

RETOUR SUR LE PRINCIPE « COMPETENCE-COMPETENCE »

LAURENCE RAVILLON

Professeur à l'Université de Bourgogne

Directrice du CREDIMI

Doyen de la Faculté de Droit et de Science Politique de Dijon

Le thème de la compétence-compétence a été et est toujours au cœur de nombreux écrits doctrinaux, de même qu'il est au cœur de lois¹ et conventions internationales sur l'arbitrage et de nombreuses décisions jurisprudentielles, qui ont multiplié, en tout cas, en droit français, leurs « efforts pour élargir le domaine d'application du principe compétence-compétence en l'étendant à l'arbitrage international (...) et pour faire une application stricte sinon restrictive des réserves apportées à ce principe »². Le principe est en lien avec l'arbitrabilité, mais aussi avec l'autonomie, puisque compétence-compétence et autonomie convergent, l'autonomie protégeant « ainsi la clause d'arbitrage contre les causes d'inefficacité procédurale liées à une contestation de la compétence arbitrale »³. L'évolution de la jurisprudence a permis au principe compétence-compétence de s'affirmer et de venir en renfort d'une justice arbitrale, devenue justice de droit commun en droit des affaires internationales.

Le principe compétence-compétence va permettre à l'arbitre d'exercer sa mission et de statuer au fond, même si cela n'ôte pas aux juges étatiques le pouvoir de contrôler l'appréciation portée par l'arbitre sur sa compétence au moment des recours exercés contre la sentence ou contre l'ordonnance d'*exequatur*⁴, puisque de la validité de la clause dépend la compétence de l'arbitre pour juge du litige. Le juge vérifiera si l'arbitre a statué sans

¹ V. les articles 1448 et art. 1465 applicables en la matière : le premier prévoit que « Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétence sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable (...) » ; le second dispose que « Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel ». Ces deux articles consacrent donc la jurisprudence antérieure.

² G. KHAIRALLAH, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 26 octobre 2011, *RCDIP*, 2012, p. 879 et s., § 3.

³ J.-B. RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », in *Journée d'hommage et d'études à la mémoire de Philippe Fouchard, Comité français de l'arbitrage, Rev. arb.*, 2005, n° 2, p. 314.

⁴ Art. 1520-1° du Code de procédure civile.

convention d'arbitrage et la continuité justice arbitrale et justice étatique sera ainsi assurée.

Si l'effet positif du principe s'adresse aux arbitres, qui peuvent poursuivre leur mission même si leur compétence est contestée, l'effet négatif vise, lui, les juridictions étatiques, qui vont être invitées à renvoyer les parties à l'arbitrage, de façon à mettre les arbitres en mesure de statuer les premiers sur la question de la validité et de la portée de la convention d'arbitrage, que l'arbitrage ait son siège en France ou à l'étranger, la confiance en l'arbitrage devant prévaloir dans tous les cas. La Cour de cassation cherche à assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage, ce qui constitue, selon les termes du Professeur Gaillard: « *[l]e véritable signe de la maturité d'un droit par rapport à l'arbitrage* »⁵.

Néanmoins, le principe est présenté en termes de complémentarité des deux types de justice, arbitres et juges étant parfois présentés comme des « frères de lait » et non pas comme des frères ennemis⁶, les seconds pouvant venir au soutien de la procédure arbitrale au début de la procédure, pendant son déroulement (grâce au juge d'appui dans ces deux cas) ou à son issue.

En réalité, la notion de compétence-compétence est finalement, au moins concernant certains de ses aspects car elle est polymorphe, assez équivoque. Le caractère équivoque réside déjà dans la notion source d'inspiration du principe, la notion allemande de kompetenz-kompetenz, qui n'a pas le sens conféré au principe compétence-compétence dans l'acception du droit français⁷. Il réside également dans les différentes facettes du principe, qui en brouillent la lecture en droit comparé. Cela a pu faire dire aux professeurs Fouchard, Gaillard et Goldman, que le principe compétence-compétence était « *un des plus importants, mais également l'un des plus délicats de l'arbitrage international* »⁸. Mme Boucaron-Nardetto évoque, quant à elle, « *“un objet juridique non identifié” ou, tout au moins mal identifié* »⁹.

Dans l'analyse du principe, nous allons osciller entre la validité de la clause d'arbitrage et ses effets. Les facettes du principe (I) et les exceptions et limites apportées à ce dernier (II) seront étudiées :

⁵ « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2007, p. 709.

⁶ A. de FONTMICHÉL, « Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge étatique », *Cahiers de l'arbitrage*, 2010, n° 2, pp. 407 et s., § 4.

⁷ Ce principe « impliquerait le pouvoir des arbitres de juger en dernier ressort, et sans contrôle judiciaire aucun de leur compétence », Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 410, § 651.

⁸ *Ibid.*, p. 409, § 650.

⁹ « La compétence-compétence : le point de vue français », *Cahiers de l'arbitrage*, janvier 2013, n° 1, pp. 37 et s., § 5.

