

**UNIVERSITE PAUL CEZANNE – AIX-MARSEILLE
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D’AIX-
MARSEILLE**

CENTRE DE DROIT MARITIME ET DES TRANSPORTS



**LE PRINCIPE « COMPETENCE-COMPETENCE » DANS LE
CONTENTIEUX MARITIME**



**Mémoire présenté par Marie NIVIERE sous la direction de Monsieur Christian
SCAPEL**

Promotion 2007

*La mer touche au plus profond de
l'Homme.*

*Dans la lumière du soleil, n'est-
elle pas le miroir de l'âme
humaine ?*

Philippe PLESSON

« La Mer »

Je souhaite profiter de ce mémoire pour rendre hommage à tous ceux que j'aime et sans qui je ne serais sûrement pas là aujourd'hui...

Je voudrais d'abord remercier mes parents qui m'ont inculqué la valeur du travail, de l'amour et du dévouement aux gens qu'on aime. Dans une prochaine vie, Papa, j'aimerais que ce soit toi mon père. Maman, est-ce que j'ai quelque chose à moi qui ne sois pas à toi ?

Je voudrais également vous remercier pour m'avoir offert le plus beau cadeau de ma vie : mon petit frère qui est formidable et que j'aime par-dessus tout. Tu es ma plus grande fierté, Sébastien.

Je voudrais ensuite remercier mes grands-parents d'avoir fait ce qu'ils ont fait pour que je puisse exister.

Je remercie ensuite mon arrière grand-père, M. Maurice Launay, et mon grand oncle, M. Marius Launay qui ont été transitaires toute leur vie sur le port de Marseille et qui m'ont transmis leur passion.

Enfin, je remercie mes amis qui me rendent meilleure à mesure que je les trouve meilleurs eux-mêmes. Merci Mark mon meilleur ami, mon frère ; ma Mimi, Ensemble toujours ; mon Anaïs chérie avec qui je passe les meilleurs moments de ma vie ; Cécile une si longue amitié même semée d'embûches est le plus beau cadeau que tu pouvais me faire ; ma Nana ; mes cousines Laurence et Caroline ; mon Nico ; Tom ; Agnès ; Auré ; Luc ; Céline, ma corse préférée ; Shirley ; Karine ; Viro ; ma Gégé et enfin mes trois petits chéris, fraîchement rencontrés, mais que j'aime déjà énormément et qui m'ont fait réaliser que les meilleures rencontres sont celles que l'on attend pas: Fred, Eric et Chri... et bien sûr merci à tous ceux que j'oublie.

Je dédie ce mémoire à la mémoire de mon grand-père,

Roger Perasso.

Je sais que tu veilles sur moi et que tu es fier de ta petite fille.

Tu me manques tous les jours.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier tout particulièrement mes professeurs, Monsieur SCAPEL et Monsieur BONASSIES, qui m'ont inculqué leur savoir tout au long de cette année et qui m'ont enrichie de leurs conseils avisés.

Je remercie également Martine qui nous a, à tous, rendu cette année encore plus agréable.

Je remercie évidemment tous les intervenants du CDMT et particulièrement le Commandant Georges FIGUIERE.

Je remercie enfin tous mes compagnons de bord car il me semble que nous avons formé un super « crew »... Bon voyage et bonne route à vous tous.

LISTE DES ABREVIATIONS

NCPC : Nouveau Code de Procédure Civile

C.civ : Code civil

C.com : Code de commerce

Cass.com : chambre commerciale de la Cour de cassation

Cass.civ : chambre civile de la Cour de cassation

D.M.F : Droit Maritime Français

Rev. Arb : Revue de l'Arbitrage

CJCE : Cour de Justice de la Communauté Européenne

**LE PRINCIPE « COMPÉTENCE-
COMPÉTENCE » DANS LE CONTENTIEUX
MARITIME.**

SOMMAIRE

<u>Introduction</u>	6
<u>Partie 1</u> : Application du principe « compétence-compétence » au contentieux maritime	12
<u>Chapitre 1</u> : Origine et évolution du principe « compétence-compétence »	12
<u>Section 1</u> : Le droit français et le principe « compétence-compétence »	12
<u>Section 2</u> : Le principe « compétence-compétence » et le droit comparé	28
<u>Chapitre 2</u> : L'application du principe « compétence-compétence » au contentieux maritime.....	40
<u>Section 1</u> : Les deux aspects du principe « compétence-compétence » et l'application au contentieux maritime	40
<u>Section 2</u> : Le rôle des juridictions étatiques	50
<u>Partie 2</u> : La question de l'opposabilité de la clause compromissoire entraîne la remise en cause du principe de « compétence-compétence »	60
<u>Chapitre 1</u> : L'opposabilité de la clause compromissoire au destinataire : la question de l'acceptation expresse	60
<u>Section 1</u> : L'opposition entre la Chambre civile et la Chambre commerciale de la Cour de cassation	61
<u>Section 2</u> : Les principes civilistes marquent la spécificité du droit maritime	68
<u>Chapitre 2</u> : La remise en cause du principe « compétence-compétence »	76
<u>Section 1</u> : Le principe « compétence-compétence » : la perte de souveraineté des juges étatiques et la remise en question de son fondement	76
<u>Section 2</u> : Le principe « compétence-compétence », une règle jurisprudentielle à l'encontre de tous les principes directeurs du droit commun connaît un recul nécessaire	84
<u>Conclusion</u>	89
<u>Hommage</u>	91
<u>Bibliographie</u>	92

INTRODUCTION

1 Le contentieux maritime, du fait de son caractère essentiellement international, laisse supposer l'importance qu'il faut accorder à la détermination du tribunal compétent. L'issue même du litige pourra en dépendre.

2 Pour ce faire, deux moyens principaux sont à la disposition des parties :

- le droit international privé régit l'exercice des droits dans la vie internationale. Il règle en effet les conflits de loi ainsi que les conflits de juridiction.

- les parties préféreront dans la plupart des cas que le règlement du litige se fasse plutôt par la voie de l'arbitrage. Dans ce dernier cas, ils inséreront dans le contrat qui les lie une clause dite attributive de compétence, ou clause compromissoire.

3 Divers rappels sur l'arbitrage. L'arbitrage est un mode non judiciaire de règlement des conflits. La différence entre l'arbitre et le juge ne réside pas dans leur fonction mais dans la source de leur pouvoir. Le juge tire ses pouvoirs de l'Etat tandis que l'arbitre est investi de ses pouvoirs contractuellement. L'arbitrage se différencie de la justice traditionnelle « rendue au nom du peuple français » en ce que ce n'est pas un juge étatique qui va trancher le litige mais un ou plusieurs arbitres librement désignés par les litigants. La légitimité de l'arbitrage repose sur le consentement des parties. C'est en effet leur volonté, matérialisée dans une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage, qui justifie qu'une personne privée puisse rendre la justice au nom de ceux qui le lui ont demandé.

