

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

**Études**  
**de procédure et d'arbitrage**  
**en l'honneur de**  
**Jean-François Poudret**

Recueil édité par  
Jacques Haldy  
Jean-Marc Rapp  
Phidias Ferrari

*Tirage à part*



Lausanne 1999

## L'effet négatif de la compétence-compétence

Emmanuel GAILLARD\*

1. Le principe de compétence-compétence, qui fonde la compétence des arbitres pour connaître de leur propre compétence, fait aujourd'hui partie de ces règles qui paraissent unanimement admises mais qui, en réalité, dissimulent encore de profondes divergences en droit comparé. Aucune nuance du droit comparé de l'arbitrage international n'échappant au professeur Jean-François Poudret, celle-ci lui est soumise en guise d'hommage.

2. L'apparence d'acceptation uniforme du principe tient probablement au fait que l'on n'a pas suffisamment insisté sur la double fonction de la règle, qui, comme la convention d'arbitrage elle-même, a un effet positif et un effet négatif. René David avait très justement opposé l'effet positif et l'effet négatif de la convention d'arbitrage. Le premier est celui qui permet aux arbitres de connaître des litiges tombant dans le champ d'application de la convention d'arbitrage. Le second est celui qui interdit aux juridictions étatiques de se prononcer sur ces mêmes litiges<sup>1</sup>. Le principe de « compétence-compétence » prolonge chacun de ces deux effets dans les situations dans lesquelles l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage sont contestées.

3. Dans son effet positif, le principe de compétence-compétence s'adresse aux arbitres. Il permet aux arbitres dont la compétence est mise en doute de se prononcer sur le fondement de leur investiture sans se voir opposer la contradiction consistant, pour un organe dont la compétence n'est pas encore établie, à entreprendre un raisonnement quelconque, fût-il sur le sujet même de cette compétence. Mieux, il permet aux arbitres qui estiment qu'il n'existe pas de convention d'arbitrage valable entre les parties, ou à tout le moins de convention couvrant la matière litigieuse, de rendre une sentence en ce sens. En l'absence d'un tel principe, il s'agirait d'un acte impossible. Les arbitres ne pourraient en effet dans le même temps nier leur compétence dans le dispositif de la sentence et l'affirmer en établissant eux-mêmes une telle sentence. L'acte se trouverait

\* Professeur à l'Université de Paris XII ; Associé, Shearman & Sterling, Paris.

<sup>1</sup> R. DAVID, *L'arbitrage dans le commerce international*, *Economica* 1982, n° 232.

contredit par son propre contenu. On voit à ce dernier exemple, conséquence ultime du principe de compétence-compétence, que celui-ci ne s'analyse pas en un simple effet de la convention d'arbitrage ou même de l'apparence de convention d'arbitrage. Cette dernière suffirait sans doute à justifier que des arbitres saisis sur le fondement d'un titre apparent puissent en vérifier la validité jusqu'à ce qu'ils soient en mesure d'affirmer celle-ci par une sentence constatant, cette fois sans contradiction aucune, l'existence et la validité de la convention d'arbitrage. En revanche, pour prononcer leur incompétence, les arbitres ne peuvent se fonder que sur une règle qui ne doit rien à la volonté des parties, par définition inexistante ou entachée d'un vice. C'est ce supplément de compétence, fourni aux arbitres par le droit objectif de l'arbitrage, qu'est le principe de compétence-compétence dans son effet positif. Sa justification est essentiellement pragmatique. Il s'agit de ne pas permettre à la partie qui ne souhaite pas voir l'arbitrage se dérouler normalement non seulement de soulever un incident sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage mais encore d'en tirer argument pour tenter de faire suspendre l'arbitrage jusqu'à ce que les juridictions étatiques se soient prononcées sur ce point. La compétence donnée aux arbitres de trancher la question permet de faire échec à d'éventuelles manœuvres dilatoires, sans pour autant sacrifier les intérêts de la partie qui pourrait se trouver confrontée à une demande d'arbitrage sur le fondement d'une convention inexistante, nulle ou ne couvrant pas la matière litigieuse. Les arbitres pourront en effet constater eux-mêmes ces vices et leur décision, quelle qu'elle soit, pourra en toute hypothèse faire l'objet d'un recours en annulation devant les juridictions étatiques, garantes ultimes du contrôle de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage. Sans doute parce qu'il défie la logique formelle, le principe a cependant eu quelque peine à s'imposer. Ce n'est qu'au prix de plusieurs stratagèmes qu'il a fini par être très largement accepté. Le premier est un procédé parfaitement classique de l'évolution de la jurisprudence. Il consiste, pour une notion, à évoluer sous le couvert d'une autre, mieux établie, à laquelle elle emprunte son autorité jusqu'à ce qu'elle soit suffisamment reconnue pour s'en détacher<sup>2</sup>. En l'occurrence, c'est sous le couvert du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage que le principe de compétence-compétence s'est longtemps abrité alors que les deux règles, qui, certes, concourent l'une et l'autre à déjouer d'éventuelles manœuvres dilatoires, sont rationnellement distinctes. L'autonomie de la clause compromissoire protège celle-ci des causes d'invalidité susceptibles d'être déduites par contagion des vices pouvant affecter la convention de fond. Elle suffit par exemple à permettre aux arbitres de prononcer

