratique belge en la matière, elle sanctionne le non-respect des clauses de médiation par la suspension temporaire de la procédure initiée, le temps que les parties respectent l'étape préalable à laquelle elles se sont engagées. Ainsi, par cette solution, les autorités belges rejoignent partiellement la pratique suisse en matière de saisine d'un arbitre en violation de pareilles clauses.

Toutefois, bien que le Tribunal fédéral ait finalement tranché la controverse existant au sujet de la manière de sanctionner la violation d'une clause de médiation, un revirement de jurisprudence reste envisageable. En effet, dans son arrêt daté du 16 mai 2011<sup>137</sup>, le Tribunal fédéral a relevé qu'une solution à cette problématique, adaptée à tous les cas de figures concevables, ne pouvait être envisagée. Qui plus est, dans son arrêt plus récent daté du 16 mars 2016<sup>138</sup>, il a précisé que cette remarque effectuée précédemment était toujours d'actualité. Dès lors, il ne peut être exclu que, à l'avenir, les juges fédéraux sanctionnent différemment la violation d'une clause de médiation, dans le cas où ils considéreraient une autre solution plus adaptée.

---

<sup>137</sup> TF, arrêt 4A\_46/2011 du 16 mai 2011, c.3.4.

<sup>138</sup> TF, arrêt 4A\_628/2015 du 16 mars 2016, c.2.4.4.1.

## Annexe

### **Modèles de clauses de médiation de la Chambre de médiation de l'Ordre des avocats vaudois (OAV)<sup>139</sup>**

#### **I. Clauses « standard » simples**

1. « En cas de litige au sujet du présent contrat, les parties décident d'ores et déjà de recourir à la médiation avant de saisir les tribunaux. »
2. « Si des difficultés devaient surgir en relation avec l'interprétation ou l'application de certaines clauses de leur contrat (à préciser), les parties s'engagent à recourir prioritairement à la médiation. »

#### **II. Clauses avec désignation du règlement de médiation**

1. « Tout différend au sujet du présent contrat sera réglé par voie de médiation selon les Directives FSA pour la médiation. »
2. « Tous litiges se rapportant au présent contrat seront soumis à la médiation conformément aux Règles de médiation du Centre suisse d'arbitrage en vigueur à la date à laquelle la requête de médiation est déposée conformément auxdites Règles. »

#### **III. Clauses stipulant le choix du médiateur**

1. « En cas de litige, avant de saisir les autorités judiciaires compétentes, les parties s'engagent à entamer une médiation. Elles conviennent d'ores et déjà de désigner comme médiateur ... ».
2. « Les parties choisiront un médiateur dans la liste des médiateurs FSA mise à jour par la Chambre de médiation de l'Ordre des Avocats Vaudois. »
3. « Les parties choisiront un médiateur dans la liste de 3 noms qui seront suggérés par la Chambre de commerce du siège de la médiation. »

#### **IV. Clauses de médiation avec délai suivi d'un arbitrage**

1. « Dans le cas où les parties n'ont pas pu résoudre le litige ou une partie du litige par la médiation dans un délai de 4 mois après la première séance commune, il sera tranché par voie de l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de... »

---

<sup>139</sup> Modèles de clauses de médiation de la Chambre de médiation de l'OAV, disponible sous : [https://mediation-oav.ch/images/uploaded/file/docu\\_oav\\_clauses\\_mediation.pdf](https://mediation-oav.ch/images/uploaded/file/docu_oav_clauses_mediation.pdf) (consulté le 11.04.2023)

2. « Si dans les nonante jours qui suivent l'introduction de la requête, la procédure n'a pas abouti au règlement ou si, avant l'expiration de ladite période, l'une ou l'autre des parties s'abstient de participer ou de continuer à participer à la médiation, le litige sera, sur dépôt d'une demande d'arbitrage par l'une ou l'autre partie, soumis à l'arbitrage du Tribunal d'arbitrage... »