

n° 134bis, p. 882); qu'à que par sa référence s auteurs, le gouverne- rendre possible la représ- ptibles de favoriser la core convient-il de rele- xprimé de manière cation et que, surtout, le n'a aucunement voulu omprehension extensive à laquelle il a conféré ci-dessus, les références mentaires);

quence que l'esprit de la du législateur apparais- nt au terme de l'applica- terpréter, de toutes les nterprétation en droit reprochés aux prévenus donner lieu à incrimina- tant dès lors dénuée de qu'il convient d'ajouter qu'à supposer qu'un moins subsister sur le obstant l'examen inter- a été procédé par le drait en ce cas de faire enus de ce doute (Doc- uss. n° 13-1844, n° 228, t, op. cit., n° 49, p. 480; p. 95; Legros, op. cit., cit., p. 74);

ent, quant au caractère des faits au regard de s mœurs.

e subsidiaire, les préve- n tout état de cause, urs et des conceptions ne ement de qualifier de qui ont pu se produire ents qu'ils exploitaient;

on de ce qui a été énoncé ne doit faire l'objet que urabondantes, fondées lution des mœurs dans ut pluraliste et estime le tolérance à l'égard de iels et affectifs tradui- d'avec les comporte- ment répandus et se ublicité et sans agressi- ui;

relations intimes entre sexe demeurent un fait e sont-elles plus consi- par la science comme thologie physique ou e, le seul fait de leur d'une compréhension 'opinion et des moyens t suscite l'intérêt des tant dans la commu- dans la communauté leur soutien financier (yant pour objet social aux groupes prenant des homosexuels;

évolution est du reste cupations et décisions rités délibérantes et as l'ordre juridique nal; qu'ainsi l'assem- u Conseil de l'Europe e « tous les individus, ayant atteint l'âge t prévu par la loi du qui sont capables d'un nel valable, doivent l'autodétermination lation, n° 924, 1<sup>er</sup> oct. me esprit, et sur base nvention européenne its de l'homme et des

libertés fondamentales, concernant le droit au respect de la vie privée, il a été exprimé par la Commission européenne des droits de l'homme que l'individu « doit avoir la possibilité d'établir des relations de différentes sortes, y compris des relations sexuelles, avec d'autres personnes », toute ingérence de l'Etat à l'intérieur de ce domaine de la vie individuelle, par voie légale ou réglementaire ou sur base de textes légaux ou réglementaires, devant être justifiée par les nécessités de l'ordre public, la protection de la santé ou de la morale, dans une société démocratique (commission, aff. Brüggemann et Scheuten contre la République fédérale d'Allemagne, requête n° 6959/75), c'est-à-dire répondant aux « exigences du pluralisme, de la tolérance et de l'ouverture d'esprit » (Cour des droits de l'homme, aff. Handyside et Sunday Times contre Royaume-Uni);

Attendu que la commission des droits de l'homme, revenant sur une position antérieure, exprimait en 1980, à propos de la conformité à la convention d'interrogatoires policiers causés par la révélation de l'homosexualité du requérant, que même si l'homosexualité pouvait constituer un comportement sexuel éventuellement désapprouvé par la majorité de la population, encore n'était-il pas pour autant « nécessaire de l'interdire afin de protéger la morale dans une société démocratique (...), le critère à appliquer n'étant) pas de savoir si l'attitude dominante de la communauté est marquée par la désapprobation morale de l'homosexualité, par la tolérance ou l'intolérance, mais de savoir si, pour sauvegarder la moralité, il est nécessaire de maintenir en vigueur des dispositions pénales » (aff. Dudgeon, requête n° 1525, §§ 113 et 114) et des sanctions qui ne se justifient pas « quand les partenaires sont des adultes consentants »; qu'il n'y a donc pas en ce cas de « besoin social impérieux » (id., § 60) d'une répression.

Attendu qu'il ne pourrait donc, au regard du droit supranational, être admis que l'article 380bis, 2<sup>o</sup> du Code pénal puisse fonder des poursuites dirigées contre les exploitants d'établissements où, en dehors de toute publicité et dans le secret de locaux susceptibles d'être fermés de l'intérieur, des personnes majeures, fussent-elles de même sexe, peuvent entretenir librement des relations sexuelles exemptes de toute vénalité, et dont les exploitants desdits établissements ne retirent aucun profit, ayant exprimé leur volonté de mettre à la disposition des homosexuels des lieux, comme il en existe de nombreux autres dans le pays, où ceux-ci puissent, au travers de multiples activités, vivre leur identité sexuelle dans un climat de sécurité et à l'abri des regards et des jugements hostiles; que, même dans pareil contexte, les relations sexuelles que pouvaient entretenir dans les établissements exploités par les prévenus, certains des clients qui les fréquentaient, ne sauraient être, en l'état actuel des mœurs, qualifiées de débauche, en manière telle qu'elles seraient dès lors susceptibles de devenir l'occasion de poursuites répressives;

\* \* \*

Attendu qu'il résulte des considérations ci-dessus énoncées que la prévention mise à charge des prévenus Haenen Rudiger et Vincineau Michel n'est pas établie;

(Corr. Bruxelles, 21<sup>e</sup> ch., 29 mai 1985. — Siég.: M. Ost, vice-prés., Mme Van Schepdael, juge et Mme Alexander, juge suppl.; Min. publ.: M. Erauw, subst. proc. du Roi).

