

MODES *Occitanie* ALTERNATIFS



EDITORIAL PAR JACQUES RAIBAUT
Président d'honneur de la CMCAO

Sommaire

Aboutissement d'une volonté manifestée depuis quelques années, 2021 verra le démarrage du Diplôme Universitaire Arbitrage créé par l'Université Toulouse 1 Capitole en étroite collaboration avec La Chambre d'Arbitrage d'Occitanie. Nous remercions la Présidence de l'Université et les services de Formation de l'Université qui ont soutenu ce projet et ont bâti un format universitaire rigoureux et diplômant. Soutenu par l'ensemble des partenaires de la Chambre, avocats, professionnels du chiffre, notaires, juristes d'entreprise, ce diplôme a été conçu dans une perspective de formation de praticiens de haut niveau dont les lauréats seront inscrits sur la liste arbitrale de la Chambre d'Occitanie.

L'arbitrage nécessite des arbitres dont la formation apporte la sécurité juridique absolument nécessaire à la qualité des sentences rendues. L'arbitrage est une instance juridictionnelle dont les sentences sont exécutoires comme pour toute instance judiciaire, l'arbitre, comme le juge, a donc un devoir de compétence qui soutient son devoir d'impartialité. C'est ce devoir de compétence que le Diplôme Universitaire de l'Université Toulouse 1 Capitole structure et renforce. L'équipe des formateurs est composée de professeurs de l'université et de praticiens reconnus pour leur compétence et leur rayonnement professionnel. Les enseignements sont orientés vers un apport théorique et conceptuel mais aussi un contenu pratique permettant de découvrir et comprendre les exigences d'une instance arbitrale, de son déroulement à la reddition d'une sentence équitable et compréhensible.

L'Arbitrage, dans un monde pressé, a un grand avenir mais de plus en plus surveillé par la justice Étatique, il doit être le lieu de l'excellence, de la précision, de l'efficacité et de l'impartialité. Ces objectifs ne peuvent être atteints que par des arbitres formés ajoutant à leur compétence professionnelle la compétence juridictionnelle de l'instance arbitrale. C'est à cette condition que l'arbitrage, bien développé en droit international pourra poursuivre son développement en droit interne.

1. **Editorial** p. 1
par Jacques RAIBAUT
2. **Nouvelles technologies et pratique arbitrale : les Défis de la Pandémie** p. 2
Interview de Christine ARTERO, Arbitre internationale basée à Singapour
3. **Violation de la clause compromissoire et saisine du juge étatique : exception de procédure ou fin de non-recevoir ?** p. 3
Commentaire de jurisprudence par Mélissa HERRO
4. **Actualité : Algorithmes et MARD** p. 4
5. **Portée de la transaction en droit du travail.** p. 5
Commentaire de jurisprudence par Niels SAINT-TITE
6. **Clause d'arbitrage pathologique : à formulation choisie, problèmes choisis** p.7
Commentaire de jurisprudence par Nathalie PETIT-CLAUSTRE

INTERVIEW DE CHRISTINE ARTERO

*Arbitre internationale basée
à Singapour et à Londres*

*Propos recueillis par Mélissa HERRO
Juriste*

Nouvelles technologies et pratique arbitrale : les Défis de la Pandémie

Le désastre sanitaire pourrait révéler de bonnes pratiques internationales susceptibles d'inspirer l'arbitrage interne. En arbitrage international, le recours aux nouvelles technologies faisait déjà largement partie du déroulement de la procédure avant même l'apparition de la pandémie. Christine Artero analyse la situation.

MH : La conférence sur la gestion de la procédure connaît-elle des évolutions ?

CA : La conférence sur la gestion de la procédure était déjà bien souvent traitée dans le cadre d'une conversation téléphonique et les documents étaient échangés par voie électronique. De ce fait, l'intégration automatique de la visioconférence n'a posé aucune difficulté ; au contraire elle est un progrès. L'arbitre apprécie d'organiser dorénavant le débat ainsi, car ceci lui donne l'opportunité de rencontrer les parties et leurs représentants « en personne » dès le commencement des procédures d'arbitrage.