4 En droit français, l'arbitrage est admissible, sous réserve des articles 2059 et 2060 du c.civ., entre toute personne en litige, qui conclut alors un compromis. Cependant, l'arbitrage peut être convenu avant tout litige par le biais d'une clause compromissoire par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage tout contentieux qui pourrait naître en relation avec ce contrat. Désormais, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle (Loi du 15 mai 2001 dite « Nouvelle Régulation Economique » ou « N.R.E »).

5 Le droit de l'arbitrage international trouve sa source en droit positif français dans le NCPC (articles 1492 à 1507).

L'article 1492 énonce qu' « *est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international* ».

6 L'arbitrage repose sur une convention. La convention d'arbitrage est un acte juridique par lequel deux parties ou plus décident de confier à une juridiction arbitrale la résolution du litige qui les oppose (compromis) ou qui est susceptible de les opposer (clause compromissoire).

Pour qu'elle soit valable il faut, « *d'une part qu'elle porte sur une matière susceptible d'être tranchée par voie d'arbitrage et d'autre part qu'elle soit passée entre des parties admises à recourir à ce mode de règlement des différends* » (1).

7 Le NCPC ne règle que les questions portant sur le contenu de ces conventions d'arbitrage. Cependant, leur formation, leur régime et leurs effets sont définis par la jurisprudence.

C'est ainsi que la Cour de cassation a, par exemple, admis le principe de validité de la clause compromissoire. Ce principe a été réaffirmé récemment par la Cour (2). Celle-ci est désormais valable par le seul effet de la volonté des parties.

8 Le principal effet de la convention d'arbitrage est de mettre à la charge des parties, en cas de contentieux, l'obligation de saisir le tribunal arbitral ou de le constituer. Le déroulement de la procédure d'arbitrage découle directement de cette convention.

9 Comme toute juridiction, la juridiction arbitrale se doit de statuer dans le cadre de sa compétence. Celle-ci, définie par la clause compromissoire, peut être écartée par la volonté commune des parties. Cependant, si un litige sur la validité de ladite clause intervient, le contentieux sera en principe tranché par l'arbitre. S'il se déclare compétent, la procédure arbitrale se poursuivra et une sentence arbitrale sera prise. En revanche, si l'arbitre se déclare incompétent, la procédure d'arbitrage sera interrompue.

10 La jurisprudence permet donc à l'arbitre de statuer sur l'existence et les limites de la clause compromissoire qui lui confère les pleins pouvoirs pour connaître du fond du litige. L'arrêt ZANZI (*cité en note 2*) fait découler la règle « compétence-compétence » du *principe de validité de la clause d'arbitrage international*.

(1): Fouchard, Gaillard, Goldman, n°532, p.329.

(2): Cass.1^{ère}.civ., 05 janvier 1999, « ZANZI », Rev. Arb. 1999.26

11 L'arbitre est donc compétent pour continuer ou mettre fin à la procédure. C'est l'aspect positif du principe « compétence-compétence ». *A contrario*, les juridictions étatiques sont donc incompétentes pour statuer sur la compétence du tribunal arbitral. C'est l'aspect négatif du principe « compétence-compétence ».

12 Le principe « compétence-compétence » est affirmé de manière constante par la jurisprudence. Ce principe a été dégagé par la jurisprudence étatique en 1949 (3) et est repris par les arbitres eux-mêmes.

13 Le principe « compétence-compétence » s'applique de plus en plus souvent en droit positif français mais il est d'application quasi-universelle. Les droits mexicain, suisse, indien... l'appliquent également. Il a cependant connu un petit recul en droit anglo-saxon avec l'arrêt rendu par la High Court le 20 octobre 2006 et ce malgré l'Arbitration Act 1996 qui a consacré le principe d'autonomie de la clause arbitrale dans sa portée la plus large.

14 Aujourd'hui, et comme nous avons pu le voir précédemment, il est consacré par les textes. En effet, l'article 1466 du NCPC précise que, « *si devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue, le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture* ». Ce texte consacre l'aspect positif du principe « compétence-compétence ». Il est transposable au droit international, et montre à quel point le droit positif est favorable à l'arbitrage en tant que mode de règlement des conflits.

15 Cependant, le principe qui fait l'objet de cette étude ne doit pas être pris seulement sous son angle positif. En effet, l'article 1458 alinéa 2 du NCPC indique que « *si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit (...) se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle* ». Ainsi, le juge étatique doit se déclarer incompétent dès lors que l'une des parties fait état d'une clause compromissoire et ne souhaite pas y renoncer. C'est ainsi que se caractérise l'aspect négatif du principe « compétence-compétence ».

(3) : *Cass.civ.*, 22 février 1949

La Cour de cassation va plus loin en affirmant qu'il est interdit aux juridictions judiciaires de se prononcer sur leur propre compétence à partir du moment où le contrat litigieux, un contrat cadre voire même un contrat accessoire lié d'une façon quelconque au contrat litigieux, contient une clause compromissoire (4).

16 La jurisprudence étatique française a admis que les seules limites au principe dont il est question ici sont la nullité et l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire. Le NCPC prévoit deux cas dans lesquels le juge étatique est habilité à apprécier la nullité de la clause compromissoire.

L'article 1458 alinéa 2 du NCPC dispose que « *si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage soit manifestement nulle* ».

L'article 1444 alinéa 3 du NCPC permet au juge statuant comme en matière de référé d'apprécier le caractère manifestement nul de la clause compromissoire pour refuser de désigner un arbitre.

La jurisprudence rajoute à la limite de la nullité celle de l'inapplicabilité en consacrant le principe selon lequel « *le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause* » sont « *seuls de nature à faire obstacle au principe compétence-compétence* » et ainsi le juge étatique sera amené à intervenir.

17 Il convient cependant de préciser qu'il ne s'agit pas d'une compétence exclusive mais seulement d'une compétence prioritaire dans la mesure où le juge étatique pourra être saisi de la question si la sentence est attaquée.

18 Au vu de ces éléments, il convient de s'interroger sur les effets de la clause et, par conséquent, il faut déterminer à qui elle s'applique. Cette question a créé un trouble dans la jurisprudence puisque, de là, est né un important contentieux entre la chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation sur l'opposabilité de la clause compromissoire au destinataire. Cette dernière, bien plus rigide que la chambre civile, impose une adhésion expresse du destinataire à ladite clause.