## Bruxelles (3<sup>e</sup> ch.ter), 4 octobre 1985

Siég.: MM. Van de Walle, Maréchal et Delvois.  
Plaid.: MM<sup>es</sup> Himpler et Ferire.

(société de droit suisse M... c. s.z. M...)

**CONCESSION DE VENTE EXCLUSIVE.  
— COMPETENCE INTERNATIONALE.  
— CONVENTION D'ARBITRAGE. —  
Convention de New York du 10 juin 1958. —  
Arbitrabilité du litige. — Loi applicable. —  
Loi d'autonomie.**

*Pour apprécier la validité d'une convention d'arbitrage insérée dans un contrat de concession de vente exclusive ayant produit ses effets notamment dans le territoire belge, il faut appliquer non la loi du for du juge saisi mais la loi d'autonomie. Dans le système de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, l'appréciation de la validité de la convention d'arbitrage et de l'arbitrabilité du litige, doit avoir lieu au regard de la loi d'autonomie. La loi du for du juge saisi ne doit être appliquée pour apprécier la validité de la convention d'arbitrage qu'au moment où il faut statuer sur une demande de reconnaissance ou d'exécution de la sentence arbitrale.*

Attendu qu'adoptant la thèse de l'intimée, le premier juge, après avoir constaté que l'appelante conteste la compétence internationale du tribunal de commerce de Bruxelles et qu'elle se réserve expressément le droit de pouvoir s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution en Suisse d'une décision au fond à prononcer par ce tribunal,

- a dit que la convention d'arbitrage entre parties relative au présent litige n'est pas, aux termes de l'article 2, § 1<sup>er</sup>, de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères faite à New York le 10 juin 1958, susceptible d'être reconnue par le tribunal,
- en conséquence, déboutant l'appelante de sa demande de renvoi à l'arbitrage, s'est déclaré compétent pour connaître de l'action,
- a renvoyé les parties au rôle pour le surplus,
- a réservé les dépens;

Attendu que cette décision du premier juge s'appuie notamment sur le motif que « l'interprétation cohérente de la Convention exige que tant l'article 2, § 1<sup>er</sup>, que l'article 2, § 3, invoqué par l'appelante, qui oblige le tribunal d'un Etat contractant de renvoyer les parties à l'arbitrage à la demande de l'une d'elles, "à moins qu'il ne constate que ladite Convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée", soient lus ensemble avec l'article 5, § 2, a, qui prévoit le refus de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence arbitrale par l'autorité du pays où elles sont requises s'il est constaté "que d'après la loi de ce pays, l'objet du différend

94 n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage".

Attendu que cette opinion du premier juge ne peut être suivie;

qu'en effet, l'arbitrabilité d'un litige doit être appréciée en fonction de critères différents selon que cette question se pose à propos, d'une part, de la validité de la convention d'arbitrage ou, d'autre part, de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence;

que, dans le premier cas, l'arbitrabilité est déterminée par la loi compétente pour décider de la licéité de la convention d'arbitrage, et plus particulièrement de son objet; que c'est donc la loi de l'autonomie qui apporte la réponse à la question de l'arbitrabilité;

que l'arbitre ou le juge saisi de cette question doit tout d'abord déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage et ensuite voir si, au regard de cette loi, le cas d'espèce est susceptible d'être tranché par la voie de l'arbitrage (M. Huys et G. Keutgen, *L'arbitrage en droit belge et international*, n° 688);

En d'autres termes, lorsque l'arbitrabilité du litige est considérée au seul point de vue de la validité de la convention arbitrale, c'est-à-dire lorsque cette question se pose devant l'arbitre (qui doit vérifier sa compétence, donc la validité de l'acte qui la lui confère) ou devant un juge saisi de cette seule question (donc indépendamment de toute procédure d'exequatur de la sentence elle-même), il suffira - à l'arbitre ou à ce juge - de rechercher si la loi d'autonomie autorise la soumission du litige à l'arbitrage (P. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, n° 186; voy. cependant *ibid.*, n° 182);

que dans le cadre de la Convention de New York, les termes « portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage » (art. 2, § 1<sup>er</sup>) ne mettent pas en cause la compétence de la loi désignée par la solution uniforme de conflit, pour déterminer de l'arbitrabilité du litige, au niveau de la convention d'arbitrage (B. Goldman, « Arbitrage (droit international privé) », in *Encyclopédie Dalloz, Rép. dr. intern.*, n° 165);

Attendu que le fait que l'arbitrabilité du litige au regard de la loi du for du juge saisi ne doive, dans le système de la Convention de New York, être prise en considération qu'au stade de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale et non lors de l'examen de la validité de la convention arbitrale, peut s'expliquer notamment par la circonstance que la sentence arbitrale sera, dans la grande majorité des cas, exécutée sans qu'il faille recourir à l'intervention du juge étatique en vue d'une exécution forcée, - que la sentence soit exécutée spontanément ou sous la pression de sanctions morales ou corporatives (voy. au sujet de ces sanctions, P. Fouchard, *op. cit.*, n° 649 et s.);