I. LES FACETTES DU PRINCIPE COMPETENCE-COMPETENCE

La force du principe posé est remarquable, principe marqué par le pragmatisme, puisqu'il va permettre de veiller à ce que le déroulement de l'arbitrage ne soit pas retardé. Dès lors que les arbitres statueront de toute façon sous le contrôle ultérieur du juge étatique, on ne sacrifie ainsi pas les intérêts de la partie qui se prévaut peut-être légitimement de l'inexistence de la clause. Cette force est illustrée par l'effet positif du principe (A) mais aussi et surtout par son effet négatif (B) :

A. L'effet positif du principe compétence-compétence

Cet effet, qui n'est pas discuté, permet aux arbitres dont la compétence est contestée de se prononcer sur leur compétence. Il découle de la combinaison du principe de validité de la clause d'arbitrage et du principe compétence-compétence¹⁰.

Il est présenté par la jurisprudence comme une règle matérielle du commerce international, de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'interroger sur le droit applicable. Ainsi, dans l'arrêt *Jules Verne*, la Cour de cassation a jugé que « *le principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence [est] une règle matérielle du droit français de l'arbitrage international qui consacre (...) l'efficacité de l'arbitrage en permettant à l'arbitre, saisi d'une contestation de son pouvoir juridictionnel, de la trancher par priorité, (...) et ce quel que soit le lieu du siège de l'arbitrage* »¹¹. Cette solution, affirmée avec force en droit français, justifiée par la fonction juridictionnelle exercée par l'arbitre, est reprise en droit comparé (lois suisse, anglaise, belge, allemande, tunisienne...), mais aussi par des sources internationales (art. V (3) de la Convention européenne de Genève sur l'arbitrage commercial international, art. 41 § 1 de la Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats) ou privées (règlements d'arbitrage CCI – art. 6 § 3 –, CNUDCI – art. 23 § 1 –, *London Court of International Arbitration*, *American Arbitration Association*). Elle est également consacrée par des sources jurisprudentielles, étatiques comme arbitrales¹².

¹⁰ « La combinaison des principes de validité de la convention d'arbitrage et de “compétence-compétence” (selon l'article 1466 du code de procédure civile, l'arbitre peut statuer sur la validité ou les limites de son investiture lorsque celle-ci est contestée par l'une des parties dans son principe ou son étendue) interdit au juge étatique français de procéder à un examen substantiel de la convention d'arbitrage. L'arbitre est donc compétent pour juger de sa propre compétence », I. BEYNEIX, L.-CI. LEMMET, « L'arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends ? », *RTD com.*, 2012, pp. 225 et s., § 24.

¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2006, *Rev. arb.*, 2006, p. 945, note E. GAILLARD.

¹² E. JOLIVET, « L'incompétence de l'arbitre », *Les cahiers de l'arbitrage*, vol. IV, Paris, Pedone, 2008, pp. 345-350. V. aussi Th. CLAY, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, p. 107.

Cet effet positif concerne les parties comme l'arbitre :

- les parties d'abord : ces dernières doivent donc, en cas de litige, se soumettre à la compétence arbitrale. Cela explique qu'en présence d'une partie récalcitrante, on ait mis en place des mécanismes afin que l'arbitrage ne soit pas paralysé¹³. Cela explique également l'effacement du rôle traditionnellement joué par les privilèges et immunités.

- l'arbitre ensuite : investi par les parties, il recevra compétence pour trancher le litige et pour se prononcer sur sa propre compétence, qu'elle soit contestée au regard de la validité de la clause, de l'inarbitrabilité du litige, de l'étendue de la clause..., et qu'elle le soit devant un juge étatique saisi par une partie au mépris de la clause, ou devant le tribunal arbitral lui-même. Sur ce point, l'effet positif du principe compétence-compétence est consacré par l'article 1465 du Code de procédure civile, en vertu duquel « [l]e tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel », auquel renvoie l'article 1506-3° en matière internationale.

Auparavant, la Cour d'appel de Paris avait par exemple jugé, dans un arrêt du 28 février 2001¹⁴, qu'il convenait de donner « pouvoir aux arbitres, non seulement de se prononcer sur un vice affectant directement la convention d'arbitrage, mais aussi d'apprécier l'existence même de cette convention ou de déterminer les parties auxquelles elle est applicable ».

En raison de cette large consécration, le principe compétence-compétence est parfois présenté comme « unanimement reconnu en droit comparé »¹⁵ et comme « une conquête majeure de l'arbitrage »¹⁶. Le fondement de cette consécration réside dans la nature juridictionnelle de la mission de l'arbitre, qui lui permet, comme le ferait un juge étatique, de se prononcer sur sa propre compétence, et surtout dans l'efficacité recherchée du recours à l'arbitrage en droit du commerce international, l'inverse étant propre à voir se développer les manœuvres dilatoires destinées à retarder voire obstruer la procédure arbitrale.

B. L'effet négatif du principe compétence-compétence

L'effet négatif¹⁷, quant à lui, s'adresse aux juridictions étatiques. Il est moins largement admis, malgré une progression nette dans certains Etats. Il permet de gérer les contentieux parallèles puisqu'il donne une compétence

exclusive au juge arbitral, qu'il n'y a pas lieu de suspecter de ne pas être à même d'apprécier les limites de sa compétence.