MH : Comment se déroule l'interrogation des témoins désormais ?

CA : Le seul véritable changement se trouve au niveau de l'audience consacrée à l'interrogation de témoins qui se conduisait habituellement en présentiel. Certains avocats continuent de largement préférer le contre-interrogatoire en présentiel, argumentant qu'il est plus difficile de cerner un témoin à travers un écran. Il existe également des débats quant au contrôle des témoins et à l'authenticité de leurs témoignages. Ces derniers pourraient en effet se faire souffler des réponses ou consulter des documents déjà annotés. Il semble toutefois que ces dernières

inquiétudes ne soient pas vraiment justifiées, car l'arbitre peut à tout moment commander au témoin de montrer les documents dont il dispose ou de faire un tour de la pièce avec la caméra de son ordinateur afin de vérifier que personne ne se trouve avec lui et que sa table est vide. Malgré cela, certaines parties insistent tout de même parfois pour qu'une caméra supplémentaire soit placée dans un coin de la salle où se trouve le témoin pour donner une vision panoramique de la pièce.

MH : Rencontrez-vous des difficultés techniques liées à l'organisation distancielle ?

CA : Nous ne rencontrons que très peu de difficultés techniques. Tous les prestataires impliqués dans le processus de l'audience se sont largement adaptés à la situation et les services proposés aujourd'hui sont de grande qualité. La principale difficulté est sans doute liée à la qualité de la connexion de certains participants ou témoins en fonction de leurs localisations, ce qui pourrait parfois perturber les échanges. A cet égard, préalablement à toute audience, une ou plusieurs visioconférences tests sont organisées afin de s'assurer des bonnes conditions de chacun pour la tenue de l'audience. Il existe également une difficulté qui est liée à la nature même de l'arbitrage international dont les participants se trouvent bien souvent sur des continents différents et où les horaires d'audience doivent s'adapter à tous les fuseaux horaires en jeu. Avec des participants aux Etats-Unis, en Europe et en Asie par exemple, il n'est pas rare de siéger de 7 heures du soir à 2 heures du matin !

MH : S'agissant du déroulement de l'audience proprement dit, quels sont les avantages principaux de la situation nouvelle ?

CA : Les plateformes offrent le confort de rendre visible, pour chaque participant, l'ensemble de ses interlocuteurs. Par exemple, l'avocat peut voir l'expression des arbitres pendant le contre-interrogatoire des témoins, au bénéfice d'une intervention plus efficace. Mais au-delà de cela, les principaux avantages qu'apportent avec eux ces changements sont qu'ils permettent à l'instance arbitrale d'être plus rapide et efficace (par exemple, les audiences virtuelles apportent en effet plus de flexibilité quant au choix des dates d'audience), d'être moins coûteuse (les acteurs de l'instance

n'ayant plus à se déplacer aux quatre coins du monde pendant le déroulement de l'instance et pour l'audience), et plus verte (l'absence de déplacement réduisant les émissions, et du fait que ce nouveau mode de fonctionnement amène les arbitres comme les parties à travailler de plus en plus sur des documents électroniques plutôt que des copies papier). Enfin, un autre avantage considérable concerne les instances où le défendeur ne participe pas dans l'instance arbitrale. En effet, la tenue de l'audience finale par visioconférence leur donne une opportunité plus facile que jamais de participer à l'audience et de présenter leur défense.

MH : Auriez-vous des conseils à donner aux praticiens ?

CA : Il est important que les arbitres s'assurent que les parties sont à l'aise avec les process et technologies utilisées, et obtiennent l'accord des parties avant de tenir une audience virtuelle. Nous déconseillerons aussi les audiences hybrides où l'une des parties serait dans la même salle que l'arbitre et l'autre partie en visioconférence, car ceci pourrait soulever des difficultés d'impartialité. En revanche, et pour conclure, nous nous devons de reconnaître que notre discipline n'est pas affectée par le désastre sanitaire qui nous entoure et que, conscients de cette chance, les praticiens de l'arbitrage ont su s'adapter à une nouvelle normalité avec un esprit très ouvert. Les changements qui nous sont imposés ont été vécus non pas comme des contraintes mais comme des opportunités, et il s'en suit que notre discipline sortira certainement renforcée de la pandémie.