Attendu qu'il résulte des considérations qui précèdent qu'en l'espèce, l'arbitrabilité du litige entre parties doit être appréciée, au stade actuel de la procédure, au regard de la loi d'autonomie;

qu'il n'est pas contesté que les parties ont convenu que leurs rapports contractuels seraient régis par le droit suisse (art. 12 du contrat);

qu'il n'est pas contesté, non plus, et qu'il résulte par ailleurs des pièces produites par l'appelante qu'au regard de la loi suisse le litige entre parties est susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage;

que c'est dès lors à tort que le premier juge a estimé que la convention d'arbitrage entre parties n'était pas, aux termes de l'article 2, § 1<sup>er</sup>, de la Convention de New York, susceptible d'être reconnue par lui;

que l'appel est fondé;

Par ces motifs :

LA COUR,

Met à néant le jugement dont appel;

Dit pour droit que le tribunal de commerce de Bruxelles était sans juridiction pour connaître de l'action originaire de l'intimée;

En conséquence, renvoie les parties à l'arbitrage convenu dans la convention du 23 mars 1974.

OBSERVATIONS

L'arrêt reproduit ci-dessus ne manquera pas de retenir l'attention des praticiens et des théoriciens.

Rendu au sujet de la validité d'une convention d'arbitrage insérée dans un contrat de concession de vente exclusive intervenu entre une société de droit suisse et une société belge, signé le 29 mars 1974, et dans lequel les parties avaient précisé qu'elles entendaient se soumettre au droit suisse, l'arrêt annoté consacre une solution à première vue contraire à celle retenue par la Cour de cassation, dans son arrêt du 28 juin 1979, rendu sur conclusions conformes de M. Krings, alors avocat général. En effet, selon cet arrêt, « un litige né de la réalisation par le concédant d'un contrat de concession de vente exclusive produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge, n'est pas susceptible d'être réglé par la voie d'un arbitrage convenu avant la fin du contrat et qui a pour but et pour effet d'entraîner l'application d'une loi étrangère » (1).

La différence de cadre dans lequel la Cour de cassation d'une part, et la cour d'appel de Bruxelles d'autre part, ont eu à se prononcer explique cependant la divergence des solutions dégagées.

L'appréciation de la validité de convention d'arbitrage a en effet dû être opérée à des niveaux différents dans l'un et l'autre cas : au stade de la reconnaissance d'une sentence arbitrale rendue en Suisse dans le cas de l'arrêt du 28 juin 1979, au stade de l'appréciation du bien-fondé d'un déclinaoire de juridiction dans le cas de l'arrêt ici commenté.

Dès lors, si, dans le premier cas, l'arbitrabilité du litige doit être appréciée en fon-

tion de la loi du for du juge saisi de la demande de reconnaissance ou d'exequatur, dans le second cas, cette appréciation doit être faite en fonction de la loi à laquelle les parties ont subordonné la convention d'arbitrage ou, à défaut d'indication à cet égard, en fonction de la loi du pays où la sentence a été rendue (art. 5, § 1<sup>er</sup>, c de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères)(2). Au demeurant, cette différence se comprend aisément. Lorsqu'il s'agit de statuer sur le bien-fondé d'un déclinaoire de juridiction soulevé sur base d'une convention d'arbitrage, la décision à intervenir n'est susceptible de donner lieu à aucun acte d'exécution forcée; on comprend dès lors qu'il suffise que cette convention soit valide en fonction de la loi d'autonomie. Par contre, lorsqu'il s'agit de statuer sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence arbitrale étrangère, la décision prise à cet égard doit pouvoir servir de base à une exécution forcée et il est normal que la loi du for du juge saisi soit ici prise aussi en considération, en vertu de l'article 5, § 2, c et e de la Convention de New York. Alors que la convention d'arbitrage se rattache à la loi d'autonomie lorsqu'elle est invoquée pour décliner la juridiction des tribunaux étatiques (comme dans l'espèce tranchée par la cour d'appel de Bruxelles), elle se rattache au contraire à la loi du for du juge saisi de la demande d'exequatur lorsqu'elle doit servir de base à une exécution forcée.

A supposer qu'il soit admis que la validité de la convention d'arbitrage litigieuse doive être appréciée d'après la loi d'autonomie, c'est-à-dire en l'espèce d'après le droit suisse, la question se pose alors si, en l'espèce, en vertu même de cette loi d'autonomie, les parties pouvaient déroger à la loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée, dont l'article 4 prévoit que le concessionnaire lésé lors d'une résiliation d'une concession de vente produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge, peut en tout cas assigner le concédant, en Belgique, soit devant le juge de son propre domicile, soit devant le juge du domicile ou du siège du concédant, le tribunal belge devant appliquer exclusivement la loi belge, tandis que l'article 6 donne un caractère impératif à toutes les dispositions de cette loi.

La réponse ne peut être que négative si l'on s'en tient aux règles de droit interne : la règle d'autonomie ne permet en aucun cas de déroger à des normes d'ordre public ou impératives (3).