Ainsi, la compétence de l'arbitre a pour corollaire l'incompétence du juge étatique, la neutralisation de son pouvoir de juger le même litige, ce qui oblige le juge étatique saisi (pour un contentieux sur la constitution du tribunal arbitral ou au motif de l'absence ou de la nullité de la clause d'arbitrage), à décliner sa compétence donc à « ne pas se prononcer sur le fond des questions qui commandent la compétence des arbitres avant que ceux-ci n'aient eu l'occasion de le faire »¹⁸, et à renvoyer les parties devant l'arbitre. Là encore, le souci d'efficacité de l'arbitrage est au cœur des préoccupations, efficacité conditionnée par la mise en œuvre de ce principe.

De manière trompeuse, on considère que cet effet négatif a été consacré par certains textes internationaux, comme la Convention de Genève, qui prévoit, dans son article VI § 3 que « lorsque, avant tout recours à un tribunal judiciaire, une procédure d'arbitrage aura été introduite, les tribunaux judiciaires des Etats contractants, saisis ultérieurement d'une demande portant sur le même différend entre les mêmes parties ou d'une demande en constatation de l'inexistence, de la nullité ou de la caducité de la convention d'arbitrage, sursoient, sauf motifs graves, à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale », la Convention de New York, ou la loi type CNUDCI dans son article 8, mais cette consécration de l'effet négatif du principe compétence-compétence est un trompe l'œil et est éloignée de la conception française

Ce principe est également consacré, cette fois de manière plus ferme, par certains textes nationaux, par exemple aux Pays-Bas, en Suisse, en Belgique ou encore en Tunisie. En France, c'est l'article 1448 du Code de procédure civile auquel renvoie l'article 1506-1, qui prévoit que « lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, 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 inapplicable ».

Il est aussi consacré, au moins en France, par la jurisprudence. Dans l'arrêt *Zanzi*, on pouvait lire que la Cour d'appel « devait laisser l'arbitre statuer sur sa propre compétence »¹⁹. Si le différend n'a pas encore été porté devant un tribunal arbitral, le principe s'applique également, de sorte que les juridictions étatiques doivent se déclarer incompétentes sauf si la clause est

¹³ V. par exemple l'article 25.b de la loi type CNUDCI, relatif au défaut d'une partie. – V. aussi la loi allemande ou encore la procédure par défaut de la pratique jurisprudentielle française et arbitrale.

¹⁴ *Rev. arb.*, 2001, somm. jurispr., p. 236.

¹⁵ *Traité de droit du commerce international*, sous la dir. de J. BEGUIN et M. MENJUCQ, Paris, LexisNexis, 2011, p. 1066, n° 1810.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ E. GAILLARD, « L'effet négatif de la compétence-compétence », in *Mélanges Jean-François Poudret*, Berne, Stampfli Verlag, 1999, pp. 387 et s.

¹⁸ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 415, § 660.

¹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 5 janvier 1999, *Rev. arb.*, 1999, p. 260, note Ph. FOUCHARD ; *RTD com.*, 1999, p. 380, obs. E. LOQUIN.

manifestement nulle ou inapplicable. Le principe s'applique y compris si la contestation porte sur l'arbitrabilité du litige.

Les arguments au soutien de l'effet négatif de la compétence-compétence sont les suivantes :

- tout d'abord l'argument de l'efficacité (argument en réalité avancé par les tenants de l'effet négatif de la compétence-compétence comme par ses adversaires) : ainsi, les partisans du principe estiment que, si on soumettait d'abord le litige aux juridictions étatiques, dont les décisions sont susceptibles d'appel puis de pourvoi, pour au final admettre la validité de la clause d'arbitrage, on irait à l'encontre de l'efficacité de l'arbitrage. Le principe compétence-compétence permet donc d'éviter le blocage de la procédure d'arbitrage. Mais les adversaires de cet effet négatif considèrent que, si la clause d'arbitrage est invalide, il n'est pas efficace d'attendre l'issue de l'arbitrage pour que les juridictions étatiques constatent cette invalidité. C'est d'ailleurs l'argument le plus souvent mis en exergue (à savoir l'économie de moyens) dans un grand nombre de pays. En France, « admettre à tort cette compétence puis être désavoués par les juridictions étatiques quelques mois, sinon quelques années plus tard, a paru moins grave au législateur français que celui de voir les plaideurs de mauvaise foi entretenir systématiquement un contentieux parasité de la compétence du tribunal arbitral tant devant les juridictions étatiques que devant les arbitres dans l'espoir de perturber le fonctionnement de l'arbitrage »²⁰. Les statistiques montrent d'ailleurs que, sur les sentences qui ne sont pas exécutées spontanément et donc soumises aux juridictions étatiques, très peu – environ 1 % – sont annulées pour incompétence. Le pari de la compétence arbitrale est donc généralement gagnant.

- le second argument correspond au souhait d'éviter les manœuvres dilatoires : la confiance accordée dans l'institution arbitrale et dans les arbitres permet de les laisser statuer sur la validité et la portée de la clause d'arbitrage, de la même manière qu'ils se prononcent sur l'arbitrabilité ou sur le respect des exigences de l'ordre public international. L'effet négatif du principe compétence-compétence permet ainsi de ne pas exploiter un contentieux relatif à l'existence ou la portée de la clause d'arbitrage pour perturber le bon déroulement de l'arbitrage.