(4) : *Cass. I^{ère}.civ.*, 23 janvier 2007, DMF 2007.415

Cette solution pourrait sembler logique car il est bien connu qu'en l'absence de consentement exprès, le tiers à un contrat n'est censé n'accepter que les clauses dites de l'« économie générale du contrat » c'est-à-dire qu'il n'accepterait pas les clauses dérogatoires au droit commun. Le problème s'est d'ailleurs posé sur ce point à propos des clauses « sous-palan » qui ont été jugées dérogatoires au droit commun et qui nécessitent par conséquent un accord exprès. De plus, cela n'irait-il pas à l'encontre des grands principes civilistes comme celui de l'effet relatif des contrats ? En revanche, la chambre civile de la Cour de cassation énonce que le destinataire pouvait connaître l'existence de la clause dès le déchargement et les expertises, et qu'étant usuelle dans un contrat de transport maritime, la clause compromissoire s'imposait à ses subrogés en dehors de tout consentement exprès (5).

19 L'extension de la clause d'arbitrage au tiers bénéficiaire de la stipulation pour autrui est un exemple de l'application de la clause compromissoire à un tiers au contrat par la première chambre civile de la Cour de cassation.

20 La stipulation pour autrui est un contrat par lequel une personne, le stipulant, obtient d'une autre personne, le promettant, qu'elle s'engage envers une troisième personne, le bénéficiaire. Il a pour objet de créer au profit d'un tiers un droit. La naissance de celui-ci au profit du tiers ne nécessite pas le consentement de ce dernier. La Cour de cassation a été confrontée à la question suivante : les effets de la clause d'arbitrage insérée dans le contrat entre stipulant et promettant sont-ils étendus au tiers bénéficiaire ? Dans un arrêt rendu le 11 juillet 2006 par la première chambre civile, l'extension est admise au tiers bénéficiaire de la stipulation pour autrui sans rechercher son consentement (6). La Cour met même à la charge du tiers l'obligation de recourir à l'arbitrage et le soustrait aux juridictions étatiques naturellement compétentes sans rechercher son consentement. Cette solution remet en cause le principe selon lequel nul ne peut être obligé sans son consentement. La chambre commerciale reste d'ailleurs farouchement opposée à une acceptation tacite de la clause compromissoire par les tiers au contrat.

21 Le principe « compétence-compétence » soulève de nombreux débats et critiques. En effet, ce principe, qui favorise l'application de l'arbitrage et qui est d'origine

(5) : arrêt « LINDOS », cass.1^{ère}.civ, 22 novembre 2005

(6) : Cass.1^{ère}.civ., 11 juillet 2006

jurisprudentielle, a été consacré par les textes par voie de décret (7) qui n'a jamais été confirmé par l'Assemblée Nationale. Qu'en est-il donc de sa légalité ? De la même manière, ce principe ne viole t'il pas l'article 1134 du C.civ qui dispose que nul ne peut être tenu par une convention qu'il n'a pas conclue ? Enfin, ce principe semble entraîner la perte quasi-totale de souveraineté des juges étatiques (8). Comme le souligne très justement le Professeur P. Bonnassies dans ses observations sur l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 11 juillet 2006 (9), il semble évident qu'un débat doit être engagé sur la légitimité de ce principe (10).

22 Le principe qui fait donc aujourd'hui l'objet de cette étude pose de nombreux problèmes. Il conviendra, dans un premier temps, d'appréhender la règle « compétence-compétence » dans son application (Partie 1) avant de pouvoir s'interroger sur l'opposabilité de la clause compromissoire aux tiers au contrat qui semble remettre en question le principe (Partie 2).

(7) : Décret du 12 mai 1981

(8) : *Quasi en effet, puisque le juge étatique pourra se prononcer sur le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause compromissoire s'il est saisi du litige et pourra, s'il relève une nullité ou inapplicabilité de ladite clause, faire échec au principe pris dans son aspect négatif. De plus, nous verrons plus tard dans notre étude que le juge a un pouvoir d'appréciation de la sentence qui fera l'objet d'appel et pourra alors déclarer la sentence irrecevable en ce que les arbitres n'étaient pas compétents pour juger du fond de l'affaire.*

(9) : *Cass.1ère.civ., 11 juillet 2006, observations P.Bonnassies, DMF 2007.398*

(10) : *En effet, deux courants de doctrine se sont installés. Le débat promet d'être difficile et délicat entre ceux qui se rangent à l'avis de la première chambre civile et ceux qui s'y opposent farouchement. Il n'en reste pas moins que cette « querelle », selon P.Bonnassies, semble nécessaire pour apprécier la légalité et le bien-fondé de ce principe.*

Partie 1 : Application du principe « compétence-compétence » au contentieux maritime.

23 Comme nous l'avons vu précédemment, le principe « compétence-compétence » est d'origine jurisprudentielle en droit français. Ce principe est appliqué aujourd'hui de manière quasi-universelle et est intégré aux textes de droit positif français (Chapitre 1). Il est articulé autour des deux considérations suivantes. Certes, lorsqu'il est appliqué, soit dans son aspect positif soit dans son aspect négatif, il laisse les juridictions étatiques incompétentes. Mais ces dernières demeurent cependant compétentes pour connaître la validité de la clause compromissoire et peuvent également contrôler postérieurement la sentence rendue par les arbitres (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Origine et évolution du principe « compétence-compétence ».

24 Il semble intéressant ici de se pencher d'une part sur le droit positif français (Section 1) et d'autre part d'étudier globalement l'état des autres droits sur la question (Section 2).

Section 1 : Le droit français et le principe « compétence-compétence ».

25 La règle qui nous intéresse est une invention jurisprudentielle (§1) qui, transposée dans les textes, est devenue un principe d'application certaine (§2).

§1 : Un principe jurisprudentiel à l'origine.

26 Le droit de l'arbitrage dont le principe compétence-compétence est un corollaire existait déjà en droit romain et a connu de nombreuses évolutions (A) jusqu'à l'apparition

dudit principe (B).

A : Evolution de l'arbitrage dans le temps.

27 La doctrine se plaît généralement à dire que l'arbitrage existait déjà pendant l'Antiquité. L'Iliade (11) comporte la description du bouclier d'Achille, qui représenterait, selon une hypothèse récente, un tribunal arbitral statuant au criminel sur la rançon du prix du sang.

28 À partir du XIII^e siècle, l'arbitrage sert à régler de nombreux différends. Par l'arbitrage, les conflits se terminent beaucoup plus rapidement. Il faut tenir compte également de la multiplicité des justices, du nombre incalculable des tribunaux ecclésiastiques et seigneuriaux, et des conflits de compétence qui en découlent. La rancune contre les abus des anciennes justices, l'une des institutions les plus critiquées à la veille de la Révolution (12) entraîna non seulement la destruction des vieilles institutions, mais encore une promotion extrême de l'arbitrage, que l'Assemblée constituante « éleva à la hauteur d'un principe constitutionnel ».