COMMENTAIRE DE JURISPRUDENCE

Mélissa HERRO - Juriste

Cass. 1^{re} Civ. 13 Mai 2020, 18-25.966

Violation de la clause compromissoire et saisine du juge étatique : exception de procédure ou fin de non-recevoir ?

La société Boulangerie S. a cédé des actions, détenues dans le capital de la société Au Bon Pain de France, à la société Kimmolux par acte sous seing privé du 28 février 2005 comportant une clause compromissoire. Suivant un second acte du même jour, la SCI les Moines a vendu à la société Kimmolux un immeuble à usage industriel et commercial donné à bail à la société Au Bon Pain de France. L'acte de vente n'ayant pas été suivi d'un acte authentique dans le délai de six mois à compter de sa conclusion, la société Kimmolux a assigné la société Boulangerie S. et la SCI les Moines devant le TGI de Sarreguemines. Par un jugement en date du 15 juin 2010, la juridiction de première instance prononce la résolution de l'ensemble contractuel et octroie à la société Kimmolux diverses sommes à titre de restitution. Si le jugement a été infirmé par une cour d'appel, l'arrêt attaqué a été cassé et annulé par la Cour de cassation.

Devant la cour d'appel de renvoi, la société cédante des actions et la société civile immobilière invoquent l'irrecevabilité de la saisine initiale du TGI en raison de la « compétence préalable » du tribunal arbitral. Selon les juges du fond, le moyen tiré de l'existence d'une clause compromissoire constitue bien une « fin de non-recevoir ». La société Kimmolux forme alors un pourvoi en cassation dans lequel elle affirme que l'exception tirée de l'existence d'une clause compromissoire est régie par les dispositions qui gouvernent les exceptions de procédure.

Rappelons qu'en procédure civile, trois moyens de défense peuvent être soulevés : la

**EDITÉ PAR LA CHAMBRE DE MÉDIATION, DE
CONCILIATION ET D'ARBITRAGE D'OCCITANIE**

Siège : 2 rue Alsace-Lorraine - 31000 Toulouse

Siège administratif: 10 Boulevard d'Arcole - 31000
Toulouse

Email: chc.arbitragemp@gmail.com

Site Internet : www.arbitragetoulouse.com

Directeur de publication: M. Laurent POSOCCO

Imprimeur : CMCAO

Dépôt légal : avril 2021

ISSN en cours

Revue spécialisée à Comité de Lecture

défense au fond (moyen destiné à contester et rejeter, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire), l'exception de procédure (attaque le fond et la forme des actes de procédure, elle a comme but de rendre l'acte de procédure invalide) et la fin de non-recevoir (déclare la demande de l'adversaire irrecevable sans examen au fond, en raison du défaut de droit d'agir).

La distinction entre l'exception de procédure et la fin de non-recevoir est d'une importance cruciale : dans le premier cas, le moyen doit être soulevé *in limine litis*, dans le second, il peut être invoqué à n'importe quel moment de la procédure. D'autre part, l'exception de procédure est un obstacle temporaire à l'action alors que la fin de non-recevoir emporte le rejet définitif de la prétention adverse et donc la fin de l'instance.

Par l'arrêt commenté, la Cour régulatrice devait se positionner : la violation de la clause compromissoire née de la saisine par une partie d'une juridiction étatique est-elle sanctionnée par une fin de non-recevoir ou par une exception de procédure ? A cette fin, elle casse et annule la décision de la Cour d'appel de Colmar du 21 novembre 2018¹, rendue sur renvoi après cassation, qui qualifiait le moyen tiré de l'existence d'une clause compromissoire de fin de non-recevoir. Elle considère pour sa part qu'il s'agit d'une exception de procédure devant dès lors être soulevée avant toute défense au fond. La jurisprudence antérieure, peu aidante, sinieuse sur la question, manquait de la plus élémentaire clarté. Comment dès lors raisonner ?