Depuis l'entrée en vigueur des Conventions de New York du 10 juin 1958 et de Genève du 21 avril 1961 (Convention européenne sur l'arbitrage commercial international), compte tenu du principe de la primauté du droit international sur le droit interne consacrée par la Cour de Cassation

(2) Cf. en ce sens : B. Goldman, « Arbitrage (droit international privé) », *Rép. Dalloz dr. intern.*, t. I, Dalloz, Paris, 1968, n° 126, n° 165; Cass., II., 15 déc. 1982, n° 6915, *Il Foro italiano*, 1983, I, col. 2200. Cf. aussi : C. Puzi, « L'efficacia del lodo arbitrale nelle convenzioni internazionali e nell'ordinamento interno », *Rivista di diritto processuale*, 1986, p. 281.

(3) Cf. en ce sens : Neumayer, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, p. 73; Rigaux, *Droit international privé*, t. I, Larcier, Bruxelles, 1977, n° 302 (notamment au sujet de la solution sur le caractère d'application immédiate des dispositions de la loi du 27 juillet 1961); Van Houtte, sous Comm. Bruxelles, 10 sept. 1979, *Jur. comm. Belg.*, 1980, V, 613 (thèse implicite).

(1) *Paa.*, 1979, I, 1260; *J.T.*, 1979, p. 727; *R.C.J.B.*, 1981, p. 232 et note Vander Elst, *Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé*. Cf. dans le même sens que l'arrêt du 28 juin 1979, Comm. Liège, 23 avril 1980, *J.T.*, 1982, p. 823, note A. Kohl et observations complémentaires, *J.T.*, 1983, p. 257; Bruxelles, 25 juin 1982, *Rev. dr. comm.*, 1983, p. 79 et obs. N. Watté.

dans son arrêt du 27 mai 1971 (4), il apparaît au contraire que « le concessionnaire ne peut plus se soustraire à une clause d'arbitrage qu'il avait souscrite, si les conditions d'application de ces Conventions sont réunies et ce, à raison de leur prééminence par rapport à la loi interne de 1961-1971 (relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive) et du fait de l'intégration d'office de leurs règles au droit belge » (5) (6).

Contrairement à M. le professeur Vander Elst (7), nous pensons que l'un des effets de la ratification de la Convention de New York est que, de manière implicite mais certaine, le concessionnaire s'est vu priver de « l'avantage de plaider devant les tribunaux de son pays, dans sa langue, avec le bénéfice du double degré de juridiction et le contrôle de la Cour de cassation ».

Il reste à espérer que la Cour de cassation adopte bientôt une position claire et solidement motivée sur une question d'importance pratique aussi considérable que celle au sujet de laquelle la cour d'appel de Bruxelles a statué dans l'arrêt ici commenté.

Alphonse KOHL.

### J.P. Jette, 5 décembre 1985

Siège : M. M. Knops, juge suppl.

Plaid : MM<sup>es</sup> A. Ruttiens et M. Mahieu.

(docteur D., c. G.)

**MEDECINS. — CONTESTATION D'HONORAIRES. — Compétence du conseil provincial de l'Ordre des médecins. — Assistance des avocats des parties en cause. — AUTORITE DE CHOSE JUGÉE. — Modalités de l'avis sollicité prescrites par un jugement antérieur. — Autorité de ce jugement sur la décision à intervenir après la réception de l'avis.**

*L'assistance des avocats, lors de l'audition des parties par le conseil provincial de l'Ordre des médecins appelé à donner son avis sur une contestation d'honoraires, constitue un droit naturel de toute partie en cause.*

(4) Pas., 1971, I, 886. Sur cet arrêt, cf. J. Salmon, « Les conflits entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971, par la Cour de cassation », *J.T.*, 1971, pp. 509 et s., et 529 et s.; note J. Mertens de Wilmars sous Cass., 27 mai 1971, S.E.W., 1972, pp. 48 et s.

(5) R. Ledoux, « L'arbitrage en matière de concession de vente », *J.T.*, 1978, p. 675. Cf. aussi déclaration du rapporteur de la loi d'approbation de la Convention de New York, in *Ann. parl., Sénat*, 30 avril 1975, p. 1908.

(6) Selon MM. Bricmont et Philips (*Commentaires des dispositions de droit belge et communautaire applicables aux concessions de vente en Belgique*, éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 1977, n° 144), si le concédant est établi dans un pays de la C.E.E., le concessionnaire ne pourra plus lui opposer l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 4 de la loi du 27 juillet 1961, abrogé implicitement par la Convention C.E.E. du 27 septembre 1968. Comp. à ce sujet : P. Gothet et D. Holleaux, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, éd. Jupiter, Paris, 1985, p. 33, n° 66 et s.

(7) Note sous Cass., 28 juin 1979, *R.C.J.B.*, 1981, p. 111.