- le troisième argument résulte de la priorité chronologique, qui permet d'éviter les procédures parallèles entre l'arbitre et le juge, avec le risque de décisions contradictoires.

- enfin, l'argument procédural, illustré par la centralisation des contentieux, contribue à une bonne administration de la justice et à un renforcement de la collaboration justice arbitrale/étatique.

Toutefois, contrairement à l'effet positif, pleinement intégré aux droits internes, la portée à donner à ce principe est loin de faire l'unanimité. La question qui se pose est de savoir si le juge peut opérer une vérification de la compétence arbitrale avant de renvoyer les parties vers l'arbitre ou s'il doit mettre en œuvre l'effet négatif du principe et considérer que c'est l'arbitre qui statuera en premier lieu sur sa compétence. Et la réponse à cette question est fluctuante, entre les Etats qui ont développé une hostilité à l'égard de l'effet négatif du principe compétence-compétence (tel est le cas en Allemagne ou encore aux Etats-Unis, où la situation est particulièrement compliquée et tranche avec la faveur faite par ailleurs à l'arbitrage, en termes d'arbitrabilité du litige par exemple) et le droit français, qui retient une conception peu partagée, selon laquelle la stipulation d'une clause d'arbitrage retire en même temps compétence au juge étatique sur le fond, mais aussi sur toutes les éventuelles contestations relatives à la compétence arbitrale.

De l'article 1448 du Code de procédure civile (auquel renvoie l'article 1506-1°), on déduit :

que le juge étatique saisi, alors même que le tribunal arbitral est déjà saisi et a donc déjà accepté sa mission, doit se déclarer incompétent car l'examen de la validité et de la portée de la clause relève de l'arbitre

que le juge étatique saisi avant l'arbitre doit se déclarer incompétent sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage (par exemple, pour un litige portant sur un droit indisponible comme l'état des personnes ou le droit de la famille...)

Ces deux volets du principe compétence-compétence permettent de lutter contre la judiciarisation de l'arbitrage et contre les tentatives de paralysie de la procédure²¹. Des exceptions et limites s'appliquent toutefois.

II. LES EXCEPTIONS ET LIMITES AU PRINCIPE COMPETENCE-COMPETENCE

Les exceptions sont strictement cantonnées dès lors que l'ensemble de l'édifice arbitral repose sur le principe de faveur faite à l'arbitrage (A). Elles donnent néanmoins lieu à un contentieux nourri. Certaines difficultés récentes appellent également quelques remarques (B).

²⁰ Ph. FOUCARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 424, § 680.

²¹ Le contentieux peut ainsi « être artificiellement noué(s) par une partie récalcitrante afin de paralyser l'enclenchement de la procédure arbitrale », A. de FONTMICHÉL, « Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge étatique », *Cahiers de l'arbitrage*, 2010, n° 2, pp. 407 et s., § 9.

A. Les exceptions au principe compétence-compétence

On l'évoquait précédemment, le juge étatique saisi avant l'arbitre doit se déclarer incompétent sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage²². Il convient donc de se pencher sur cette notion, qui constitue, en droit français, une exception légale (prévue à l'article 1448 CPC) intégrant une création jurisprudentielle²³. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser, au-delà de la dimension factuelle, où il fallait placer le curseur s'agissant de l'étendue du contrôle. Il en ressort que le caractère manifeste empêche tout contrôle approfondi de la clause compromissoire²⁴ : là encore, il faut, comme l'illicéité, que la nullité ou l'inapplicabilité manifeste crève les yeux ! Il faut donc que la nullité de la clause soit incontestable au regard des documents fournis par les parties, qu'elle s'impose par un examen *prima facie*. La notion est interprétée très restrictivement et entretient, à certains égards, des liens avec la notion de clause pathologique. Par exemple, l'absence de détermination du lieu, de la langue, des règles de procédure et de fond de l'arbitrage n'entraîne pas la nullité ou l'inapplication manifeste de la convention d'arbitrage internationale²⁵. En effet, « l'incertitude profitera ici à la compétence prioritaire du tribunal arbitral pour trancher la contestation relative à sa compétence »²⁶. La situation est identique pour une clause d'arbitrage contradictoire donnant compétence à deux institutions arbitrales. Sur ce point, la Cour de cassation a en effet jugé que cela ne remettait pas en cause « l'existence d'un désir commun d'arbitrage »²⁷.

Dans un arrêt dans lequel une Cour d'appel avait confirmé la compétence du tribunal de commerce malgré la stipulation d'une clause d'arbitrage, jugeant que le litige n'entrait pas dans le champ de compétence matérielle des arbitres (le litige portait sur la rupture du contrat alors que la clause compromissoire mentionnait les litiges relatifs à l'interprétation et l'exécution du contrat), la 1^{ère} chambre civile casse l'arrêt de la Cour d'appel et lui reproche d'avoir relevé le caractère manifeste de la nullité, « seule de nature à faire obstacle » au principe compétence-compétence. On

en déduit qu'« une simple incertitude sur le domaine d'application de la clause compromissoire n'entraîne en aucun cas sa nullité manifeste »²⁸.