Toute tentative de rapprochement avec la clause de conciliation est vaine. Le non-respect de cette dernière est sanctionné par une fin de non-recevoir² alors que le non-respect de la première est désormais une exception de procédure. En l'espèce, la Cour de cassation interprète la renonciation au droit de soulever l'incompétence de la juridiction étatique *in limine litis* comme une renonciation implicite à l'arbitrage. Or cette présomption de renonciation n'est pas transposable à la clause de conciliation. Précisément, sur ce point, la décision rendue par la

haute juridiction mérite réprobation : la renonciation à un droit aussi essentiel que le recours à l'arbitrage ne devrait jamais reposer sur une simple présomption. La volonté des parties, essentielle, de retirer son pouvoir juridictionnel au juge judiciaire a ici été, de manière fort regrettable, bafouée.

ACTUALITÉ: ALGORITHMES ET MARD

Décret n°2020-1682 du 23 décembre 2020

Les décrets n°2020-1682 du 23 décembre 2020, n° 2021-95 du 29 janvier 2021 et l'arrêté du 23 décembre 2020 (JORF n°0312 du 26 décembre 2020, texte n° 68) règlementent une nouvelle méthode de résolution des différends adoptée par les plus grandes plateformes de vente de marchandises en ligne telles qu'Ebay et Alibaba. Cette technique utilise un algorithme qui joue le rôle de conciliateur, de médiateur ou d'arbitre et qui énonce une solution ou une proposition de solution. Le client contacte le service en ligne, expose son différend et l'algorithme communique son résultat. L'intervention humaine est alternative et ne se manifeste qu'en cas d'échec de l'algorithme. Le texte pose, une nouvelle fois, la question de la place de l'homme dans la justice alternative. Seuls ceux qui proposent cette méthode spécifique de résolution sont concernés par ce dispositif. En application de ce dispositif a été créée la marque Certilis. Le but poursuivi par la norme est de garantir aux utilisateurs des récents services en ligne de règlement des différends leur respect des normes encadrant la pratique. La CMCAO exclut ce type de mécanisme et accorde une place centrale à la décision humaine.

¹ Cour d'appel de Colmar, 1e civ, 21 Novembre 2018, 18-25.966

² Cass., ch. mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423

COMMENTAIRE DE JURISPRUDENCE

Niels SAINT-TITE- *Juriste*

Cass. Soc. 17 février 2021, n° 19-20.635

Portée de la transaction en droit du travail.

Le contentieux du travail se prête particulièrement bien à la transaction en pratique. Toutefois, des incertitudes continuent à être tranchées par la Cour de cassation relativement à l'autorité et aux effets qu'elle emporte. La décision commentée prend sa source dans le licenciement pour motifs personnels d'une assistante du service ressources humaines engagée 27 ans plus tôt, et suite auquel a été conclu un protocole transactionnel le 30 mars 2015 portant sur l'ensemble des conséquences de l'exécution et de la rupture du contrat de travail liant l'employée à son ancienne société. En juillet 2016, l'ancienne salariée saisit la juridiction prud'homale en vue du paiement de la contrepartie financière résultant de la clause de non-concurrence. La Cour d'appel de Grenoble fera droit à sa demande dans un arrêt rendu le 25 juin 2019, ce que l'employeur contestera lors d'un pourvoi accueilli par la chambre sociale de la Cour de cassation le 17 février 2021.

Pour contrer la décision de la Cour d'appel selon laquelle l'indemnité de non-concurrence n'avait pas été traitée lors de la transaction et rejeter toute obligation de paiement supplémentaire, le demandeur cite les constatations des juges du fond visant plus ou moins largement les différents litiges que les parties ont intégrés à la transaction et notamment celles selon lesquelles la transaction a été conclue « pour mettre fin à tout différend né ou à naître des rapports de droit ou de fait ayant pu exister » dans la relation de travail.

Dès lors, la Cour de cassation a pu se prononcer sur l'étendue de l'autorité d'une transaction mettant fin à des relations de travail de manière forfaitaire et définitive.