<sup>2</sup> Sur l'exemple de la *lex mercatoria*, qui a connu une évolution semblable, voir E. GAILLARD, *La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international*, in : Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec 1991, p. 203.

la nullité de la convention de fond sans affecter par là même leur compétence. En revanche, seul le principe de compétence-compétence permet aux arbitres de se prononcer sur les vices affectant directement la convention d'arbitrage et, le cas échéant, de les constater par une sentence. Cette évolution est connue et la distinction des deux principes complémentaires aujourd'hui parfaitement admise<sup>3</sup>. Le deuxième stratagème dont a bénéficié le principe de compétence-compétence est plus inhabituel. En grossissant à peine le trait, on peut dire qu'il repose sur l'utilisation, volontaire ou non, de données apocryphes de droit comparé. C'est en effet l'expression allemande de « *Kompetenz-Kompetenz* » qui s'est imposée lorsqu'il s'est agi de convaincre les juridictions françaises, qui semblent avoir été parmi les premières à le reconnaître<sup>4</sup>, d'admettre le principe. Le sérieux de l'expression, son prestige supposé, ont pu contribuer à l'acceptation du principe. Pourtant, si l'expression existait bien en droit allemand, elle désignait une réalité toute différente. Elle s'appliquait en effet spécifiquement aux hypothèses dans lesquelles un juge a compétence exclusive pour statuer en premier et en dernier ressort sur sa propre compétence. Ce n'est évidemment pas ce dont il est question en matière d'arbitrage, les arbitres ne statuant sur leur compétence que sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques chargées de connaître du contentieux de la validité de la sentence. L'utilisation de l'expression de « *Kompetenz-Kompetenz* » a donc longtemps intrigué les auteurs allemands et ce d'autant plus qu'en matière d'arbitrage, le droit allemand ne reconnaissait pas le principe de *Kompetenz-Kompetenz*, ni au sens allemand, ni au sens français, puis international, du terme<sup>5</sup>. Elle a également été soigneusement évitée par la plupart des auteurs suisses, généralement très avertis de ces nuances de droit comparé. Ainsi, dès 1989, le professeur Jean-François Poudret attirait l'attention sur cette confusion dans son commentaire de l'article 8 du Concordat suisse<sup>6</sup>. Ce n'est que très récemment, avec l'acceptation du principe de compétence-compétence – dans son effet positif – par la réforme du droit allemand de l'arbitrage du 22 décembre 1997 que certains auteurs se sont risqués à évoquer l'origine allemande de

<sup>3</sup> Voir par ex. CRAIG/PARK/PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2<sup>ème</sup> éd., 1990, n° 5.04 p. 65 ; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec 1996, n° 416 ; A. DIMOLITSA, *Autonomie et Kompetenz-Kompetenz*, Rev. arb. 1998, p. 305.

<sup>4</sup> Cass. com., 22 février 1949, *Caulliez*, JCP 1949 II 4899, obs. H. MOTULSKY.

<sup>5</sup> Voir par ex. O. GLOSSNER, *Germany*, in : ICCA Handbook Commercial Arbitration, p. 14 (1987) ; K. P. BERGER, *International Economic Arbitration*, Kluwer 1993, p. 359. Cette notion de *Kompetenz-Kompetenz* destinée à supprimer tout contrôle ultérieur des juridictions étatiques a du reste été condamnée par la loi sur l'arbitrage du 22 décembre 1998. Voir K. P. BERGER, *Germany adopts the UNCITRAL Model Law*, Int. ALR 1998, p. 121, spéc. p. 122.

<sup>6</sup> J.-F. POUDRET, in : LALIVE/POUDRET/REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot 1989, p. 63.

l'expression<sup>7</sup>. C'est dire que, pour efficace qu'ait pu être, lors de l'adoption du principe, l'utilisation d'une formule puissante, l'argument de droit comparé n'avait rien de scientifique. Cependant, si l'on fait abstraction de ces considérations historiques, qui font le charme de l'étude – toujours risquée – de l'évolution des idées, il reste que, dans son effet positif, le principe de compétence-compétence est aujourd'hui bien établi. Sous l'influence notamment de la loi-type de la CNUDCI qui l'a adopté en son article 16, paragraphe 3, il est aujourd'hui reconnu dans un très grand nombre de pays et fait partie des règles du droit de l'arbitrage international qui ne se discutent plus guère. Il n'en va pas de même de l'effet négatif du principe.

4. Dans son effet négatif, le principe de compétence-compétence s'adresse aux juridictions étatiques. Il prolonge l'effet négatif de la convention d'arbitrage en interdisant aux juridictions étatiques saisies par une partie du fond du litige en dépit de l'existence, au moins *prima facie*, d'une convention d'arbitrage, de statuer sur les contestations relatives à l'existence ou la validité de celle-ci avant que les arbitres eux-mêmes n'aient eu l'occasion de se prononcer sur ces questions. Dans cette fonction négative, le principe ne bénéficie pas – ou pas encore – du degré d'acceptation dont il jouit dans sa fonction positive. On observe cependant que, dans des systèmes juridiques très différents, la règle a récemment marqué des progrès très sensibles qui justifient que l'on s'arrête à nouveau<sup>8</sup> sur l'acceptation croissante (A) puis sur la justification de l'effet négatif de la compétence-compétence (B).