Dans un second arrêt rendu le même jour, la Cour de cassation, à propos de l'extension d'une clause compromissoire à des contrats liés, juge que, en caractérisant « la volonté des parties de soumettre le litige à l'arbitrage l'ensemble des litiges nés du contrat ou "liés avec lui" – d'où il résultait que la convention d'arbitrage n'était pas manifestement nulle – la Cour d'appel a justement décidé qu'il appartenait au tribunal arbitral seul de statuer sur sa propre compétence, justifiant ainsi légalement sa décision »²⁹.

Ce principe s'applique, quel que soit le lieu où siège le tribunal arbitral et la loi applicable à l'arbitrage³⁰, comme l'a rappelé la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 7 juin 2006³¹. Le contrat, conclu entre une société française et une société américaine, contenait une clause d'arbitrage et avait donné lieu à un différend au cours duquel la partie française avait saisi le tribunal de commerce de Paris. La Cour d'appel de Paris avait déclaré le tribunal de commerce incompétent au profit de la juridiction arbitrale. Or, la loi de l'Etat de New York, lieu de l'arbitrage, prévoyait le contrôle de la clause d'arbitrage par la juridiction étatique. La Cour de cassation juge que, de la combinaison des principes de validité de la clause d'arbitrage et compétence-compétence, il résulte que le juge étatique français ne peut procéder à un examen approfondi et substantiel de la convention d'arbitrage « quel que soit le lieu où siège le tribunal arbitral », la seule limite étant celle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste.

De même, dans un arrêt du 26 octobre 2011, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, a statué à propos d'un différend opposant des associés d'une société de droit saoudien, dont l'un était domicilié en France, et qui a été assigné en France alors que les statuts donnaient compétence à un tribunal arbitral. Elle a rejeté le pourvoi, suivant donc les juridictions inférieures renvoyant les demandeurs devant une juridiction arbitrale constituée en Arabie Saoudite³². Peu importe donc le lieu du siège de l'arbitrage et la loi de procédure applicable à l'arbitrage. Dans cette affaire, on était en présence d'un mécanisme d'arbitrage complexe et atypique, qui aurait exigé une analyse approfondie pour se prononcer sur sa validité. Cette jurisprudence met en œuvre le principe compétence-compétence alors même

²² O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Rev. arb.*, 2006, pp. 893-908.

²³ Arrêt *American Bureau of Shipping*, Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 529, note E. GAILLARD : « seule la nullité manifeste de la convention d'arbitrage est de nature à faire obstacle à l'application du principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, principe qui consacre la priorité de la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage ».

²⁴ Cass. 1^{ère} civ., 16 octobre 2001, *Quarto Children*, *Rev. arb.*, 2002, 919, note D. COHEN.

²⁵ Cour d'appel de Paris, 29 septembre 2011, *Sté des Autocars Transmaghreb c. Tourisme transports internationaux*, *Gaz. Pal.*, 15 novembre 2011, pp. 12 et s.

²⁶ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, Lextenso Editions, 2013, n° 169, p. 193.

²⁷ Civ. 1^{ère}, 20 février 2007, *D.* 2007, p. 734, obs. X. DELPECH.

²⁸ Cass. 1^{er} décembre 1999, *Rev. arb.* 2000, p. 96, Ph. FOUCHARD.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ G. KHAIRALLAH, « Le principe compétence-compétence peut-il faire abstraction de toute loi étrangère ? », in *L'arbitrage détaché des lois étatiques*, Actes du Colloque du Mans, 15 décembre 2011, sous la dir. de R. Chaaban, Paris, Editions L'Epitoge – Lextenso, 2012, pp. 15-20.

³¹ *Copropriété maritime Jules Verne c. Sté American bureau of Shipping et autres*, *Rev. arb.*, 2006, p. 945, note E. GAILLARD, *JDI* 2006, p. 1384, obs. A. MOURRE.

³² Succession de M. Ben Laden, *Procédures*, janvier 2012, comm. 9, commentaire L. WEILLER.

que la juridiction arbitrale en question était composée de membres directement intéressés au litige.

La compétence arbitrale est donc subordonnée à « l'apparence de compétence arbitrale »³³.

On trouve néanmoins quelques exemples de nullité ou d'inapplication manifeste, qui entretiennent souvent des liens avec les clauses compromissaires pathologiques³⁴ :

- ainsi, dans un contrat portant sur la livraison de caoutchouc, les réservations de fret – *booking notes* – donc les avants-contrats contenaient une clause compromissoire faisant référence à un arbitrage à Singapour, mais elles précisait que leurs stipulations seraient annulées et remplacées par les stipulations des connaissances. L'assureur, ayant indemnisé les destinataires pour des dommages constatés à l'arrivée, a assigné les sociétés de transport devant le tribunal de commerce de Paris. La clause compromissoire avait donc été remplacée par une clause attributive de compétence prévue dans les connaissances, la clause d'arbitrage étant de ce fait manifestement inapplicable³⁵. Dans ce dernier cas, le juge étatique retrouve compétence pour éviter la paralysie car il y a absence pure et simple de clause d'arbitrage.