Pourtant, il a été parfois considéré (13) que l'on était en présence de juridictions nouvelles plutôt que d'un véritable arbitrage. Jousse (14), parle d'« arbitrage de droit ou forcé lorsque les juges renvoient d'office devant des arbitres, à l'effet de terminer leurs contestations ; comme il arrive dans quelques affaires, dont la décision consiste plus en fait qu'en droit ».

29 La Constitution du 3 septembre 1791 proclame (16) que « le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du Pouvoir législatif ».

(11) : *L'Iliade*, XVIII, p. 457

(12) : J.-J. Clère, *L'Arbitrage révolutionnaire, apogée et déclin d'une institution*, *Rev. Arb.* 1981. 3

(13) : David, *L'arbitrage dans le commerce international*

(14) : *Traité des arbitrages et compromis*, n° 90

(16) : (16) : *Titre III, chap. V, art. 5*

La Constitution croyait à la vertu du mot « *arbitre* » si bien qu'elle remplaça le titre de « *juges* », conféré par le décret des 16-24 août 1790, par le nom d'« *arbitres publics* » dans la Constitution du 24 juin 1793. Cette Constitution jamais appliquée ainsi que celle du 5 Fructidor an III réaffirmèrent le caractère constitutionnel du principe de l'arbitrage (17).

30 Le décret des 16-24 août 1790 le proclame à l'article 2 qui énonce que « toutes personnes, ayant le libre exercice de leurs droits et de leurs actions, pourront nommer un ou plusieurs arbitres pour se prononcer sur leurs intérêts privés dans tous les cas et en toutes matières, sans exception ».

31 Durant une longue période règne l'idée selon laquelle l'ensemble des règles concernant l'arbitrage est sous-tendu par l'idée qu'en recourant à des arbitres, les plaideurs se privent des garanties qu'offrent les tribunaux officiels. Bourbeau décrit d'ailleurs l'histoire de l'arbitrage de la manière suivante dans un jugement (18) : « *Dans une société qui commence le pénible travail de la civilisation, l'arbitrage est l'ébauche imparfaite des institutions et des garanties judiciaires... Dans une société que l'expérience éclaire enfin de sa lumière tardive, où les pouvoirs ont trouvé leur équilibre, où la justice n'admet que des formes protectrices sous la vigilante sauvegarde de magistrats éclairés, l'arbitrage n'a plus qu'une valeur contestable : qu'on le respecte comme un hommage à la liberté du citoyen ; mais élever trop haut ses bienfaits, c'est préférer l'ombre de la justice à l'éclat dont elle brille sur le siège du magistrat* ».

En réalité, l'arbitrage fut l'objet de vives attaques ainsi que d'une opposition violente au Conseil d'État où Mounier déclara que « le compromis était la satire de l'administration judiciaire ».

(17) : Constitution du 24 juin 1793, art. 86 et Constitution du 5 Fructidor an III, art. 210

(18) : Bourbeau, *Procédure civile*, t. VI, p. 422

32 Non contents d'interdire l'arbitrage, dans toutes les matières où l'ordre public est intéressé et à toutes personnes qui n'ont pas la libre disposition de leurs droits c'est-à-dire aux incapables et aux établissements publics (19), les auteurs du code de procédure civile se sont ingénies à entourer l'arbitrage d'un réseau de dispositions « d'un caractère nettement restrictif », qui le rendaient compliqué et peu pratique.

33 Le débat a ensuite été déplacé sur le terrain d'une hostilité de principe à l'arbitrage. En 1947, Vizioz déclarait ouvertement que la prohibition de la clause compromissoire se défendait mieux sur le terrain de la politique juridique que sur celui de l'exégèse. Il proclamait effectivement que « *carence ou sclérose, l'arbitrage est le symptôme d'un mal qu'il faut chercher à guérir par des réformes appropriées et non laisser se perpétuer et devenir chronique, en cherchant un palliatif dans le recours à la justice privée* ». Très tôt, cette prohibition constitua une gêne considérable pour la pratique. Déjà, lors de l'abrogation de l'arbitrage forcé, en 1856, le législateur se demandait si ce n'était pas « l'occasion de trancher, en matière de société commerciale, la question tant controversée de la clause compromissoire ». La réponse négative ne surprendra pas. En effet, selon un rapport de Rigaud, « *autoriser les associés à s'engager par avance, et le plus souvent sans réflexion, à faire juger par des arbitres inconnus des contestations ignorées, c'était permettre de rétablir par une convention l'arbitrage forcé désormais effacé de la loi ; et nous ne pouvons pas nous rendre coupables d'une pareille inconséquence* ».

(19) : articles 1003 et 1004 du code de procédure civile

34 Devant la gêne considérable que présentait, pour les commerçants français, la nullité d'une clause dont la validité ne faisait aucun doute dans les pays cocontractants, qui avaient mis sur pied des institutions permanentes d'arbitrage auxquelles ils faisaient référence dans leurs contrats, les tribunaux cantonnèrent la nullité aux rapports de droit interne, et reconnurent la validité de la clause en matière internationale (20). Les arrêts « Mardelé » du 19 février 1930 et « Dambricourt » du 27 janvier 1931 qui ont joué un si grand rôle dans la définition de l'arbitrage international (21) ont fixé pour un long temps la jurisprudence : *« Attendu que dès l'instant que ces conventions mettent ainsi en jeu des intérêts de commerce international, et la nullité de la clause compromissoire édictée par l'article 1006 du Code de procédure civile n'étant pas d'ordre public en France, les parties même françaises l'une et l'autre, ont pu valablement, dans un contrat conclu soit à l'étranger soit en France, déroger aux dispositions de ce texte et se référer pour régir leurs accords à une loi étrangère, telle que la loi anglaise, admettant la validité d'une pareille clause... »*

35 En 1894, puis en 1898, un projet de révision du Code de procédure civile avait été déposé à la chambre des députés (22). Rédigé par Garsonnet, l'exposé des motifs contient une série de propositions de réforme destinées selon l'auteur à permettre que l'institution rende, dans l'avenir, de plus grands services qu'elle n'avait fait jusque-là, et dont les principales concernent :

- l'élargissement du domaine de l'arbitrage : suppression de l'interdiction de compromettre sur les contestations dites « sujettes à communication au Ministère Public » pour permettre l'arbitrage lorsque l'ordre public n'est pas intéressé, ainsi qu'aux représentants des incapables et aux mineurs émancipés, assimilation du droit de compromettre au droit de transiger,

- l'admission, en termes généraux et dans tous les contrats, de la clause compromissoire, sous la seule réserve que celle-ci soit non générale, mais attachée à un contrat déterminé,

(20) : A ce sujet voir notamment Cass. civ., 21 nov. 1860

(21) : Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz 1965, n° 95 et suivants

(22) : JO Chambre des Députés, Session extraordinaire 1898, n° 281

- l'exigence de l'imparité pour supprimer le partage entre arbitres et l'institution du tiers-arbitre,

- la révision des dispositions qui régissent les voies de recours contre les sentences arbitrales.