#### **A. L'acceptation croissante de l'effet négatif de la compétence-compétence**

5. Les systèmes juridiques sont encore divisés sur la question de savoir si les juridictions saisies d'un litige en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage doivent, en cas de contestation, vider immédiatement le contentieux de la validité et de l'étendue de cette convention ou s'en tenir à la constatation de l'existence et de la validité *prima facie* de la convention d'arbitrage pour s'abstenir de connaître du litige en attendant que les arbitres eux-mêmes aient pu se prononcer sur leur propre compétence, sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation. Avant de donner quelques exemples des positions de différents

<sup>7</sup> P. SCHLOSSER, *La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage*, Rev. arb. 1998, p. 291, spéc. p. 297.

<sup>8</sup> Sur la position adoptée de longue date par le droit français, et qui pouvait être présentée en 1996 comme « relativement isolée », voir FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *op. cit.* à note 3, n° 672 et s.

droits, favorables (I) ou hostiles à l'effet négatif de la compétence-compétence (II), on rappellera celle des conventions internationales à ce sujet. L'effet négatif du principe de compétence-compétence trouve en effet sa première consécration internationale dans la Convention de Genève de 1961, la Convention de New York n'ayant pas pris clairement parti sur cette question<sup>9</sup>. La Convention de Genève dispose en effet en son article VI paragraphe 3 que « *[l]orsque, 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* ».

## I. Le courant favorable à l'effet négatif de la compétence-compétence

### 1. Droit français

6. Le droit français accepte sans ambiguïté et depuis longtemps l'effet négatif de la compétence-compétence. La Cour de cassation l'a encore rappelé tout récemment dans une décision dans laquelle elle s'est contentée de viser, non un texte spécifique du Code civil ou du Nouveau Code de procédure civile, mais « *[le principe] selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence* ». Les signataires d'une promesse de vente des titres d'une société française avaient assigné le bénéficiaire italien de la promesse devant les juridictions françaises de façon à faire constater la nullité de la clause compromissoire contenue dans la promesse motif pris du caractère civil de la vente. Les premiers juges, puis la Cour d'appel de Bordeaux ayant accepté cette argumentation – doublement erronée – la Cour de cassation l'a censurée par arrêt du 5 janvier 1999. Elle aurait pu se contenter pour ce faire de viser le principe de validité de la clause compromissoire dans l'ordre international et de rappeler le fait que l'article 2061 du Code civil qui annule la clause compromissoire en matière civile n'est pas applicable à l'arbitrage international. Cependant, la Cour de cassation a pris soin de casser l'arrêt également pour violation du principe de

<sup>9</sup> L'article II, paragraphe 3 de la Convention se contente de poser la règle selon laquelle « *le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question du sujet de laquelle les parties ont conclu une convention [d'arbitrage satisfaisant les conditions de l'article II de la Convention] renverra 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* ». Sur la jurisprudence rendue sur le fondement des dispositions analogues de la LDIP suisse ou de la loi-type de la CNUDCI, voir *infra* n° 7 et 8.

compétence-compétence : « *La Cour d'appel, qui n'était pas saisie du litige soumis au tribunal arbitral (...) devait laisser l'arbitre statuer sur sa propre compétence* »<sup>10</sup>. Le principe s'applique en matière interne, ainsi que l'a affirmé la Cour de cassation dans son arrêt *Coprodag* du 10 mai 1995 : « *le Président du Tribunal de grande instance ne peut déclarer n'y avoir lieu à désignation des arbitres en raison de la nullité manifeste de la clause compromissoire que s'il est saisi d'une difficulté de constitution du tribunal arbitral ; que celui-ci est seul compétent, lorsqu'il est saisi, pour statuer sur la validité ou les limites de son investiture* »<sup>11</sup>. Même lorsque le différend n'a pas été porté devant un tribunal arbitral, les juridictions étatiques saisies du fond en dépit de l'existence d'une clause compromissoire doivent se déclarer incompétentes à moins que la clause ne soit « *manifestement nulle* »<sup>12</sup>. La règle joue également lorsque c'est l'arbitrabilité du litige qui est contestée par une partie<sup>13</sup>. De même, lorsque le Tribunal de grande instance de Paris, seul compétent pour en connaître, est saisi d'une difficulté de constitution d'un tribunal arbitral ayant son siège en France ou soumis à la loi de procédure française, il ne peut faire que constater l'existence d'une convention d'arbitrage *prima facie* pour imposer la mise en place du tribunal arbitral<sup>14</sup>.

Le principe de compétence-compétence, même dans son effet négatif, avait été consacré par le droit français dès avant la réforme du droit de l'arbitrage en 1980-81. Ainsi par exemple, la Cour d'appel de Paris avait déjà formulé le principe en termes très clairs par un arrêt du 9 mars 1972 rendu en matière d'arbitrage interne. Une partie avait sollicité du Tribunal de commerce de Paris qu'il se prononce sur la fourniture de produits pétroliers en dépit de l'existence d'une clause compromissoire au motif que celle-ci serait devenue caduque. Le tribunal a décliné sa compétence par décision du 19 novembre 1971 et la Cour d'appel l'a approuvé motif pris non seulement du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage mais encore du fait que « *comme toute juridiction, les arbitres sont juges de leur compétence et qu'il leur appartient de statuer sur l'existence ou la validité de la clause compromissoire qui les désigne* » et que « *l'examen*

<sup>10</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1999, *Marco Zanzi c/ de Coninck*, n° de rôle B 96-21.430, inédit.