- il en sera de même en présence d'un objet non arbitrable³⁶ ou si, à la date de l'acte litigieux, les conditions générales de l'organisme certificateur comportaient une clause attributive de juridiction et non pas une clause d'arbitrage introduite ultérieurement ou encore si deux contrats ont été conclus entre les parties, l'un avec une clause d'arbitrage (le contrat d'approvisionnement), l'autre (le contrat de gage) avec une clause attributive de juridiction. L'effet relatif empêche alors l'extension de la clause d'arbitrage au second contrat, la volonté des parties étant clairement en sens inverse³⁷, et donnant lieu à une application distributive des clauses.

La seconde exception que nous allons mentionner résulte d'un arrêt récent, rendu en droit du travail, dans le cadre d'un contrat de travail interne. La Cour de cassation a jugé, dans cet arrêt du 30 novembre 2011, que « le principe de compétence-compétence selon lequel il appartient à l'arbitre

de statuer par priorité sur sa propre compétence n'est pas applicable en matière prud'homale »³⁸. Le Conseil des prud'hommes est donc compétent, y compris si le tribunal arbitral est déjà saisi. La mise à l'écart du principe compétence-compétence est destinée ici à assurer la protection d'une partie faible. Sur ce point, certains auteurs estiment qu'il serait nécessaire « de créer une véritable exception au jeu de l'article 1448 du Code de procédure civile. En matière internationale, elle serait encore plus essentielle puisque, la jurisprudence décidant que l'article 2061 n'y est pas applicable, toute qualification de nullité ou d'inapplicabilité manifeste y paraît exclue »³⁹. Après cette décision, la Cour d'appel de Paris a donc annulé la sentence⁴⁰.

On constate que les exceptions au principe compétence-compétence sont loin d'être pléthoriques. Comme le relève M. Strickler, « la voie est plus qu'étroite pour qui entend saisir le juge étatique alors qu'existe une convention d'arbitrage : elle frise la crête des cimes ! »⁴¹.

A ces exceptions s'ajoutent certaines limites et réflexions sur la mise en œuvre du principe :

B. Les limites et critiques

Comme évoqué ci-dessus, le principe compétence-compétence s'applique sous le contrôle du juge étatique⁴², conformément aux articles 1492 et 1520 du Code de procédure civile, respectivement pour l'arbitrage interne et international.

Ce contrôle est approfondi, qu'on soit en présence d'un recours en annulation ou d'un appel contre l'ordonnance d'*exequatur* : le juge étatique contrôlera *a posteriori*, la compétence de l'arbitre et vérifiera si « le tribunal s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ». L'arbitre bénéficie ainsi « d'une priorité chronologique qui n'est pas une priorité hiérarchique »⁴³ et un contrôle rigoureux est effectué par le juge de l'annulation qui va rechercher, pour reprendre les termes de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, « tous les éléments de droit et de fait tels qu'ils résultent du dossier permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et (d')en déduire les conséquences sur le respect de la mission confiée aux

³³ M. BOUCARON-NARDETTO, « La compétence-compétence : le point de vue français », *Cahiers de l'arbitrage*, 2013, p. 39.

³⁴ A.-F. PASCAL, « Arbitrage international : le principe compétence-compétence et les clauses pathologiques », *RJDA*, 2007, n° 5, pp. 423-427. – E. JOLIVET et L. MARQUIS, « La clause compromissoire pathologique », *Les cahiers de l'arbitrage*, 2010-1, pp. 81-93.

³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 11 juillet 2006, *Bull. civ.*, 2006, I, n° 366, p. 314 ; *JCP G* 2006, I, 187, n° 10, obs. C. SERAGLINI ; *JDI* 2007, p. 146, note S. SANA-CHAILLE DE NERE ; *RCDIP* 2007, p. 128 (3^{ème} esp.), note F. JAULT-SESEKE.

³⁶ V. aussi Civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, *D.* 2006, I.R. p. 1701.

³⁷ Civ. 1^{ère}, 4 juillet 2006, *RTD com.*, 2006, p. 764, obs. E. LOQUIN.

³⁸ Cass. soc., 30 novembre 2012, *RTD com.*, 2012, pp. 528 et s., obs. E. LOQUIN ; *Rev. arb.*, 2006, p. 959, note F.-X. TRAIN.

³⁹ C. SERAGLINI, « Chronique, Droit de l'arbitrage », *JCP* 2012, 843, § 2.

⁴⁰ Paris, 10 janvier 2012, *Gaz. Pal.*, 6-8 mai 2012, p. 19, obs. D. BENSUADE.

⁴¹ « Chronique de jurisprudence française. La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'effet négatif de la compétence-compétence (janvier 2009-décembre 2010) », *Rev. arb.*, 2011, p. 199.

⁴² D. MOURALIS, « Examen approfondi de la compétence de l'arbitre par le juge contrôlant la sentence : quelques précisions et illustrations », *Les Cahiers de l'Arbitrage*, 2012-1, pp. 167-182.

⁴³ O. CACHARD, *Droit du commerce international*, Paris, LGDJ, 2011, p. 498, n° 1135.

arbitres »⁴⁴. Cela suppose l'examen du contrat conclu par les parties, de la clause compromissoire qu'il contient et de toutes les circonstances litigieuses, contrôle étendu dans la mesure où le principe de non-révision au fond ne s'applique pas au contentieux de l'incompétence.

