

Jurisprudence commentée

RLDA 6052

Un nouvel exemple de la nature exceptionnelle du caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité d'une clause d'arbitrage

Par un arrêt du 21 septembre 2016, la première chambre civile de la Cour de cassation, au visa de l'article 1448, alinéa 1, du code de procédure civile, a jugé qu'« *en procédant à un examen substantiel et approfondi des négociations contractuelles entre les parties pour conclure à leur absence d'engagement* », la cour d'appel avait statué « *par des motifs impropres à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire* ».

Cette décision confirme la jurisprudence de la Cour de cassation qui insiste sur le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause compromissoire.

Cass. 1^{re} civ., 21 sept. 2016, n° 15-28.941, P+B

Les faits étaient les suivants :

Deux sociétés étrangères, d'un même groupe, représentées par vos serviteurs, avaient entamé des négociations avec une société française pour la signature d'un accord de développement d'une technologie médicale. Les négociations n'ont finalement pas abouti. La société française a ensuite été mise en liquidation judiciaire.

Le liquidateur a, alors, assigné les sociétés étrangères sur le fondement de leur responsabilité contractuelle, au motif qu'il y avait eu accord des parties et que le projet de contrat avait été exécuté.

Or, ce projet de contrat contenait une clause compromissoire.

En première instance, les sociétés étrangères ont soulevé l'incompétence des juridictions françaises sur le fondement de l'article 1448, alinéa 1, du code de procédure

civile. Le tribunal de commerce de Cannes s'est, cependant, déclaré compétent au motif que le contrat n'était pas entré en vigueur, car non signé, sous-entendant que la clause compromissoire était donc manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

Les sociétés défenderesses ont formé contredit devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence qui, dans un arrêt du 5 novembre 2015⁽¹⁾, a confirmé le jugement au motif que si l'action de la société française avait « *effectivement été engagée en référence globale à l'accord (...), seules les clauses de ce dernier autres que celle d'arbitrage avaient déjà fait l'objet de discussion et d'acceptation et liaient les parties* » et, qu'ainsi, il n'y avait pas « *d'engagement contractuel sur une clause d'arbitrage* ».

(1) CA Aix-en-Provence, 5 nov. 2015, n° 14/24336.



Par Alexandre
BAILLY
Avocat associé
Morgan Lewis



Et Xavier
HARANGER
Avocat
Morgan Lewis

C'est dans ce contexte que les sociétés étrangères ont formé le pourvoi objet de l'arrêt de cassation du 21 septembre 2016.

Après un rappel de la règle de l'article 1448, alinéa 1, du code de procédure civile, nous précisons la particularité de la solution dégagée par cet arrêt.

I. – Rappel de la règle du caractère manifeste de la nullité ou l'inapplicabilité d'une clause compromissoire

L'article 1448, alinéa 1, du code de procédure civile dispose que « lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ».

La compétence de la juridiction étatique peut donc être retenue uniquement si, cumulativement, un tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la clause compromissoire est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. Il s'agit là de l'effet négatif du principe compétence-compétence selon lequel il « appartient à l'arbitre de statuer, par priorité, sous le contrôle du juge de l'annulation, sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage »⁽²⁾.

La jurisprudence a donné de nombreux exemples de cas dans lesquels la compétence de la juridiction étatique doit être écartée quand le caractère manifestement nul ou manifestement inapplicable de la clause d'arbitrage n'est pas démontré.

Par exemple, il a été jugé que :

- il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, celui-ci pouvant seul décider si la nature pré-contractuelle de la faute invoquée relève ou non de sa compétence⁽³⁾. Ainsi, le fait que l'action en justice se fonde sur un fait générateur antérieur à toute relation contractuelle entre les parties à un contrat de franchise contenant une clause compromissoire n'est pas de nature à caractériser la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause⁽⁴⁾ ;
- la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage n'est pas constatée par le seul fait qu'il y aurait un doute sur la nature contractuelle ou délic-

tuelle du litige⁽⁵⁾ ou au motif que le litige ne porterait pas sur l'interprétation du contrat seule visée par la clause compromissoire⁽⁶⁾ ;

- ne sont pas non plus de nature à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage, les termes d'une convention qui désignent de façon impérative deux institutions arbitrales⁽⁷⁾ ou le refus, par un arbitre désigné, de sa mission⁽⁸⁾.