La Haute Juridiction rejoint le point de vue de l'employeur et casse l'arrêt d'appel, estimant que les concessions réciproques réalisées à titre transactionnel, forfaitaire et définitif, ont été faites en vue de mettre fin à tout différend né ou à naître des rapports de droit ou de fait ayant pu exister entre l'employeur et la salariée. Par conséquent, la question relative à la clause de non-concurrence est comprise dans l'objet de la transaction dont l'autorité empêche les juges de se prononcer sur le paiement de sa contrepartie.

Ainsi, nous rappellerons qu'une transaction peut permettre d'éviter l'éclosion de tout différend lié aux relations qui lui sont antérieures (I. Caractère extinctif de la transaction). Nous énoncerons ensuite que la fin du conflit concerne les points implicitement ou tacitement couverts (II. Caractère extensif de l'autorité de la transaction).

I- Caractère extinctif de la transaction

La transaction a vocation à mettre fin ou à éviter la survenance de litiges lors d'une relation. Par le jeu de concessions réciproques, les parties entérinent un accord et passent à autre chose. Cette technique est régulièrement utilisée lors de ruptures de contrats de travail. Lorsque les parties déclarent être remplies de tous leurs droits, mettre fin à tout différend né ou à naître et renoncer à toute action relativement à l'exécution ou à la rupture du contrat de travail, elles entendent par là régler toutes les questions liées et ne plus avoir à y revenir. En principe, l'objet doit être déterminé. Par exemple, il avait été jugé que dès lors que l'accord transactionnel conclu entre le bailleur et le preneur d'un bail commercial fixait une indemnité à la charge du preneur pour mettre fin au bail sans se prononcer sur le sort du dépôt de garantie versé par le preneur, il s'en déduisait que le dépôt n'avait pas été un élément transigé et qu'en conséquence il restait acquis au bailleur¹. L'article 2049 du Code civil dispose en effet « Les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris ». Dans un arrêt ancien, la Cour de cassation avait, dans le même esprit, énoncé que « les clauses contractuelles destinées à trouver application postérieurement à la rupture du contrat de travail ne sont pas, sauf dispositions expressement contraires, affectées par la transaction

¹ Cass. 3e civ. 11-4-2019 n° 18-16.061 FS-PBI : RJDA 6/19 n° 415

intervenue entre les parties pour régler les conséquences d'un licenciement »². Elle en déduisait que, l'accord intervenu entre les parties ne faisant pas mention de l'existence d'une clause de non-concurrence et ne contenant aucune indication quant à l'intention éventuelle de l'employeur de renoncer au bénéfice de cette clause, ni quant à celle de la salariée de renoncer à l'indemnité due en contrepartie, il n'empêchait pas la salariée de réclamer à l'employeur le paiement de la contrepartie financière. La décision commentée ne s'inscrit pas dans ce courant.

II- Caractère extensif de l'autorité de la transaction

Les juridictions du fond ont dû examiner à nouveau un point du contrat de travail, la clause de non-concurrence, et plus particulièrement le paiement de sa contrepartie. Si les transactions mettent fin à un différend, ce sont les parties qui définissent son étendue. L'objet de la transaction prend alors toute son importance. Ainsi, il a d'abord été considéré par la Cour d'appel qu'à défaut de mention expresse de la clause de non-concurrence dans le protocole d'accord, celle-ci n'avait pas fait l'objet d'un règlement transactionnel. Les juges d'appel avaient refusé de considérer la question de la clause de non-concurrence comme tranchée, en l'absence de mention expresse. Il reste que si cette clause a pu faire l'objet d'un procès allant jusqu'en cassation, c'est parce qu'elle suscite des questionnements sur sa portée. Sa survie et son application lorsque le contrat de travail a pris fin par transaction représentait un enjeu concret pour l'ancienne employée. Devant la Cour d'appel, les Conseillers relèvent un doute bien réel. La requérante souhaitait conserver l'efficacité de la clause de non-concurrence afin qu'elle se voie attribuer l'indemnité qui en est la contrepartie. Toutefois, en agissant ainsi, l'ancienne employée a réintroduit un litige concernant le contrat de travail, objet de la transaction, ce qui n'est en l'occurrence plus permis.