<sup>11</sup> Rev. arb. 1995, p. 617, note E. GAILLARD.

<sup>12</sup> Paris, 7 décembre 1994, *V. 2000 (Jaguar)*, Rev. arb. 1996, p. 245, note Ch. JARROSSON, Rev. trim. dr. com. 1995, p. 401, obs. J-C. DUBARRY et E. LOQUIN maintenu par Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 mai 1997, Rev. arb. 1997, p. 534, note E. GAILLARD ; JDI 1998, p. 969, note S. POILLOT-PERUZZETTO ; Grenoble, 3 octobre 1996, *Logi Group*, Rev. arb. 1997, p. 433, obs. Y. DERAIS.

<sup>13</sup> Voir par ex. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 mai 1997, préc.

<sup>14</sup> FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *op. cit.* à note 3, n° 851 et s.

*préalable de l'irrégularité alléguée ne s'analys[e] aucunement en une question préjudicielle du seul ressort des tribunaux ordinaires »<sup>15</sup>.*

## 2. Droit suisse

7. Le droit suisse s'est récemment rallié à cette position. Les dispositions pertinentes de la LDIP étaient relativement ambiguës à ce sujet. Celle-ci dispose en effet en son article 7 qui reprend la formule de l'article II paragraphe 3 de la Convention de New York<sup>16</sup>, que « *si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitrable, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que (...) le tribunal ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée* ».

Ce texte pouvait être interprété aussi bien comme permettant au juge saisi de trancher au fond la question de la validité de la convention d'arbitrage que comme l'invitant à se contenter d'un contrôle *prima facie*. Après certaines hésitations<sup>17</sup>, le Tribunal fédéral a estimé, par un important arrêt du 29 avril 1996, que la constatation que la convention d'arbitrage « *est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée* » au sens de l'article 7 de la LDIP « *ne peut être raisonnablement faite que si elle apparaît comme évidente sans qu'il soit nécessaire d'approfondir la question, puisque de toute façon, à défaut de pareille évidence, le tribunal arbitral sera habilité à statuer, au besoin, sur sa propre compétence en vertu de l'article 186 LDIP* » (qui consacre l'effet positif de la compétence-compétence)<sup>18</sup>. La juridiction saisie doit donc « *décliner sa compétence si l'examen sommaire de la convention d'arbitrage ne lui permet pas de constater que celle-ci est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée* ». En cela, le Tribunal fédéral déclare consacrer la position exprimée par le professeur Dutoit et par les professeurs Lalive, Poudret et Reymond et condamner la position contraire exprimée par le professeur Wenger<sup>19</sup>. On peut seulement regretter que le Tribunal fédéral ait limité la portée de sa décision au cas dans lequel « *le tribunal arbitral a son siège en Suisse* ». En effet, lorsque tel n'est pas le cas, l'acceptation très générale de l'effet positif du principe de

<sup>15</sup> Rev. trim. dr. com. 1972, p. 344, obs. BOITARD et DUBARRY.

<sup>16</sup> Voir *supra* n° 5, note 9.

<sup>17</sup> Voir la discussion de la question in TF, 19 avril 1994, *Les Emirats Arabes Unis c/ Westland Helicopters Ltd*, Bull. ASA 1994, p. 404, spéc. p. 410.

<sup>18</sup> *Fondation M. c/ Banque X*, ATF 122 III 139 ; Bull. ASA 1996, p. 527, obs. C. U. MAYER ; RSDIE 1996, p. 586, obs. F. KNOEPFLER.

<sup>19</sup> Décision préc. p. 530-531.

compétence-compétence, en tant qu'il s'adresse aux arbitres, devrait logiquement conduire à la même conclusion.

### 3. *Loi-type de la CNUDCI*

8. La loi-type de la CNUDCI contient une disposition aussi ambiguë que celle de la LDIP suisse en la matière. Elle dispose en son article 8, paragraphe 1<sup>er</sup>, là encore directement inspiré de l'article II paragraphe 3 de la Convention de New York<sup>20</sup>, que « *le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage [...] à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée* ».

Cependant, là encore, certaines juridictions ont interprété ce texte comme ne permettant au juge saisi du fond que d'exercer un contrôle *prima facie* de la convention d'arbitrage. Sans que ces décisions puissent encore être présentées comme une jurisprudence cohérente et bien établie, ces réactions méritent d'être signalées.

La première émane de la Cour de Justice de l'Ontario statuant en application de l'*International Commercial Arbitration Act* de 1988 qui a introduit dans cette province la loi-type de la CNUDCI. Le litige concernait une vente de titres dont le prix devait être ajusté suivant certains paramètres par un tiers présenté dans la décision comme un arbitre. Un litige étant survenu sur la portée des éléments qui pouvaient être ainsi déterminés, une partie a obtenu du premier juge qu'il les fixe avant que l'arbitrage ne puisse se dérouler. Par arrêt du 1<sup>er</sup> mars 1991, la Cour d'appel a infirmé cette décision au motif que, dans le système de la loi-type, « *jurisdiction and scope of authority are for the arbitrator to determine in the first instance, subject to later recourse to set aside the ruling or award* »<sup>21</sup>.