Ou encore récemment que :

- les dispositions impératives de l'article 1843-4 du code civil (sur la cession des droits sociaux d'un associé) ne pouvaient faire échec au jeu de la clause d'arbitrage⁽⁹⁾ ;
- l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire ne pouvait se déduire de l'impossibilité alléguée par le liquidateur judiciaire de faire face au coût de la procédure d'arbitrage⁽¹⁰⁾ ;
- une clause donnant compétence au Tribunal arbitral du sport figurant dans un formulaire de participation aux bénéficiaires de la coupe du monde de football 2010 ne pouvait voir son champ d'application limité aux seuls litiges relatifs à cette participation⁽¹¹⁾.

En réalité, les cas d'inapplicabilité ou de nullité manifeste de la clause d'arbitrage sont extrêmement rares si bien que, en 2012, le professeur Thomas Clay n'en relevait que six⁽¹²⁾.

On notera toutefois que, très récemment, une clause compromissoire a pu être jugée manifestement inapplicable dans un cas où le juge avait été saisi par le ministre chargé de l'économie comme l'y autorise l'article L. 442-6, III, du code de commerce. Dans ce litige, la première chambre civile de la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir caractérisé l'inapplicabilité manifeste au litige de la convention d'arbitrage du contrat de distribution en soulignant que le ministre n'agissait pas « *comme partie au contrat ni sur le fondement de celui-ci* » et que

(2) Cass. 1^{re} civ., 11 juil. 2006, n° 05-18.681, Bull. civ. I, n° 365. Voir égal. Cass. 1^{re} civ., 24 juin 2015, n° 14-17.547 ; CA Paris, 27 janv. 2015, n° 14/06977 ; Cass. 2^e civ., 20 déc. 2001, n° 00-11.852.

(3) CA Paris, 30 juin 2004, Revue de l'arbitrage 2005, p. 673.

(4) Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 2006, n° 05-17.460, Bull. civ. I, n° 338.

(5) CA Paris, 2 juin 2004, Revue de l'arbitrage 2005, p. 673. Voir égal. Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 2005, n° 02-18.512, Bull. civ. I, n° 402 (pour un cas de concurrence déloyale) ; Cass. 1^{re} civ., 25 avr. 2006, n° 05-15.528, Bull. civ. I, n° 196 (pour un cas de rupture des pourparlers). De même n'est pas manifestement inapplicable une clause compromissoire figurant dans un contrat lorsque le litige porte sur une rupture brutale des relations commerciales établies, action de nature délictuelle : CA Paris, 18 mars 2014, n° 12/13601.

(6) Cass. 1^{re} civ., 29 janv. 2014, n° 12-29.086.

(7) Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2007, n° 06-14.107, Bull. civ. I, n° 62.

(8) Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 2015, n° 14-17.056.

(9) CA Paris, 14 juin 2016, n° 15/11083.

(10) Cass. 1^{re} civ., 13 juill. 2016, n° 15-19.389, publié au *Bulletin*. Voir égal. pour une nullité invoquée au motif d'une méconnaissance de l'accès au juge et d'un déni de justice : CA Paris, 18 mars 2014, n° 12/13601.

(11) Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2016, n° 15-19.521, publié au *Bulletin*.

(12) JDI 2012, p. 443, « Liberté, Égalité, Efficacité » : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage, commentaire sous l'article 1448 du code de procédure civile. Pour un exemple : Cass. com., 13 juin 2006, n° 03-16.695.

cette action, « *attribuée au titre d'une mission de gardien de l'ordre public économique pour protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence est une action autonome dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques au regard de sa nature et de son objet* »⁽¹³⁾.

II. – L'arrêt du 21 septembre 2016 et la confirmation de l'importance du caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité

Dans cet arrêt, pour rejeter l'exception d'incompétence, la Cour de cassation a d'abord relevé que, « *l'arrêt retient que la clause d'arbitrage n'a jamais été discutée ou envisagée entre les parties tout au long des années 2004 et 2005, que sa présence dans l'accord du 4 février 2005 est entièrement nouvelle, que l'absence de signature de cet accord caractérise incontestablement une absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage, ce qui exclut la saisine de l'arbitre en l'absence de tout engagement contractuel* ».