Les Hauts Conseillers censurent l'analyse de la salariée. Les parties, en mentionnant le contrat, les relations de travail et la rupture de ceux-ci, entendaient aussi purger les litiges relatifs à la clause de non-concurrence. D'autant qu'il est relevé que leurs concessions réciproques étaient

réalisées à titre transactionnel, forfaitaire et définitif. Cette formulation, non équivoque, exprimait la volonté de faire cesser complètement la relation litigieuse, d'éteindre tout conflit. L'article 2052 du code civil confère à la transaction une autorité qui fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet. Une demande ne peut pas être réintroduite si son objet a déjà été transigé. Conséquence de la décision : les points transigés, même implicitement ou tacitement, ne permettent plus aux parties de revenir à la charge. Selon l'article 2049 du code civil, l'objet de la transaction peut être mentionné spécialement aussi bien que généralement ; il peut même être la suite nécessaire de ce qui est exprimé dans le protocole, autrement dit être en partie tacite.

La Cour de cassation renvoie l'affaire. Ce sera à la Cour de renvoi d'évaluer l'efficacité de cette clause. La solution est sévère pour la salariée et elle repose sur des fondements de droit civil des contrats. Il apparaît pourtant que le droit du travail comporte des singularités qui sont de moins en moins prises en compte. La salariée qui aurait respecté la clause inutilement ne pourrait le faire valoir, et aurait simplement perdu son temps, ce qui attire l'attention sur la nécessité de bien rédiger le protocole d'accord sur les points qui peuvent avoir des conséquences futures.

² Cass. Soc., 12 oct. 1999, n° 96-43.020

COMMENTAIRE DE JURISPRUDENCE

Nathalie PETIT-CLAUSTRE

Chargée d'enseignement à l'Université Toulouse 1 Capitole

Cass. 1^{ère} Civ., 4 mars 2020, n°18-22.019

Clause d'arbitrage pathologique : à formulation choisie, problèmes choisis

Pour Michel Bouthot « *un bon mot peut sauver une vie tandis qu'un mauvais peut détruire à jamais une existence* »¹, en arbitrage il serait plus juste d'énoncer qu'une bonne formulation peut sauver un arbitrage tandis qu'une mauvaise peut détruire à jamais son existence.

Une société nationale de droit indien a conclu avec une autre société indienne un contrat commercial comportant une clause compromissoire aux termes de laquelle « *la procédure d'arbitrage sera conduite conformément aux règles et procédures de la Chambre de commerce internationale (CCI) ou de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)* » et dont le siège d'arbitrage est fixé à New Delhi. Alors qu'un différend apparaît la société indienne va saisir la CCI d'une demande d'arbitrage et aux fins de constitution d'un tribunal arbitral. La société nationale indienne va s'opposer à l'intervention de cette institution à tous les stades de la procédure.

Dès le dépôt de la requête d'arbitrage auprès de la CCI la société nationale indienne va saisir le juge d'appui indien car elle estime que la désignation du tribunal arbitral revient aux parties et non à une institution. Ensuite devant le tribunal arbitral, la société nationale indienne soulève l'incompétence du tribunal arbitral car la clause compromissoire serait une clause pathologique en ce qu'elle ne prévoit pas les modalités de choix entre les deux règlements d'arbitrage; elle serait donc inapplicable à défaut d'un commun accord des parties. Enfin, devant le juge français de l'*exequatur*, la société nationale indienne argue de l'irrégularité de la constitution du tribunal arbitral ainsi que son incompétence car la clause

compromissoire serait une clause d'arbitrage ad hoc qui impliquerait que les parties désignent d'un commun accord le tribunal arbitral et, à défaut de consensus, que le juge d'appui indien le désigne.

La Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 27 mars 2018 va accorder l'*exequatur* à la sentence arbitrale et rejeter l'argumentation de la société nationale indienne qui serait contraire à l'argumentation présentée devant le tribunal arbitral, la société nationale était de ce fait « *réputée avoir renoncé à se prévaloir des irrégularités qu'elle n'avait pas invoquées devant le tribunal arbitral* » en application de l'article 1466 du Code de procédure civile.