La seconde décision émane de la *Supreme Court of Hong Kong, High Court*, statuant par la voix de Justice Neil Kaplan. Elle a été rendue dans le contexte d'un incident de constitution du tribunal arbitral. Une charte-partie passée entre une société de Singapour et une société de Hong Kong stipulait, par référence à des conditions générales, que tout différend la concernant serait réglé par voie d'arbitrage *ad hoc* à Hong Kong. Assignée en arbitrage en paiement de sommes dues au titre de la charte-partie, la défenderesse invoquait le fait qu'elle n'avait signé aucune convention d'arbitrage et refusait en conséquence de nommer son

<sup>20</sup> Voir *supra* n° 5, note 9.

<sup>21</sup> *Ontario Court of Justice, General Division*, Toronto, Ontario, March 1, 1991, *Yearbook Commercial Arbitration* 1993, p. 166.

arbitre. Saisie d'une demande de nomination d'arbitre aux lieu et place de la partie défaillante, la juridiction de première instance de Hong Kong n'a pas estimé devoir vider de manière définitive la question. Après avoir analysé les dispositions de la loi-type introduite à Hong Kong par l'*Arbitration Ordinance* de 1989, elle se contente de constater que le tribunal arbitral pourra trancher la question de compétence dans sa sentence sur le fond ou dans une sentence préliminaire, sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques. Il en déduit que « *if I am satisfied that there is a plainly arguable case to support the proposition and there was an arbitration agreement which complies with Art. 7 of the Model Law, I should proceed to appoint the arbitrator in the full knowledge that the defendants will not be precluded from raising the point before the arbitrator and having the matter re-considered by the court consequent upon that preliminary ruling* »<sup>22</sup>. C'est dire que le juge étatique doit, à l'occasion du contentieux de la mise en place du tribunal arbitral, se contenter d'un contrôle *prima facie*, comme le requiert l'effet négatif du principe de compétence-compétence.

#### 4. Droit anglais

9. Le droit anglais de l'arbitrage issu de la réforme de 1996 a apporté à l'effet négatif de la compétence-compétence un renfort précieux et, à la vérité, presque inespéré de la part d'un droit qui avait eu tant de difficulté à admettre le principe d'autonomie de la clause compromissoire<sup>23</sup>.

L'article 32 de l'*Arbitration Act* dispose en effet que les juridictions étatiques ne peuvent se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral avant que celui-ci ne se soit déterminé sur la question qu'avec l'accord écrit de toutes les parties ou, si les parties divergent sur ce point, avec la permission du tribunal arbitral. Encore, dans ce dernier cas, le texte subordonne la compétence des juridictions à la condition que la décision de vider la question à ce stade soit de nature à faire réaliser aux parties des économies substantielles, que la demande soit formée rapidement et qu'il y ait des raisons sérieuses que les tribunaux étatiques en connaissent (Sec. 32 [2][b]). La règle est moins mécanique que celle qui impose aux juridictions étatiques de se déclarer incompétentes à l'issue d'un examen

<sup>22</sup> *Supreme Court of Hong Kong, High Court*, July 30, 1992, 1992 HK Law Digest G5 ; Yearbook Commercial Arbitration 1993, p. 180.

<sup>23</sup> Voir la première consécration claire de la règle par la *High Court* dans l'affaire *Harbour c/ Kansa* en 1993 [1993] Q.B. 701, trente ans après l'arrêt *Gosset* de la Cour de cassation française, avant sa reprise à l'article 30 de l'*Arbitration Act* de 1996. Pour une discussion des mérites du principe de compétence-compétence avant la réforme de 1996, voir GAILLARD et VEEDER in : ICCA Congress Series n° 5, *Preventing Delay and Disruption of Arbitration*, Deventer/Boston 1991, p. 162 et s. ; Comp. P. GROSS, *Competence of Competence : An English View*, 8 Arb. Int. 205 (1992).

*prima facie* de la convention d'arbitrage. Elle n'en va pas moins dans le même sens. Il est significatif que ce soit, en cas de désaccord des parties, les arbitres eux-mêmes qui devront inviter les juridictions étatiques à vider le débat de compétence du tribunal arbitral pour que celui-ci puisse avoir lieu devant ces juridictions. En l'absence d'accord des parties ou du tribunal arbitral, les juridictions étatiques ne pourront connaître du contentieux de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage qu'au titre du contrôle de la sentence, comme dans les systèmes juridiques qui consacrent pleinement l'effet négatif de la compétence-compétence.

## II. Le courant hostile à l'effet négatif de la compétence-compétence

10. Au rang des droits qui manifestent une certaine hostilité à l'égard de l'effet négatif du principe de compétence-compétence, on distinguera la situation du droit allemand et celle du droit américain.