Concernant l'objet du contrôle, le juge va vérifier :

- l'existence de la clause d'arbitrage (on pense par exemple à une clause d'arbitrage faisant référence à un arbitrage mais décrivant une procédure qui s'apparente plus à une médiation qu'à un arbitrage)

- le champ d'application et la délimitation de la compétence arbitrale : il va ainsi vérifier que la clause pouvait s'étendre à un tiers ou encore que la demande examinée par le tribunal arbitral relevait bien du champ d'application de la clause. Par exemple, un contrat de coentreprise, en matière pharmaceutique, prévoyait une clause compromissoire tandis que les autres contrats – le pacte d'actionnaires, le contrat de licence de brevet et de marque et d'autorisation de mise sur le marché, le contrat de services... – prévoyaient des clauses d'arbitrage ou d'élection de for incompatibles avec celle du contrat de coentreprise, ce qui a permis aux juges d'en déduire, respectant la volonté des parties, le souhait de ces dernières de « cloisonner » le contentieux résultant de ces différents instruments contractuels⁴⁵.

Ensuite, le principe compétence-compétence, dans son versant négatif, fait l'objet d'un certain nombre de critiques, qui se cristallisent autour de la notion de partie faible. En effet, les parties faibles sont souvent présentées comme subissant « la toute puissance de l'effet négatif du principe de compétence-compétence tel qu'il est entendu par le droit français »⁴⁶ – et risquant le déni de justice –, dès lors que la nullité manifeste jouera rarement, le principe posé par la jurisprudence étant celui de la validité de la clause d'arbitrage. L'illustration en est donnée, en droit international de la consommation, par les affaires *Jaguar*⁴⁷ (« la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra à l'arbitre de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige ») puis *Rado* (la Cour d'appel « en a

exactement déduit qu'en l'absence de nullité manifeste, la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles d'ordre public international qu'il appartiendra aux arbitres de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation pour vérifier leur propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige »⁴⁸).

La force du principe compétence-compétence n'est donc pas affectée par la présence d'une partie faible comme le consommateur. La présence de ce dernier en tant que partie au contrat ne rend pas la clause manifestement nulle, ce qui peut fragiliser les parties faibles puisque « la position française ne peut se concilier avec la protection actuelle admise par le droit de la consommation ou par la protection accordée par l'article 6§1 de la CEDH. En effet, dans le cas de la partie faible défenderesse ou demanderesse, faire intervenir la protection procédurale issue de la théorie des clauses abusives ou de l'article 6§1 de la CEDH au stade du recours en annulation de la sentence, est grandement insuffisant et surtout trop tardif »⁴⁹.

Certains auteurs évoquent la possibilité d'élaborer une règle selon laquelle l'effet négatif du principe compétence-compétence serait contredit par des lois de police qui restreignent l'efficacité des clauses d'arbitrage à l'égard des parties faibles⁵⁰, sur le modèle des clauses d'arbitrage en droit international du travail, à propos desquelles la chambre sociale énonce que « la clause compromissoire (...) n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail »⁵¹. Mais nous en sommes au stade des propositions doctrinales non consacrées.

Les menaces et incertitudes viennent également du sort incertain réservé aux injonctions *anti-suit*, étudiées par ailleurs dans le cadre de ce Colloque, lesquelles désignent l'interdiction faite à un plaideur de saisir une juridiction autre que celle qu'ont désignée les parties. En effet, même si, du côté du droit européen, l'arbitrage est exclu du champ d'application du Règlement n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, la réalité est plus nuancée et plus confuse. L'application du principe compétence-compétence a d'ailleurs été au cœur de la décision *West Tankers*, en vertu de laquelle

⁴⁴ Jurisprudence *Abela*, Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, *Rev. arb.*, 2010, p. 813, note F.-X. TRAIN ; *D.* 2010, p. 2943, obs. Th. CLAY ; *JCP G* 2010, 1028, note P. CHEVALIER, et 1286, n° 6, obs. J. ORTSCHIEDT ; *Cah. arb.*, 2011, p. 443, note J.-B. RACINE ; *RCDIP* 2011, p. 85, note F. JAULT-SESEKE.

⁴⁵ D. MOURALIS, « Examen approfondi de la compétence de l'arbitre par le juge contrôlant la sentence : quelques précisions et illustrations », *op. cit.*, pp. 170-171.

⁴⁶ C. SERAGLINI, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *Les cahiers de l'arbitrage*, vol. IV, sous la dir. d'A. MOURRE, Paris, Pedone, 2008, p. 56.

⁴⁷ Cass. 1^{ère} civ., 21 mai 1997, *Renault c. V 2000*, *Rev. arb.*, 1997, p. 537, note E. GAILLARD.

⁴⁸ Cass. 1^{ère} civ., 30 mars 2004, *RTD com.*, 2004, p. 447, obs. E. LOQUIN.

⁴⁹ M. de FONTMICHIEL, *Le faible et l'arbitrage*, Thèse Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 8 décembre 2011, sous la dir. de Thomas CLAY, p. 189, n° 241.

⁵⁰ C. SERAGLINI, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *Les cahiers de l'arbitrage*, vol. IV, sous la dir. d'A. MOURRE, Paris, Pedone, 2008, p. 56.

⁵¹ Cass. soc., 16 février 1999, *Sté Château Tour Saint Christophe et a. c. M. Aström*, *Rev. arb.*, 1999, p. 290, note M.-A. MOREAU.