*L'avis rendu par le conseil provincial de l'Ordre des médecins ayant été pris au mépris du jugement antérieur, prescrivant les modalités de cet avis, et notamment l'assistance des avocats, l'autorité de chose jugée qui s'attache au jugement antérieur implique que l'avis rendu dans des conditions autres que celles prescrites par le jugement n'est pas valable.*

*Le fait pour le conseil provincial de l'Ordre des médecins de prétendre procéder à l'audition des parties sans leurs avocats et de persister dans cette position malgré les explications circonstanciées qui lui sont fournies constitue la violation du principe fondamental garantissant le respect des droits de la défense.*

Revu nos jugements des 3 octobre 1984 et 13 mars 1985;

Attendu que, par le premier de ces jugements, la cause a été renvoyée devant le conseil provincial de l'Ordre des médecins de la province du Brabant pour avis, conformément à l'article 6, 5<sup>o</sup> de l'arrêté royal du 10 novembre 1967;

Attendu qu'à la suite de ce jugement, les conseils des deux parties ont fait connaître au président de l'Ordre des médecins leur intention d'assister personnellement les parties, lors de l'audition de celles-ci;

Attendu que le président du conseil provincial de l'Ordre des médecins du Brabant a fait savoir que celui-ci entendait procéder à l'audition des parties en dehors de la présence de leurs avocats;

Attendu que par notre jugement du 13 mars 1985, Nous avons décidé :

« que l'avis qui a été sollicité par notre jugement du 3 octobre 1984 sera précédé de l'audition des parties assistées de leurs conseils et ce, soit par le conseil provincial de l'Ordre des médecins du Brabant, soit par toute commission constituée en son sein afin d'entendre les parties »;

Que ce jugement reposait sur une motivation circonstanciée, constatant que l'assistance des avocats constitue un droit naturel de toute partie en cause;

Attendu que, bien que dûment informé de la teneur de ce jugement, le conseil provincial de l'Ordre des médecins du Brabant a estimé pouvoir passer outre; qu'il a prononcé son avis le 2 avril 1985 en faisant référence uniquement au jugement du 3 octobre 1984 et aux lettres des conseils des parties, saisissant le conseil; que l'Ordre des médecins a passé sous silence les communications ultérieures, et notamment celle par laquelle le jugement du 13 mars 1985 lui a été communiqué; que le conseil du Brabant a confirmé son refus de recevoir les avocats des parties; qu'il a prononcé son avis du 2 avril 1985 sans avoir entendu ni les parties ni leurs avocats;

Attendu que l'avis rendu le 2 avril 1985 a été pris en mépris du jugement du 13 mars 1985; que l'autorité de chose jugée qui s'attache au jugement du 13 mars 1985 implique en effet que l'avis rendu dans des conditions autres que celles prescrites par ce jugement n'est pas valable;

Attendu que le fait pour le conseil de

prétendu procéder à l'audition des parties sans leurs avocats, et d'avoir persister dans cette position, malgré les explications circonstanciées qui lui étaient : constitue la violation évidente du principe fondamental garantissant le respect des droits de la défense, principe qui est créé tant par l'article 6, 3<sup>o</sup>, c) de la Convention européenne de sauvegarde de l'homme que, notamment, par les articles 439 et 440 du Code judiciaire;

Attendu qu'il y a lieu de considérer la demande d'avis formulée aux Ordonneurs professionnels s'apparente aux expertises qu'elles sont organisées par les articles 962 et suivants du Code judiciaire; jamais été soutenue, par un expert que, que celui-ci pourrait, dans le cas où sa mission, s'opposer à la présence des avocats aux côtés des parties; qu'il n'y a d'ailleurs pas sans intérêt d'observer que, lors des expertises judiciaires, les parties sont assistées non seulement de leurs conseils, mais en outre, le cas échéant, de conseils techniques, et notamment de conseils médecin-conseil, lorsqu'il s'agit d'une expertise judiciaire en matière médicale; que l'on ne peut dès lors que déplorer que cet outrage, à l'égard d'un Ordonneur professionnel, émane d'un autre Ordre.

*Par ces motifs :*

Disons pour droit que l'avis rendu par le conseil provincial de l'Ordre des médecins de la province du Brabant le 2 avril 1985 est nul et de nul effet, comme s'opposant à l'autorité de la chose jugée attachée au jugement du 13 mars 1985;

Confirmons notre jugement du 13 mars 1985.

### OBSERVATIONS

Le jugement du 13 mars 1985 énoncé

« Les parties ont demandé la refixion de l'affaire parce que le conseil provincial de l'Ordre des médecins soutient qu'il n'y a pas d'usage que la commission entre avocats des parties en cause, tout en quant les parties, ceci d'après les conclusions du conseil national de l'Ordre des médecins; que l'arrêté royal du 10 novembre 1967 prévoit en ses articles 20 et suivants la procédure à suivre; que l'on ne peut constater que l'article 24, § 1<sup>er</sup> prévoit « le médecin inculqué peut se faire assister par un ou plusieurs conseils » (per giam); qu'en tout état de cause, l'avocat a le droit d'assister son client, sauf les restrictions prévues par la loi (par exemple l'instruction 1000).

*Par ces motifs,*

64 Revue de Droit international et de  
Droit comparé (1987, No. 3)

C. d. A.  
8.10.85

## Chronique de jurisprudence

PAR

J. SACE

Conseiller à la Cour de Cassation  
Charge de cours à l'Université Libre de Bruxelles et  
à l'Université de L'Etat de Mons

**ARBITRAGE – CONVENTION D'ARBITRAGE INSÉRÉE DANS UN  
CONTRAT DE CONCESSION DE VENTE EXCLUSIVE ENTRE  
UNE SOCIÉTÉ DE DROIT SUISSE ET UNE SOCIÉTÉ DE DROIT  
BELGE – CONVENTION DE NEW YORK DU 10 JUIN 1958 –  
ARBITRABILITÉ DE LITIGE – LOI APPLICABLE.**

1. – L'arbitrabilité d'un litige doit s'apprécier en fonction de critères différents selon que cette question se pose à propos, d'une part, de la validité de la convention d'arbitrage ou, d'autre part, de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale.