En d'autres termes, la Cour de cassation a considéré que la cour d'appel d'Aix-en-Provence s'était livrée à une véritable analyse des négociations contractuelles pour considérer que les parties n'avaient pas formulé leur volonté de recourir à l'arbitrage, ce qui, selon la cour d'appel, excluait la saisine d'un arbitre.

La Cour de cassation souligne « *qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire stipulée dans l'accord en procédant à un examen substantiel et approfondi des négociations contractuelles entre les parties pour conclure à leur absence d'engagement, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

La Cour de cassation souligne ainsi que l'examen approfondi fait par la cour d'appel montre justement que l'inapplicabilité n'avait aucun caractère manifeste puisque, pour être constatée, la cour d'appel a dû se plonger dans l'interprétation des négociations précontractuelles.

On notera que la Cour de cassation n'analyse pas si le projet de contrat avait ou non été signé, ce fait ne suffisant pas à rendre manifestement inapplicable une clause compromissoire⁽¹⁴⁾.

La Cour de cassation s'est fondée sur la seule absence de caractère manifeste de l'inapplicabilité de la clause, en relevant que c'est uniquement en procédant à un examen « *substantiel et approfondi des négociations contractuelles* »

entre les parties » que la cour d'appel a pu se convaincre de l'absence d'engagement des parties sur la clause compromissoire.

Or, s'il pouvait y avoir un doute sur l'accord des parties sur la clause compromissoire, ce doute devait nécessairement profiter aux sociétés étrangères qui invoquaient l'existence d'une clause compromissoire.

Comme le rappelle la doctrine, « *le doute profite nécessairement à la compétence arbitrale pour apprécier l'applicabilité de la clause, qui perd son caractère manifeste* »⁽¹⁵⁾. En d'autres termes, « *l'inapplicabilité manifeste se constate prima facie. Elle ne suscite aucun doute tellement elle est évidente* »⁽¹⁶⁾.

C'est donc une nouvelle illustration de ce principe que donne ici la Cour de cassation, en soulignant implicitement que l'inapplicabilité de la clause ne pouvait justement pas être manifeste puisqu'elle avait nécessité un « *examen substantiel et approfondi des négociations contractuelles* ».

La première chambre civile s'était déjà prononcée en ce sens, par un arrêt du 24 février 2016, validant une attitude inverse d'une cour d'appel, qui avait jugé que « *l'inapplicabilité invoquée n'était pas manifeste* », notamment parce que l'appréciation de celle-ci nécessitait « *une interprétation de la convention et une recherche de la commune intention des parties* »⁽¹⁷⁾.

La solution n'est pas sans rappeler la jurisprudence en matière de référé-provision selon laquelle il existe une contestation sérieuse faisant échec à la demande de provision dès lors que le juge des référés doit se pencher sur l'interprétation du contrat et la volonté des parties⁽¹⁸⁾.

À l'instar du juge des référés, le juge saisi de la nullité ou de l'inapplicabilité manifestes d'une clause compromissoire est un juge de l'évidence et toute interprétation du contrat ou des négociations précontractuelles fait échec au caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage.

Par cet arrêt, la Cour de cassation envoie un signal clair aux juges du fond qui penseraient pouvoir déduire l'inapplicabilité ou la nullité d'une clause compromissoire d'un examen substantiel et approfondi de l'absence d'accord des parties sur la convention d'arbitrage. ■

(13) Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2016, n° 15-21.811, publié au *Bulletin*.

(14) CA Rennes, 12 mai 2009, n° 09/00052.

(15) J.-Cl. Procédure Civile, Fasc. 1034 Arbitrage, n° 107, 30 sept. 2009 mis à jour le 24 février 2016, Pr. Éric Loquin.

(16) J.-Cl. Procédure Civile, Fasc. 1034 Arbitrage, n° 105, 30 sept. 2009 mis à jour le 24 février 2016, Pr. Éric Loquin.

(17) Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 2016, n° 14-26.964, publié au *Bulletin*.

(18) Pour exemple, voir Cass. 3^e civ., 22 mai 2013, n° 12-18.925 ; Cass. com., 19 janv. 1988, n° 85-17.918, Bull. civ. IV, n° 45 ; Cass. com., 9 avr. 2013, n° 12-15.556.