« l'exception d'incompétence (...) tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage, y compris la validité de cette dernière, relève du champ d'application du Règlement n° 44/2001 »⁵², certains auteurs précisant que « certaines des considérations mises en avant par l'arrêt *West Tankers*, pour justifier l'incompatibilité des injonctions anti-suit avec le Règlement, pourraient tout aussi bien être opposées à l'effet négatif du principe compétence-compétence »⁵³. Le risque existe que ces injonctions se retournent contre l'arbitrage si un juge étatique prononçait sur ce fondement une injonction afin d'interdire à une partie de saisir le tribunal arbitral ou de poursuivre la procédure arbitrale au motif que la clause d'arbitrage est sans effet, de manière contraire à l'effet négatif du principe compétence-compétence⁵⁴, comme certaines procédures, notamment en matière de contrats d'Etat, ont pu le montrer, avec d'ailleurs le risque de batailles d'injonctions.

Le règlement de refonte 1215/2012 (Règlement du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale), n'a pas apporté de réponse à cette difficulté. Les tentations des juridictions de certains Etats d'imposer unilatéralement à toutes les autres leur conception de la validité ou de l'invalidité d'une clause d'arbitrage existent bel et bien. Tel était par exemple le cas dans l'affaire *SGS c. Pakistan*, la Cour suprême du Pakistan enjoignant au demandeur à une procédure arbitrale CIRDI de se rétracter, exigence qui entraîne manifestement une méconnaissance du principe compétence-compétence.

CONCLUSION

Voilà esquissés quelques grands traits du principe compétence-compétence tel qu'appréhendé par le droit français, lequel retient une approche très favorable à ce principe, d'une manière qui, nous l'avons vu, est assez isolée sur la scène internationale. C'est un isolement dans la bienveillance à l'égard de l'arbitrage, les exceptions à la compétence arbitrale étant étroitement entendues.

⁵² CJCE, 10 février 2009, aff. C-185/07, *Allianz SpA c. West Tankers Inc.*, *Rev. arb.*, 2009, p. 407, note S. BOLLEE ; *D.* 2009, p. 981, note C. KESSEDJIAN ; *RCDIP* 2009, p. 373, note H. MUIR WATT ; *JCP G* 2009, I, 462, n° 4, obs. J. BEGUIN. — A. MOURRE et A. VAGENHEIM, « A propos de la portée de l'exclusion de l'arbitrage dans le Règlement n° 44/2001, notamment après l'arrêt *West Tankers* de la Cour de Justice des Communautés Européennes », *Cah. arb.*, vol. V, Paris, Pedone, 2011, p. 313.

⁵³ S. BOLLEE, « Les questions liées à l'appréciation et aux effets de la convention d'arbitrage », in *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, sous la dir. de Pierre MAYER, Paris, LexisNexis, 2012, p. 19.

⁵⁴ S. CLAVEL précise ainsi qu'il « ne paraît pas inenvisageable que des anti-suit injonctions puissent être prononcées par un juge qui estime que la clause d'arbitrage est inexistante ou nulle, en sorte que le tribunal arbitral est dépourvu, à son sens, de toute compétence », « *Anti suit injonctions* et arbitrage », *Rev. arb.*, 2001, pp. 669-706.

Le principe a en effet été passé au tamis de la faveur faite à l'arbitrage, faveur plus générale, qui s'exprime à l'égard des clauses pathologiques — auxquelles on va tenter de faire produire un effet utile —, qui s'exprime aussi en matière de circulation des clauses d'arbitrage, de clauses par référence... La liste est longue.

Le principe de faveur, conjugué à la recherche de l'efficacité, explique le souhait d'éviter le développement de procédures parallèles. « *Le principe d'efficacité fournit en effet la principale clé de lecture des solutions bâties au fil du temps en droit français de l'arbitrage* »⁵⁵. On évoque plutôt, à l'égard de la vision française du principe compétence-compétence, des rapports entre les juges étatiques et arbitraux qui sont complémentaires, paisibles voire fusionnels.

Cette bienveillance n'est pas partagée par des pays qui ont pourtant, eux aussi, le souci d'accueillir très favorablement l'arbitrage. L'originalité de l'approche française a pu faire dire que le droit français avait une conception idéologique du principe compétence-compétence⁵⁶. Le risque est alors de fragiliser la solution française et de relativiser son efficacité, dans la mesure où, dans un autre Etat moins protecteur du principe compétence-compétence, un juge étatique pourrait être saisi parallèlement à une procédure arbitrale devant un tribunal arbitral siégeant en France, entraînant alors une ventilation et une dispersion du litige qu'on souhaitait éviter.

Faute d'harmonisation des solutions, le risque est de retrouver, en lieu et place du couple fusionnel, le couple infernal et en conflit.

⁵⁵ Th. CLAY, « "Liberté, égalité, efficacité" : La devise du nouveau droit français de l'arbitrage. Commentaire article par article », *JDI*, 2012, n° 2, doct. 4, § 47.

⁵⁶ G. KHAIRALLAH, « Le principe compétence-compétence peut-il faire abstraction de toute loi étrangère ? », in *L'arbitrage détaché des lois étatiques*, op. cit., p. 16.