36 En 1922 la chambre de commerce internationale créait à Paris la Cour d'arbitrage pour le commerce international et menait campagne en faveur de la clause compromissoire. Le 24 septembre 1923 était signé à Genève le protocole « *relatif aux clauses d'arbitrage* » par lequel les États reconnaissaient la validité du compromis et de la clause compromissoire.

La loi du 31 décembre 1925 se présente sous la forme d'un article unique, incorporé à l'article 631 du Code de commerce (23) : « *Les tribunaux de commerce connaîtront (...), toutefois, les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viendront à se produire* ».

Ainsi est consacrée la validité de la clause compromissoire dans les matières dont les tribunaux de commerce peuvent connaître. Mais la clause, *a contrario*, reste interdite dans les actes civils ou mixtes. La promotion de l'arbitrage et l'essor que lui donna son institutionnalisation datent de ce moment-là.

37 La Cour de cassation admit la validité de la remise de désignation d'arbitre à un tiers préconstitué le 5 novembre 1936 (24) puis le 26 février 1941. Le 27 février 1939 et le 22 janvier 1946, elle admet que la juridiction de droit commun peut prendre toute mesure utile pour constituer le tribunal arbitral (25).

38 Comme le constatait Motulsky dans le premier numéro de la Revue de l'arbitrage, la jurisprudence avait réussi à assurer la constitution et la mise en œuvre de la juridiction arbitrale sans le concours de la partie récalcitrante (26).

(23) : devenu, par le décret n° 78-329 du 16 mars 1978 l'article L. 411-2 du Code de l'organisation judiciaire

(24) : JCP G 1937, II, 12, note J.L., Gaz. Pal. 1936, 2, p. 942

(25) Cass. civ., 22 janvier 1946, Gaz. Pal. 1946, 1, p. 134

(26) : Motulsky, *le respect de la clause compromissoire*, Rev. Arb. 1955.13

39 La commission nommée le 17 novembre 1944 pour réaliser la réforme de la procédure civile s'était intéressée à l'arbitrage. Le projet, publié en 1955, se composait de quatre livres : de la justice de paix, de la procédure devant les tribunaux de première instance, des arbitrages, des voies de recours. La réforme du Code de procédure civile dont on attendait beaucoup ne vit jamais le jour, le Gouvernement s'étant borné à opérer « *certaines modifications en matière de procédure civile* ». En fait, la seule réforme, opérée indirectement, qui concerne l'arbitrage, le fut par le décret n° 58-1284, qui a entendu faire de la Cour d'appel la seule juridiction du second degré.

40 C'est à la jurisprudence qu'incombait la détermination des pouvoirs des arbitres, s'agissant de l'étendue de leur compétence, dont il fallait savoir si elle comprenait l'examen de la validité de leur saisine. Au milieu du XIXe, la Cour de cassation leur avait dénié toute possibilité de se prononcer sur l'existence ou la validité du contrat dont ils tirent leurs pouvoirs. Mais le 22 décembre 1949, dans l'affaire Caulliez (27), la Cour de cassation semblait trancher en faveur de la compétence des arbitres à statuer sur leur investiture : « ... *toute juridiction même d'exception, étant juge de sa propre compétence, les arbitres avaient le pouvoir et le devoir de vérifier si, eu égard aux termes de la clause compromissoire souscrite par les intéressés, ils étaient compétents pour connaître du différend qui leur était soumis ; – qu'en outre, aucune disposition légale ne les obligeait à surseoir à l'instruction jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'opposition... à l'ordonnance de nomination* ».

41 Cet arrêt marque l'apparition du principe selon lequel les arbitres sont seuls compétents pour statuer sur les limites de leur investiture : le principe « compétence-compétence ».

B : L'affirmation jurisprudentielle du principe « compétence-compétence » : une émergence lente.

42 L'évolution de la jurisprudence en matière d'arbitrage a abouti au principe selon lequel l'arbitre est seul compétent pour statuer sur sa propre compétence.

(27): *JCP G 1949, II, 4899, note Motulsky, S. 1949, I, p. 73*

43 Cependant, ce principe n'était pas évident. En effet, les juges ont tout d'abord considéré qu'il était impossible pour l'arbitre de connaître de la validité de la convention d'arbitrage (28). Les arbitres pouvaient effectivement vérifier leur compétence quant au contenu de la convention d'arbitrage mais ne pouvaient contrôler la validité ou l'existence même de celle-ci.

44 L'arrêt Caulliez inverse ce courant en jugeant que « *toute juridiction même d'exception étant juge de sa propre compétence, les arbitres ont le pouvoir et le devoir de vérifier si, eu égard aux termes de la clause compromissoire souscrite par les intéressés, ils sont compétents pour connaître du différend qui leur est soumis* ».

45 Or, ce revirement de jurisprudence concernait plus l'étendue de la compétence des arbitres que la validité de leur saisine. Voilà pourquoi il n'est guère étonnant qu'en 1953, dans l'affaire Courtieu (29), la Cour de cassation a jugé que « *l'action ayant pour objet de faire déclarer la nullité d'une société relève de la compétence du tribunal de commerce, la clause compromissoire contenue dans les statuts ne pouvant recevoir effet, puisque le litige mettait en cause la validité de ces derniers* ».

46 Dès lors, la jurisprudence considère qu'à partir du moment où la clause compromissoire est remise en cause, les arbitres sont dessaisis et les tribunaux de l'ordre judiciaire retrouvent une compétence exclusive pour connaître du fond du dossier.

47 Les effets de la règle apparaissent avec netteté dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 mars 1974 (30), qui annule une sentence, au motif d'un dépassement par l'arbitre de sa mission, lorsqu'il a statué sur l'existence de ses pouvoirs au lieu de surseoir à statuer selon la demande de la partie intéressée.

(28) : *Cass.rég.*, 18 février 1862

(29) : *Cass.com.*, 06 octobre 1953

(30) : (31) : *Rev. Arb.* 1976.48, note B. Goldman

48 Parallèlement à ce mouvement, la Cour d'Appel de Paris résiste à cette jurisprudence. En effet, elle reconnaît aux arbitres le pouvoir de statuer sur la validité de leur pouvoir juridictionnel (31).