### 1. Droit allemand

11. Le droit allemand s'est expressément prononcé sur le sujet à l'occasion de la réforme du 22 décembre 1998. La règle retient d'autant plus l'attention qu'il s'agit d'un des cas dans lesquels le législateur allemand a ajouté aux dispositions de la loi-type de la CNUDCI qui lui a généralement servi de modèle<sup>24</sup>. La loi ajoute à l'article 8 de la loi-type devenu l'article 1032 du ZPO (analogue à l'article 7 de la LDIP suisse ou à l'article II, paragraphe 3, de la Convention de New York) un deuxième paragraphe disposant qu'« *avant la constitution du tribunal arbitral, le tribunal peut être saisi d'une action afin de voir constater l'admissibilité ou l'inadmissibilité du règlement du litige par voie d'arbitrage* ». La disposition reprend la distinction qui figure dans la Convention de Genève de 1961<sup>25</sup> et dans le Nouveau Code de procédure civile français<sup>26</sup> selon que le tribunal arbitral a été ou non saisi (tout en spécifiant utilement que cette saisine s'entend de la constitution du tribunal) mais en tire des conséquences très différentes de celles qui en résultent dans ces systèmes. Lorsque le tribunal aura été constitué, il lui appartiendra de se prononcer sur sa propre compétence, à l'exclusion des juridictions étatiques, à moins que celles-ci n'estiment la convention d'arbitrage « *caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée* ». Contrairement à l'interprétation que le Tribunal fédéral suisse a donné

<sup>24</sup> Voir l'état des différences dressé par P. SCHLOSSER *in* : Rev. arb. 1998, p. 441 et s.

<sup>25</sup> Art. VI (3), voir *supra* n° 5.

<sup>26</sup> Art. 1458 NCPC, voir *supra* n° 6.

de l'article 7 de la LDIP<sup>27</sup>, les auteurs semblent comprendre ce texte comme permettant aux juridictions saisies de vider la question de compétence<sup>28</sup>. En toute hypothèse, avant la constitution du tribunal arbitral, l'article 1032 paragraphe 2 du ZPO permet expressément aux juridictions étatiques de trancher la question de compétence du tribunal arbitral autrement que par un examen *prima facie*<sup>29</sup>. Le droit allemand se montre ainsi hostile à l'effet négatif de la compétence-compétence, probablement à l'idée que l'on réalise une certaine économie de moyens en laissant les juridictions étatiques trancher la difficulté avant que l'arbitrage ne puisse commencer<sup>30</sup>. La Cour Suprême autrichienne s'était également prononcée en ce sens à une époque où la faveur à l'arbitrage était moins prononcée : « *il serait contraire à l'économie des moyens judiciaires qu'une partie qui conteste la compétence d'un tribunal arbitral soit tenue d'achever la procédure devant un tel tribunal et ne puisse agir qu'ensuite en annulation devant les juridictions étatiques compétentes* »<sup>31</sup>.

## 2. Droit américain

12. Le droit américain de l'arbitrage – toujours difficile à cerner en raison de la multiplicité des juridictions susceptibles de se prononcer sur la matière – fournit également de nombreux exemples dans lesquels les juridictions étatiques saisies du fond du litige en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage connaissent en grand détail de la question de la validité et de la portée de cette convention pour décider s'il y a lieu de renvoyer la matière aux arbitres<sup>32</sup>.

La déperdition initiale d'énergie et le risque de perturbation du fonctionnement de l'arbitrage sont ici aggravés par le fait que les juridictions américaines sont encore souvent tentées de raisonner en termes de loi applicable à la convention d'arbitrage<sup>33</sup>, qu'elles soumettent encore souvent cette convention à la

<sup>27</sup> Voir *supra* n° 15.

<sup>28</sup> Voir par ex. SCHLOSSER, *op. cit.* à note 23, p. 298 : l'article 1032 paragraphe 1 du ZPO permettrait à « *n'importe quel tribunal saisi du litige [...] malgré l'existence d'une convention d'arbitrage de se prononcer sur la validité et la portée de celle-ci* ». Le paragraphe 2 ajouté à l'article 1032 du ZPO pourrait cependant être invoqué *a contrario* en faveur de l'adoption d'une position plus proche de celle du Tribunal fédéral suisse.

<sup>29</sup> Voir en ce sens, P. SCHLOSSER, *La nouvelle législation allemande sur l'arbitrage*, Rev. arb. 1998, p. 291, spéc. p. 300.

<sup>30</sup> Sur la valeur de l'argument, voir *infra* n° 14.

<sup>31</sup> *Oberster Gerichtshof*, 2 octobre 1935, SZ 17/131.

<sup>32</sup> Voir par ex. *Comptek Telecom, Inc. v/ IVD Corp.* (WDNY August 1, 1995), 10 Int. Arb. Rep., p. A-1 (September 1995) ; *Yearbook Commercial Arbitration* 1997, p. 905.

<sup>33</sup> Sur les différents courants rencontrés en droit américain, voir E. GAILLARD, *The Validity and Scope of an International Arbitration Agreement*, NYLJ 1998, p. 1 ss. *Adde* W. PARK, *The Arbitrability Dicta in First*

loi choisie par les parties pour régir la convention de fond (au mépris du principe d'autonomie de la convention d'arbitrage) et que la question de l'appréciation de la validité de la clause au regard de ce droit est susceptible de donner lieu à un véritable *trial* avec audition de témoins de fait et d'experts de droit. Ces mécanismes apparaissent extrêmement lourds et inutilement onéreux si on les compare à l'appréciation *prima facie* que les tribunaux français ou suisses peuvent faire d'une convention d'arbitrage avant de renvoyer la matière aux arbitres, chargés de statuer sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques. Les positions très libérales prises par le droit américain sur la question de l'arbitrabilité du litige, qui, comme celle de compétence-compétence, repose sur la confiance faite aux arbitres<sup>34</sup>, et le souci constant d'alléger des procédures judiciaires que chacun s'accorde à reconnaître excessives peuvent cependant laisser espérer une évolution jurisprudentielle sur ce point<sup>35</sup>.