2. – Dans le premier cas, c'est-à-dire dans le cas où il s'agit de la validité de la convention d'arbitrage, l'arbitrabilité est déterminée par la loi compétente pour décider de la licéité de la convention d'arbitrage, et plus particulièrement de son objet. C'est donc la loi de l'autonomie qui en ce cas apporte la réponse à la question de l'arbitrabilité. L'arbitre ou le juge saisi de cette question doit tout d'abord déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage et voir ensuite si, au regard de cette loi, le cas d'espèce est susceptible d'être tranché par la voie de l'arbitrage. En d'autres termes, lorsque l'arbitrabilité du litige est considérée du seul point de vue de la validité de la convention d'arbitrage, c'est-à-dire lorsque cette question se pose, soit devant l'arbitre qui doit vérifier sa compétence et en conséquence, la validité de l'acte qui la lui confère, soit devant un juge saisi de cette seule question, indépendamment de toute procédure d'exequatur de la

sentence arbitrale elle-même, il suffit à l'arbitre ou à ce juge de rechercher si la loi d'autonomie autorise la soumission du litige à l'arbitrage.

3. — Dans le cadre de la Convention de New-York du 10 juin 1958 approuvée en Belgique par la loi du 5 juin 1975, les termes «portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage», figurant à l'article 2, paragraphe 1<sup>er</sup>, de cette Convention, ne mettent pas en cause la compétence de la loi désignée par la solution uniforme de conflit, pour décider de l'arbitrabilité du litige, au niveau de la convention d'arbitrage.

4. — Le fait que l'arbitrabilité du litige au regard de la loi du for du juge saisi ne doive, dans le système de la Convention de New-York, être prise en considération qu'au stade de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale et non lors de l'examen de la validité de la convention arbitrale, peut s'expliquer notamment par la circonstance que la sentence arbitrale sera, dans la grande majorité des cas, exécutée sans qu'il faille avoir recours à l'intervention du juge étatique en vue d'une exécution forcée, que la sentence soit exécutée spontanément ou sous la pression de sanctions morales ou corporatives.

(Cour d'appel de Bruxelles — octobre 1985, *Journal des tribunaux* 1986, p. 93 avec la note d'observations d'Alphonse Kohl) (1).

(1) Comme le relève M. Kohl dans la note qui accompagne cette décision de la cour d'appel de Bruxelles, l'arrêt annoté paraît consacrer une solution à première vue contraire à celle qui ressort de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 juin 1979 (Pas. 1979, I, 1260, *Journal des tribunaux* 1979, p. 727 et *Revue critique de jurisprudence belge* 1981, p. 332 avec la note de Raymond Vander Elst) et précédé des conclusions de M. le procureur général Krings, alors avocat général, qui a en effet décidé qu'un litige relatif à la résiliation par le concédant d'un contrat de concession de vente exclusive à durée indéterminée produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge n'était pas susceptible d'être réglé par la voie d'un arbitrage convenu avant la fin du contrat et qui avait pour but et pour effet d'entraîner l'application d'une loi étrangère. Ainsi que l'a souligné M. Kohl, la divergence des solutions dégagées s'explique par «la différence de cadre» dans lequel, d'une part, la Cour de cassation, et, d'autre part, la cour d'appel de Bruxelles avaient à se prononcer : dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 1979, il s'agissait de la reconnaissance par le juge belge d'une sentence arbitrale rendue en Suisse, tandis que dans l'arrêt annoté de la cour d'appel de Bruxelles, il s'agissait de l'appréciation d'un declinatoire de juridiction fondé sur l'existence entre les parties d'une convention d'arbitrage.

## 226. BELGIUM: COUR D'APPEL DE BRUXELLES — 4 October 1985 \*

Effects of an arbitration agreement on judicial proceedings — Matter capable of settlement by arbitration

(See Part I. B.2)

In a dispute concerning a distributorship agreement a Swiss company was sued before the Court (Tribunal) of Brussels by its Belgian agent. The defendant's contention that the dispute should be referred to arbitration was rejected by the Court. The Court found that Article II (3) of the New York Convention had to be read in conjunction with Article V (2) (a) and that therefore Belgian law governed the issue of the arbitrability of the dispute. The Court of Appeal reached a different conclusion for the following reasons:

'Whereas different criteria must be applied to the arbitrability of the dispute according to whether the question arises with regard to the validity of an arbitration agreement or the recognition and enforcement of an arbitral award;

'Whereas in the first case the question of arbitrability has to be settled according to the law governing the arbitration agreement, and more precisely its object; whereas the law chosen by the parties thus applies to the question of arbitrability;

'Whereas the arbitrator or the court dealing with this question should first of all find the law applicable to the arbitration agreement and then consider whether under that law the relevant dispute may be settled by means of arbitration (see M. Huys and G. Keutgen, *L'arbitrage en droit belge et international*, No. 688);