49 La question a rebondi, en matière d'arbitrage international, lorsque la jurisprudence a posé le principe de l'autonomie de la clause compromissoire (32). La Cour de cassation décide que « *l'accord compromissoire présente une complète autonomie juridique excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de l'acte où il est inclus, ou auquel il se rapporte* ». La notion d'autonomie de la clause compromissoire a ensuite évolué vers l'affirmation que la clause compromissoire insérée dans un acte mixte international était toujours valable, et cela nonobstant les dispositions en sens contraire de toute loi étatique, (33). Ce principe a été récemment réaffirmé par la Cour de cassation dans l'affaire Zanzi en 1999.

50 La règle de l'autonomie de la clause compromissoire a été dès lors invoquée pour justifier, en matière internationale, la recevabilité du principe de la compétence de l'arbitre pour statuer sur son investiture. En effet, le principe de l'autonomie de la clause compromissoire interdit que celle-ci ne soit frappée de nullité au motif que la convention principale est nulle. De même, il interdit que soit contestée la validité d'une clause compromissoire insérée dans un acte mixte international.

51 Cependant la question ne se confond pas avec le problème du principe « compétence-compétence ». D'une part, la règle de l'autonomie de la clause compromissoire n'est d'aucune aide dans les cas où la question n'est pas de savoir si une nullité des règles de fond du contrat s'étend à la convention d'arbitrage, mais de savoir comment l'arbitre doit se comporter lorsqu'il est saisi d'une allégation sérieuse de nullité propre à la clause compromissoire (34)

(31): CA Paris, 22 mai 1958 : Rev. Arb. 1958.57

(32) : Cass. Ire civ., 7 mai 1963, Revue critique de DIP 1963. 615

(33) : Cass. Ire civ., 14 déc. 1983, Rev. Arb. 1984.483, note Rondeau-Rivier

(34) : CA Paris, 21 févr. 1974, Rev. Arb. 1975.312

D'autre part et surtout, le problème que pose le principe « compétence-compétence » est une question de procédure qui consiste à se demander si les arbitres ont le droit de se prononcer sur des questions relatives à leur pouvoir juridictionnel, alors que la question de l'autonomie de la clause compromissoire pose un problème de fond qui concerne la validité de cette convention.

52 Pour que le principe de l'autonomie de la clause compromissoire se concrétise devant les arbitres, encore faut-il que ceux-ci aient provisoirement le pouvoir de statuer sur leur propre investiture. Le principe de « compétence-compétence » est préalable à celui de l'autonomie de la clause compromissoire. Ce principe de l'autonomie de la clause compromissoire indique que celle-ci est valable par la seule volonté des parties (35).

53 Cependant, le 6 mai 1971, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation reprend les termes de l'arrêt Caulliez du 22 décembre 1949 et un revirement intervient à nouveau (36) : « *Attendu que toute juridiction, même d'exception, étant juge de sa propre compétence, l'arbitre avait le pouvoir et le devoir, avant tout examen des demandes des parties, de vérifier si, au regard de la convention d'arbitrage par elles souscrite, il était compétent pour connaître du différend qui lui était soumis* ».

54 Le principe « compétence-compétence » est aujourd'hui appliqué dès lors qu'il y a apparence de clause compromissoire (37). Désormais, les arbitres ont une compétence prioritaire pour se prononcer sur leur propre compétence « *sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage* » (38).

55 Depuis quelques années, les différentes formations de la Cour de Cassation ont pris l'habitude de viser le principe « compétence-compétence » soit au visa de l'article 1458 NCPC soit en application du principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence (article 1466 NCPC). Cependant, ce principe n'a été intégré au NCPC qu'après de longs débats et de nombreuses réformes des textes.

(35) : *Cass.1^{ère}.civ., 19 octobre 1999*

(36) : *Cass. 2e civ., 6 mai 1971*

(37) : *Cass.com., 08 octobre 2003 et Cass.1^{ère}.civ., 16 mars 2004*

(38) : *voir notamment Cass.1^{ère}.civ., 16 octobre 2001*

§2 : Intégration du principe dans le NCPC.

56 À défaut d'une réforme d'ensemble du Code de procédure civile, ou même d'une réforme de l'arbitrage, les projets et propositions de lois abondent et sont centrés sur la reconnaissance de la validité de la clause compromissoire (A). C'est par un décret du 12 mai 1981 qu'est intégré dans le NCPC le principe qui fait l'objet de la présente étude (B).

A : Les projets de réforme de l'arbitrage.

57 En 1904, puis après la guerre, l'admission de la clause en droit privé était réclamée. Parallèlement, la proposition de Louis Dreyfus du 7 mai 1907 votée par la chambre en juillet 1908, fut adoptée par le Sénat, après deux rapports présentés par Catalogne les 16 juin et 9 juillet 1925 au nom de la commission de législation civile et devint la loi du 31 décembre 1925. Le projet -encore plus restrictif- du Gouvernement d'admettre la clause compromissoire en matière commerciale, avec interdiction de renoncer à l'appel et de donner aux arbitres le pouvoir d'amiables-compositeurs, projet inspiré de celui de la société d'études législatives, présidée alors par Ambroise Colin n'avait pas le temps d'être examiné. Le 24 septembre 1923 était signé à Genève le protocole « relatif aux clauses d'arbitrage » par lequel les États reconnaissaient la validité du compromis et de la clause compromissoire.

58 La loi du 31 décembre 1925, incorporé à l'article 631 du code de commerce, consacre la validité de la clause compromissoire dans les matières dont les tribunaux de commerce peuvent connaître. Mais la clause reste cependant interdite dans les actes civils ou mixtes.

59 La réforme du Code de procédure civile, dont on attendait beaucoup ne vit jamais le jour, le Gouvernement s'étant borné à opérer « certaines modifications en matière de procédure civile » (39).

(39) : voir le titre du décret n° 58-1289 du 22 décembre 1958

En fait, la seule réforme, opérée indirectement, qui concerne l'arbitrage, le fut par le décret n° 58-1284, qui a entendu faire de la cour d'appel la seule juridiction du second degré. L'article 35 du décret ne visait pas l'arbitrage, et l'article 1023 ne fut modifié que par le décret n° 75-1122 du 5 décembre 1975.