## B. La justification de l'effet négatif de la compétence-compétence

13. *De lege ferenda*, le débat sur l'opportunité de consacrer l'effet négatif du principe de compétence-compétence tourne autour de trois considérations de nature très différente : la réalisation d'économie de moyens (I), le souci de déjouer les manœuvres dilatoires (II) et celui de ne pas perturber les règles d'organisation des compétences judiciaires mises en place, dans un nombre croissant de systèmes juridiques, en matière d'arbitrage (III).

### I. L'argument de l'économie de moyens

14. L'argument de l'économie de moyens peut être invoqué aussi bien à l'encontre qu'en faveur de l'effet négatif de la compétence-compétence. C'est ce raisonnement qui a motivé la décision de 1935 de l'*Oberster Gerichtshof* autrichien de permettre aux juridictions étatiques de se prononcer immédiatement sur le contentieux de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage<sup>36</sup>. C'est également cet argument qui est mis en avant par les auteurs français hostiles à cet aspect du principe de compétence-compétence<sup>37</sup>. Lorsque la convention

*Options v/ Kaplan : What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic ?*, 12 Arb. Int. 137 (1996).

<sup>34</sup> Voir *infra* n° 15.

<sup>35</sup> Voir *infra* n° 16.

<sup>36</sup> Voir *supra* n° 11.

<sup>37</sup> Voir spéc. P. MAYER, *L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence*, Cours de

d'arbitrage est invalide, pourquoi attendre l'issue de l'arbitrage pour permettre aux juridictions étatiques de le constater ? Si tel est le cas, n'est-il pas préférable de le faire constater par une juridiction susceptible de trancher définitivement la question ? A l'inverse, le fait de soumettre la question d'abord à des juridictions étatiques, dont les décisions peuvent souvent faire l'objet d'un appel, puis parfois d'un recours devant une juridiction suprême, n'est pas de nature à accélérer le processus si les juridictions étatiques finissent par admettre l'existence et la validité de la convention d'arbitrage. Le choix entre ces considérations contradictoires dépend largement, en définitive, du degré de confiance accordé à l'arbitrage comme procédé de règlement des différends. Cependant, la reconnaissance de l'effet positif de la compétence-compétence modifie sensiblement les termes de la question. Si les arbitres reçoivent en toute hypothèse le pouvoir de statuer sur le même sujet en vertu de l'effet positif du principe de compétence-compétence, la seule question demeurant ouverte est de savoir si l'ouverture de deux fronts parallèles portant sur le même contentieux réalise une véritable économie. Il est permis de penser que tel n'est pas le cas et que cette dualité de compétence est plus perturbatrice qu'utile. Du moins, les nuances introduites par le droit anglais de l'arbitrage qui vise expressément les économies susceptibles d'être réalisées montrent que l'on peut à tout le moins hésiter sur ce point.

## **II. Le souci de déjouer les manœuvres dilatoires**

15. L'argument tiré du souci de déjouer les manœuvres dilatoires se situe dans le prolongement du précédent. Il justifie cependant de manière plus nette l'effet négatif de la compétence-compétence. Même si les arbitres reçoivent également le pouvoir de se prononcer sur ces questions en vertu de l'effet positif du principe de compétence-compétence, l'existence d'un contentieux parallèle devant les juridictions étatiques sur la validité ou la portée de la convention d'arbitrage ne peut que perturber le déroulement de l'arbitrage. Cette dualité de compétence jointe à l'idée que la décision des juridictions étatiques l'emportera en toute hypothèse, n'est pas de nature à donner aux arbitres le sentiment que leur décision aura une utilité quelconque. Les parties elles-mêmes, connaissant l'importance de la décision des juridictions étatiques, y consacreront l'essentiel de leurs efforts. En d'autres termes, s'il ne s'applique qu'aux arbitres et non aux juridictions étatiques, le principe de compétence-compétence n'est pas de nature à faire véritablement obstacle aux manœuvres dilatoires qu'il était censé déjouer<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> L'Académie de La Haye de droit international, vol. 217 (1998) V, p. 346.

<sup>38</sup> Voir également en ce sens DIMOLITSA, *op. cit.* à note 3, n° 36 p. 338.

Plus fondamentalement, l'effet négatif de la compétence-compétence repose sur l'idée qu'il est possible de faire confiance aux arbitres, au moins dans un premier temps, pour se prononcer sur les questions parfois délicates de validité et de portée de la convention d'arbitrage. Cette philosophie est très exactement celle qui sous-tend la conception large de l'arbitrabilité du litige. S'il est possible de faire confiance aux arbitres pour assurer le respect des exigences de l'ordre public international, sous le contrôle ultérieur des juridictions étatiques, pourquoi ne le serait-il pas, sous les mêmes réserves, pour trancher ces questions généralement d'intérêt privé que sont l'existence et la validité de la convention d'arbitrage ? De façon très cohérente, les droits qui, comme le droit français ou le droit suisse, retiennent une conception large de l'arbitrabilité du litige sont également ceux qui se sont prononcés en faveur de l'effet négatif de la compétence-compétence<sup>39</sup>. C'est cependant une raison de nature purement procédurale qui, selon nous, impose, dans certains systèmes juridiques, de façon définitive, la reconnaissance de cet effet.