Ainsi l'invocation du caractère pathologique d'une clause compromissoire devant le tribunal arbitral revient-elle à se prévaloir d'une irrégularité dans sa constitution ?

La juridiction du Quai de l'Horloge a répondu par l'affirmative dans son arrêt du 4 mars 2020, non seulement l'invocation du caractère pathologique d'une telle clause compromissoire « *emportait nécessairement contestation de la régularité de la composition du tribunal arbitral* » mais encore une telle clause prévoyant une option alternative du choix des règles applicables à la procédure arbitrale « *impliquait un arbitrage ad hoc* ». Alors que la Cour d'appel de Paris avait brandi l'étendard de l'argumentation contradictoire de la société nationale indienne, la Cour de cassation vient une fois de plus contredire les juges d'appel. Ce faisant, alors qu'une clause compromissoire était manifestement pathologique (I) la Cour de cassation a préféré procéder à son sauvetage (II).

I. Une clause compromissoire en péril

Une clause d'arbitrage est pathologique lorsque, par sa rédaction défectueuse, imprécise ou incomplète, elle va entraver le bon déroulement de l'arbitrage et dans certains cas l'empêcher. La clause litigieuse en créant une option entre le règlement d'arbitrage de la CCI et celui de la CNUDCI, sans pour autant préciser les modalités pratiques de ce choix, était par nature pathologique. Pour les juges d'appel l'invocation du caractère pathologique de la clause devant le tribunal arbitral ne constituait pas une contestation d'une irrégularité de composition

¹ M. Bouthot, *Chemins parsemés d'immortelles pensées*, 1999

dudit tribunal, et même pis, cette argumentation était contraire à celle présentée devant le juge de l'*exequatur*.

La Cour de cassation ne va pas avoir la même lecture, la clause litigieuse prévoyait un arbitrage *ad hoc* qui nécessitait un accord entre les parties dans le choix du règlement applicable mais la clause, en ne prévoyant pas la procédure de constitution de cet arbitrage *ad hoc*, était donc pathologique. La clause posait un résultat attendu mais sans préciser le mécanisme conduisant à ce résultat.

Cette clause d'arbitrage pathologique ne faisait pas obstacle à un arbitrage mais elle entravait grandement sa mise en place. Les parties d'un commun accord auraient dû désigner un tribunal arbitral et choisir quel règlement d'arbitrage appliquer, à défaut d'accord, il aurait été nécessaire de saisir le juge d'appui. La solution apportée par la Cour de cassation permet ainsi de sauver la clause pathologique et donc de sauver l'arbitrage.

II. Le sauvetage de la clause pathologique

Toute clause pathologique ne peut pas être sauvée par les juges, en effet les clauses qui rendent impossible la réalisation de l'arbitrage comme par exemple celles désignant une institution arbitrale qui n'a jamais existé, ne pourront pas être sauvées et permettre un arbitrage. Dans cette affaire, la Cour de cassation a procédé, comme de nombreuses fois auparavant, au sauvetage de la clause pathologique en utilisant deux principes clés pour rechercher la volonté réelle des parties². D'une part, le principe de l'effet utile qui présume que les parties, en insérant une clause d'arbitrage, ont eu l'intention d'établir un mécanisme efficace d'arbitrage et d'autre part, le principe d'interprétation de bonne foi qui implique de rechercher la volonté réelle des parties au-delà du sens littéral des termes.

Ainsi dans cette affaire la Haute juridiction a adhéré à l'analyse proposée par la société nationale indienne, en déterminant que « *l'option alternative du choix des règles de la CNUDCI offerte par la clause impliquait un arbitrage ad hoc* », la Cour de cassation a ainsi sauvé la clause pathologique d'une rédaction imprécise entravant le bon déroulement de l'arbitrage.

Cette décision est une nouvelle vitrine destinée aux rédacteurs de clauses, en effet, l'importance de la rédaction d'une clause d'arbitrage a souvent été sous-estimée alors qu'elle constitue l'une des clés d'un arbitrage réussi.



² Paris, 1^{ère} Ch., 7 février 2002, *SA Alfac c/ Sté Irmac Importacao*, Rev. arb. 2002. 413, note Fouchard.