60 Les travaux du Comité français de l'arbitrage ont abouti en janvier 1964 à l'élaboration d'un projet de réforme assez voisin de celui qui fut retenu en 1971 par le Congrès des docteurs en droit (40). On retrouve les mêmes préoccupations : délimitation plus rigoureuse des domaines, arbitrabilité des litiges au regard du pouvoir de s'adresser à la justice pour mettre en œuvre la juridiction arbitrale en cas de résistance d'une des parties, disparition du tiers-arbitre, au profit d'un troisième arbitre, en cas de partage, suppression de la dualité des voies de recours, groupés en un recours unique porté devant la cour d'appel. On aperçoit déjà la réforme qui aura lieu en 1980. Les articles 13 du projet de 1964 et 12 de celui de 1971 comportent le même libellé, quant aux pouvoirs des arbitres à statuer sur leur investiture, et furent admis sans discussion : « Les arbitres saisis de leur mission connaîtront de toutes exceptions, incidents ou moyens de défense opposés à la demande, et se prononceront notamment sur la validité de la convention d'arbitrage ».

61 La Commission de réforme de la procédure civile, créée par l'arrêté du garde des sceaux du 4 avril 1969 fut à l'origine de différents décrets publiés entre 1971 et 1973, et destinés à constituer le NCPC institué par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975.

62 Mais c'est une loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 « instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile » qui apporta « une première retouche au droit de l'arbitrage ». Cette loi, qui opère différentes réformes, n'a pas voulu innover en ce qui concerne l'arbitrage. Et effectivement, les articles 2059 et 2060 du Code civil sont, à peu de choses près, la copie des anciens articles 1003 et 1004 du Code de procédure civile. La transposition dans le Code civil se justifiait par la nature contractuelle de la convention arbitrale, qui n'a pas place, à ce titre, dans un Code de procédure.

(40) : *Rev. Arb.* 1971.61 Et 1971.64

63 L'article 2061 du C.civ pose en principe la nullité de la clause compromissoire :
« *La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi* ».

64 Après de laborieux travaux et de nombreux débats à la Commission de réforme de la procédure civile, l'arbitrage interne connut sa première refonte d'ensemble par un décret de 1980 (41), relatif à l'arbitrage et destiné à s'intégrer dans le NCPC, qui réglementait, en cinquante articles, l'arbitrage interne. Le 12 mai 1981, un décret (42), « instituant les dispositions des livres III et IV du NCPC et modifiant certaines dispositions de ce code », insère le décret du 14 mai 1980 dans le livre IV du NCPC, (43) et édicte en deux titres de ce livre, les dispositions très attendues sur l'arbitrage international (44).

B : Les nouvelles dispositions du NCPC.

65 Le Chapitre IV du NCPC, intitulé « L'Arbitrage », est composé de quatre titres :

- les conventions d'arbitrage
- l'instance arbitrale
- la sentence arbitrale
- les voies de recours

66 On sait que la convention d'arbitrage a pour effet traditionnel de soustraire le litige aux tribunaux officiels (45). Cet effet traditionnel connaît une nouvelle limite. En effet, désormais, la juridiction d'État doit se déclarer incompétente « à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle » (46).

(41) : décret n° 80-354 du 14 mai 1980

(42) : décret n° 81-500 du 12 mai 1981

(43) : articles 1442 à 1491 NCPC

(44) : *Spécificité de l'arbitrage international*, Rev. Arb. 1981.49

(45) : article 1458 NCPC et article 1458 NCPC *in fine*

(46) : article 1458 *in fine*

67 L'innovation principale du Titre 2 consiste en ce que l'arbitre est désormais compétent pour statuer sur la validité ou les limites de son investiture (47). La consécration du principe admis par l'arrêt Caulliez (48) est une innovation capitale par laquelle le législateur reconnaît enfin que l'arbitre est un véritable juge.

68 La convention d'arbitrage produit à la fois un effet positif, l'obligation de recourir à la procédure arbitrale instituée par la clause compromissoire ou par le compromis, et un effet négatif, le dessaisissement des juridictions étatiques. L'article 1444 du NCPC donne un contenu concret à l'effet positif, en autorisant le président du tribunal de grande instance à désigner le ou les arbitres à la place de la partie qui refuse l'arbitrage. L'article 1458 du NCPC rend compte de l'effet négatif de la convention d'arbitrage en posant le principe de l'incompétence de la juridiction de l'État en présence d'une convention d'arbitrage.

69 En consacrant ces principes et en innovant, en reconnaissant le pouvoir de l'arbitre « *de statuer sur la validité ou les limites de son investiture* », le décret du 14 mai 1980 a fait cesser tout doute sur l'existence d'une véritable compétence arbitrale. Il est vrai que les textes nouveaux assimilent l'arbitrage à la justice étatique, renforçant ainsi l'aspect juridictionnel de l'institution.

70 C'est ainsi qu'outre la faculté de statuer sur la validité de leur investiture, les arbitres reçoivent le pouvoir d'ordonner, même d'office, toutes les mesures d'instruction légalement admissibles (49), et sont autorisés à interpréter et à corriger naturellement la sentence qu'ils ont rendue (50). Surtout, celle-ci a l'autorité de la chose jugée dès son prononcé et avant tout exequatur (51). Ces principes favorisent l'existence d'une véritable compétence arbitrale, qui formellement est reconnue par les termes mêmes de l'article 1450 du NCPC, qui dispose que « *les parties ont la faculté de compromettre même au cours d'une instance déjà engagée devant une autre juridiction* ».

(47) : *article 1466 NCPC*

(48) : *JCP G 1949, II, 4899, note Motulsky, S. 1949, I, p. 73*

(49) : *article 1460 alinéa 2 NCPC*

(50) : *article 1475 alinéa 2 NCPC*

(51) : *article 1478 NCPC*

71 L'article 1458 alinéa 1 du NCPC dispose que « *lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une clause d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente* ». L'alinéa 2 du même article formule le même principe, alors même que le tribunal arbitral n'a pas été encore saisi, dès lors qu'il existe une convention d'arbitrage qui n'est pas manifestement nulle. Sous cette dernière réserve qui sera examinée plus loin, les deux alinéas de l'article 1458 du NCPC posent le principe de l'incompétence des tribunaux étatiques. L'alinéa 3 de l'article 1458 du NCPC définit le régime de l'incompétence des tribunaux étatiques en raison d'une convention d'arbitrage en disposant que « *dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence* ».

72 Le droit nouveau de l'arbitrage ne fait, dans l'article 1458 du NCPC, que confirmer le principe bien établi par la jurisprudence de l'incompétence des tribunaux ordinaires en présence d'une convention d'arbitrage.

73 L'article 1466 du NCPC, qui est un corollaire de l'article 1458 NCPC, dispose que « *si devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture* ».

74 Cet article autorise d'une part les arbitres à vérifier les limites de leur investiture, c'est-à-dire l'étendue de leurs pouvoirs par rapport à la convention d'arbitrage, solution déjà donnée par la jurisprudence ancienne, et d'autre part, et là est la nouveauté, la validité de leur investiture, c'est-à-dire soit l'existence même de la convention d'arbitrage, soit sa licéité ou sa nullité. Ainsi disparaît la distinction opérée par la Cour de cassation entre le contrôle de l'étendue de la compétence et celui de l'existence de celle-ci.