Whereas, in other words, when the arbitrability of the dispute is examined only from the point of view of the validity of the arbitration agreement — that is, when the question is raised before the arbitrator, who must ascertain his competence and the validity of the act giving him competence, or before a court to which only that question has been referred, and therefore independently from any enforcement proceedings relating to an award — the arbitrator or court should only consider whether the law chosen by the parties allows the settlement of the dispute by means of arbitration (see P. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, No. 186; see, however, No. 182);

\* The original text is reproduced from 105 *Journal des Tribunaux*, p. 93 f. (1986)

"Whereas, under the New York Convention, the terms "concerning a subject matter capable of settlement by arbitration" in Article II (1) do not put into question the competence of the law which has been selected for a uniform solution of conflicts with regard to the arbitration agreement, and this also for deciding the arbitrability of the dispute (see B. Goldman, Arbitrage (droit international privé), Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international, No. 165);

"Whereas the fact that, under the New York Convention, the arbitrability of the dispute should be considered under the *lex fori* only at the stage of the recognition and enforcement of an arbitral award, and not when the validity of an arbitration agreement is examined, may well be justified, in particular in view of the circumstance that in the great majority of cases awards are implemented without the need of taking recourse to a court for their enforcement — whether this happens spontaneously or is the result of moral or corporate sanctions (see, with regard to those sanctions, P. Fouchard, *op. cit.*, No.s 649 ff.). . . [94]

The Court concluded that, since the parties had agreed that their contractual relationships should be governed by Swiss law and the dispute was capable of settlement by arbitration under the same law, the decision of the lower Court had to be reversed.

Attendu qu'adoptant la thèse de l'intime, le premier juge, après avoir constaté que l'appelante conteste la compétence internationale du tribunal de commerce de Bruxelles et qu'elle se réserve expressément le droit de pouvoir s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution en Suisse d'une décision au fond à prononcer par ce tribunal,

- a dit que la convention d'arbitrage entre parties relative au présent litige n'est pas, aux termes de l'article 2, § 1, de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères faite à New York le 10 juin 1958, susceptible d'être reconnue par le tribunal;
- en conséquence déboutant l'appelante de sa demande de renvoi à l'arbitrage, s'est déclaré compétent pour connaître de l'action;
- a renvoyé les parties au rôle pour le surplus;
- a réservé les dépens;

Attendu que cette décision du premier juge s'appuie notamment sur le motif que « l'interprétation cohérente de la Convention exige que tant l'article 2, § 1, que l'article 2, § 3, invoqué par l'appelante, qui oblige le tribunal d'un Etat contractant de renvoyer les parties à l'arbitrage à la demande de l'une d'elles, "à moins qu'il ne constate que ladite Convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée", soient lus ensemble avec l'article 5, § 2, a, qui prévoit le refus de la reconnaissance et de l'exécution d'une sentence arbitrale par l'autorité du pays où elles sont requises s'il est constaté "que d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage" ».

Attendu que cette opinion du premier juge ne peut être suivie;

qu'en effet, l'arbitrabilité d'un litige doit être appréciée en fonction de critères différents selon que cette question se pose à propos, d'une part, de la validité de la

convention d'arbitrage ou, d'autre part, de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence.

que, dans le premier cas, l'arbitrabilité est déterminée par la loi compétente pour décider de la licéité de la convention d'arbitrage, et plus particulièrement de son objet; que c'est donc la loi de l'autonomie qui apporte la réponse à la question de l'arbitrabilité;

que l'arbitre ou le juge saisi de cette question doit tout d'abord déterminer la loi applicable à la convention d'arbitrage et ensuite voir si, au regard de cette loi, le litige d'espèce est susceptible d'être tranché par la voie de l'arbitrage (M. Huys et G. Neutgen, *L'arbitrage en droit belge et international*, n° 688);

qu'en d'autres termes, lorsque l'arbitrabilité du litige est considérée au seul point de vue de la validité de la convention arbitrale, c'est-à-dire lorsque cette question se pose devant l'arbitre (qui doit vérifier sa compétence, donc la validité de l'acte qui la lui confère) ou devant un juge saisi de cette seule question (donc indépendamment de toute procédure d'exequatur de la sentence elle-même), il suffira — à l'arbitre ou à ce juge — de rechercher si la loi d'autonomie autorise la soumission du litige à l'arbitrage (P. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, n° 186; voy. cependant *ibid.*, n° 182);

que dans le cadre de la Convention de New York, les termes « portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage » (art. 2, § 1<sup>er</sup>) ne mettent pas en cause la compétence de la loi désignée par la solution de forme de conflit pour celle de l'arbitrabilité du litige, au niveau de la convention d'arbitrage (B. Goldman, *Arbitrage (droit international privé)*, in *Encyclopédie Dalloz, Rép. de intern.*, n° 165);