### III. L'argument de la centralisation des contentieux

16. L'argument procédural tient à l'effort de centralisation des contentieux réalisé dans certains systèmes juridiques en matière d'arbitrage. Certains droits, au premier rang desquels figure le droit français – dont le génie centralisateur est ici opportun – se sont efforcés de centraliser les contentieux dont les juridictions étatiques sont susceptibles d'être saisies en matière d'arbitrage. En France, seul le Président du Tribunal de grande instance de Paris connaît des incidents de mise en place des tribunaux arbitraux siégeant en France ou soumis à la loi de procédure française. Pour mettre fin aux errements qui avaient été constatés avant la réforme de 1980-81, le contentieux des recours en annulation des sentences a été concentré devant la Cour d'appel du ressort du siège de l'arbitrage. Il en va de même du contentieux de la reconnaissance des sentences rendues à l'étranger qui ne s'exerce au fond que devant les cours d'appel<sup>40</sup>. D'autres droits partagent ce souci, qu'ils portent parfois plus loin. Ainsi le droit suisse a-t-il décidé, très opportunément selon nous<sup>41</sup>, de centraliser devant le Tribunal fédéral le contentieux de l'annulation des sentences arbitrales rendues en Suisse. La même préoccupation d'éviter la dispersion des contentieux se retrouve à l'article 6 de la loi-type de la CNUDCI.

<sup>39</sup> Voir *supra* n° 6 et s. Sur la situation hybride du droit américain, voir *supra* n° 12.

<sup>40</sup> Sur ces questions, voir FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, *op. cit.* à note 3, n° 1560 et s.

<sup>41</sup> Comp., sur le risque d'engorgement du Tribunal fédéral, LALIVE/POUDRET/REYMOND, *op. cit.* à note 6, p. 435.

Ces efforts de rationalisation – et par là même de spécialisation – se trouveraient partiellement ruinés par la condamnation de l'effet négatif de la compétence-compétence. Il appartiendrait en effet dans ce cas à toutes les juridictions qui, en l'absence de convention d'arbitrage, seraient susceptibles de connaître de la matière litigieuse, de trancher la question de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage s'opposant à leur saisine. Leur décision à ce sujet pourrait faire l'objet des voies de recours ordinaires. Or, cette question est précisément l'une de celles qui ont été confiées, dans un souci de rationalisation, aux juridictions compétentes pour connaître des recours en annulation des sentences. Tel est le sens de l'article 1502 1° et 3° du Nouveau Code de procédure civile français, de l'article 190 paragraphe 2 (a) de la LDIP suisse ou de l'article 34 (2)(a)(i) de la loi-type de la CNUDCI. Suivant les hasards des procédures ou l'habileté des plaideurs, la même matière pourrait se trouver tranchée soit par les juridictions désignées par les règles du droit commun soit par les juridictions spécialisées pour connaître des recours en annulation contre les sentences. Mieux, la reconnaissance de l'effet positif de la compétence-compétence mais non celle de son effet négatif risquerait de conduire à des situations très gênantes. Ainsi, par exemple, si l'effet négatif de la compétence-compétence n'avait pas été reconnu en Suisse, la même question de validité ou de portée d'une convention d'arbitrage aurait pu être tranchée dans deux contentieux parallèles, par une juridiction quelconque saisie du fond du litige, puis par une juridiction d'appel, d'une part, et par le Tribunal fédéral lui-même, saisi en application de l'article 190 de la LDIP, d'autre part. Un ordre juridique ne pouvant tolérer une telle concurrence – et l'embarras des contradictions susceptibles d'en résulter – la reconnaissance de l'effet négatif de la compétence-compétence s'imposait. Le raisonnement vaut dans tous les droits qui se sont efforcés de centraliser les contentieux de l'annulation des sentences arbitrales.

L'argument ne s'applique pas dans les droits qui n'ont pas manifesté un tel souci de rationalisation des contentieux relatifs à l'arbitrage, sinon pour souligner que l'absence de reconnaissance de l'effet négatif de la compétence-compétence ne fait qu'aggraver l'impression de chaos qui résulte parfois de la possibilité de voir pratiquement n'importe quelle juridiction connaître de questions fondamentales pour le déroulement de l'arbitrage. La pratique des juridictions américaines rappelle souvent cruellement le fait que le degré de faveur à l'arbitrage qu'un système juridique peut manifester ne se juge pas seulement à la contemplation de la jurisprudence de la Cour suprême de l'Etat considéré mais également à la prévisibilité et à la simplicité des principes appliqués lorsque les juridictions ordinaires se trouvent saisies de questions relatives à l'existence et à la validité d'une convention d'arbitrage.

\*\*\*

En définitive, de par l'importance des économies qu'il est susceptible de faire réaliser dans les Etats où il est reconnu, l'effet négatif du principe de compétence-compétence constitue sans doute aujourd'hui l'un des indicateurs essentiels de la confiance réelle que les différents ordres juridiques font à l'arbitrage.