Attendu que le fait que l'arbitrabilité du litige au regard de la loi du for du juge saisi ne doive, dans le système de la Convention

de New York, être prise en considération qu'au stade de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale et non lors de l'examen de la validité de la convention arbitrale, peut s'expliquer notamment par la circonstance que la sentence arbitrale sera, dans la grande majorité des cas, exécutée sans qu'il faille recourir à l'intervention du juge étatique en vue d'une exécution forcée, — que la sentence soit exécutée spontanément ou sous la pression de sanctions morales ou corporatives (voy. au sujet de ces sanctions P. Fouchard, *op. cit.*, n° 649 et s.);

Attendu qu'il résulte des considérations qui précèdent qu'en l'espèce, l'arbitrabilité du litige entre parties doit être appréciée, au stade actuel de la procédure, au regard de la loi d'autonomie;

qu'il n'est pas contesté que les parties ont convenu que leurs rapports contractuels seraient régis par le droit suisse (art. 12 du contrat);

qu'il n'est pas contesté, non plus, et qu'il résulte par ailleurs des pièces produites par l'appelante qu'au regard de la loi suisse le litige entre parties est susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage;

que c'est dès lors à tort que le premier juge a estimé que la convention d'arbitrage entre parties n'était pas, aux termes de l'article 2, § 1<sup>er</sup>, de la Convention de New York, susceptible d'être reconnue par lui;

que l'appel est fondé;

Par ces motifs :

LA COUR.

Met à néant le jugement dont appel.

Dit pour droit que le tribunal de commerce de Bruxelles était sans juridiction pour connaître de l'action originaire de l'intimée.

En conséquence, renvoie les parties à l'arbitrage convenu dans la convention du 23 mars 1974.

Whether a particular national procedural rule can be applied to protective measures taken directly under art. 39 depends on the content of the individual rule and its compatibility with the principles laid down by that article.—*Capelloni & Aquilini v. Pelkmans* [1986] 1 C.M.L.R. 388 (Eur.C.J.—119/84, 3 October 1985).

98 E.C. 1985. [EEC] A judgment creditor who has obtained an order for enforcement of his judgment in another member-State is automatically entitled to sequester the judgment debtor's property as a protective measure under art. 39 of the EEC Full Faith and Credit Convention and does not need to obtain a special court order to do so even if the national procedural law requires it.—*Capelloni & Aquilini v. Pelkmans* [1986] 1 C.M.L.R. 388 (Eur.C.J.—119/84, 3 October 1985).

99 E.C. 1985. [EEC] The right of a foreign judgment creditor to sequester his debtor's goods as a protective measure, derived from art. 39 of the EEC Full Faith and Credit Convention, remains until the enforcing court has decided on the debtor's appeal against enforcement. National procedural rules limiting the period during which such sequestration may be carried out are inapplicable.—*Capelloni & Aquilini v. Pelkmans* [1986] 1 C.M.L.R. 388 (Eur.C.J.—119/84, 3 October 1985).

100 E.C. 1985. [EEC] A judgment debtor's right to dispute a decision authorising enforcement of a foreign judgment under the EEC Full Faith and Credit Convention is restricted to the procedure laid down in art. 36. This applies also to the judgment creditor's right to carry out protective sequestration under art. 39 pending appeal, a right which flows automatically from the enforcement order in the first place. No form of *a posteriori* supervision by courts of the enforcing State is permissible, even if required in domestic procedure. However, if any rights of the debtor have been infringed in the sequestration process, he may seek appropriate protection through the procedures made available by domestic law.—*Capelloni & Aquilini v. Pelkmans* [1986] 1 C.M.L.R. 388 (Eur.C.J.—119/84, 3 October 1985).

See also Case A69.

**h. Arbitration**

101 BELGIUM. 1985. [Belg./Switz.] To decide upon the validity of an arbitration agreement included in an exclusive distributorship agreement having its effect *inter alia* in Belgium, the courts must apply the law of the contract and not the *lex fori*. This is consistent with the provisions of the New York Convention 1958 on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. The *lex fori* will only become relevant when deciding on an application for a recognition or enforcement order in respect of the award.—*Société de droit suisse M. v. SAM*. [1985] J.T. 93 (C.A., Brussels, 4 October 1985).

**i. Legal Aid**

102 SWITZERLAND. 1985. [Swiss] It follows from art. 4 of the Constitution, according to which legal aid can be claimed in criminal cases where the case concerns grave criminal acts presenting the accused or his legal representative with difficult factual or legal problems, that in cases of a minor such legal aid can be claimed as early as during investigatory proceedings and not merely once the case has been transferred to a Juvenile Court.—*X v. Jugendanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt* [1985] I BGE (111) 81 (Fed.Ct., 19 June 1985).

See also Case B93.

**m. Sanctions and Remedies**

103 ENGLAND. 1984. [Engl.] Where a plaintiff is seeking to recover damages for late payment of money he must prove not only that he has suffered an additional special loss but also that the defendant had knowledge of the facts or circumstances which make such a special loss a not unlikely consequence of his default under the contract.—*International Minerals & Chemical Corporation v. Karl O. Helm AG* [1986] 1 Lloyd's L.R. 81 (Q.B.D. (Comm. Ct.), 8 November 1984).

104 SWEDEN. 1985. [Swed.] If an object's value is so high that it cannot be exempted from distraint in accordance with Chapter 5 s.1(3) of the *Utsökningsbalk*, the debtor shall receive a reasonable amount in order to buy