75 Le principe « compétence-compétence » procède de la nature juridictionnelle de la mission de l'arbitre. Comme l'écrit le doyen G. Cornu (52), « *l'arbitre est, comme tout juge, juge de sa compétence, ou plutôt premier appréciateur de son pouvoir juridictionnel, cette mission emporte tous les pouvoirs et devoirs qui incombent à un juge, en particulier le pouvoir de statuer sur les questions préalables* ».

(52) : Le décret du 14 mai 1980, relatif à l'arbitrage, *Présentation de la réforme*, Rev.Arb. 1980.586

76 Les arbitres, aux termes de l'article 1466 du NCPC sont juges des limites de leur investiture. Il leur appartiendra de vérifier l'étendue de leur investiture eu égard à la définition de l'objet du litige telle qu'elle résulte du compromis ou des demandes respectives des parties. Pouvant statuer également sur la validité de leur investiture, les arbitres devront apprécier leur compétence dès lors que la convention d'arbitrage elle-même est arguée de nullité, soit en raison de l'inarbitrabilité du litige (53), soit en raison du caractère civil ou mixte de la convention contenant la clause compromissoire, dès lors qu'en droit interne persiste le refus d'admettre la validité de celle-ci dans cette hypothèse (54) soit encore du fait de l'absence d'accord de volonté portant sur l'existence même de la clause d'arbitrage (55).

77 L'article 1484 alinéa 1 du NCPC dispose que « *lorsqu'un litige dont le tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente* ». Cette règle est la conséquence du principe posé par l'article 1466 du NCPC qui reconnaît à l'arbitre le pouvoir de statuer sur la validité ou les limites de son investiture. La combinaison des deux textes a pour conséquence que le tribunal arbitral, dès l'instant qu'il a été saisi du litige, est la seule autorité compétente pour apprécier la réalité ou l'étendue de son investiture. L'exception tirée de l'existence de la clause compromissoire produit dans cette hypothèse un effet absolu dès lors qu'elle a été soulevée *in limine litis*. Elle oblige le tribunal étatique à constater son incompétence.

78 Si l'on suit l'article 1466 du NCPC, il appartient à l'arbitre de statuer non seulement sur la validité de son investiture, mais également sur ses limites. Mais avant le décret du 14 mai 1980, alors même que le pouvoir était reconnu aux arbitres, il appartenait aux tribunaux saisis d'une action au fond d'apprécier si oui ou non l'objet du litige était visé par la convention d'arbitrage (56). Faut-il alors conclure que l'article 1458 du NCPC, en interdisant au tribunal étatique toute appréciation de la compétence des arbitres, lui impose de se déclarer incompétent sans autre vérification ?

(53) : Par exemple si l'objet de l'arbitrage est l'exécution d'un contrat illicite. Voir notamment à ce sujet Cass.com., 21 octobre 1981, Rev. Arb. 1982.264

(54) : Cass. Ire civ., 07 octobre 1980, Rev. Arb. 1982.36

(55) : A ce sujet, voir notamment CA Paris, 13 janvier 1981 Rev. Arb. 1982.66 Et CA Paris, 18 mars 1983, Rev. Arb. 1983.491

(56) : A ce sujet, voir CA Paris, 4 déc. 1981, Rev. Arb. 1982.1311

La solution paraît s'imposer. Il suffit en effet que les arbitres aient été saisis du litige pour que le juge étatique soit incompétent.

79 L'article 1458 alinéa 2 du NCPC dispose que « *si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage soit manifestement nulle* ».

80 L'article 1458 alinéa 2 du NCPC et l'article 1444 alinéa 2 du NCPC limitent l'appréciation par le juge étatique de la compétence des arbitres aux seuls cas où la convention d'arbitrage est manifestement nulle. L'article 1444 alinéa 3 du NCPC précise également que le juge peut refuser de désigner les arbitres si la clause d'arbitrage est insuffisante. Mais dans ce cas, il ne s'agit plus d'apprécier la compétence des arbitres, mais seulement de constater l'impossibilité de leur désignation.

81 La France a été l'un des premiers pays à concevoir un droit moderne de l'arbitrage et cette réglementation, si elle a servi de modèle à de nombreuses réformes étrangères, est antérieure à la publication de la loi-type de la CNUDCI de 1985, qui a rapproché un nombre très important de législations étrangères sur l'arbitrage.

Section 2 : Le principe « compétence-compétence » et le droit comparé.

82 Le paysage mondial du droit de l'arbitrage a été ces dernières années profondément modifié. D'une part, bon nombre de pays ont voulu moderniser, à la suite de la France, leur droit de l'arbitrage. Comme le montrent Fouchard, Gaillard et Goldman, ce spectaculaire mouvement trouve sa cause dans le développement du commerce international et dans celui de la pratique corrélative de l'arbitrage commercial international (57).

(57) : *Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, édition 1996, n° 153*

D'autre part, à la diversité des législations nationales plus ou moins favorables à l'arbitrage, a succédé un remarquable mouvement de rapprochement des législations, dans le sens d'un accès plus facile à l'arbitrage et d'une plus grande efficacité de l'institution.

83 Le moteur de cette unification des droits de l'arbitrage a été la loi-type sur l'arbitrage de la CNUDCI. Il s'agit d'un modèle législatif élaboré au sein de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international, et recommandé aux États par l'assemblée générale de l'ONU (58) La loi-type a inspiré un nombre important de législations (§1). Cependant, certaines législations, du fait de leur originalité ou de leur ressemblance avec le système français, méritent d'être étudiées plus longuement (§2).

§1 : La loi-type de la CNUDCI à l'origine de nombreuses législations.

84 Indépendamment des options choisies, les traits communs de ces législations s'organisent autour de quelques grandes orientations : la reconnaissance de la validité de la clause compromissoire, le recul de l'inarbitrabilité des litiges, la compétence du tribunal arbitral pour statuer sur la réalité de son investiture, la liberté donnée aux parties et aux arbitres d'organiser l'instance arbitrale, la mission donnée au juge de l'Etat d'assister la constitution de la juridiction arbitrale afin de donner tous ses effets à la convention d'arbitrage, le refus de réviser au fond la décision des arbitres (A). Il est intéressant de voir, parallèlement à cette étude, l'état de la législation de nos voisins qui ont été plus ou moins influencés par cette loi (B).

A : Etude succincte des éléments constitutifs de la loi-type.

85 Le droit comparé est marqué par une intense activité législative. Si la refonte du droit de l'arbitrage est un peu plus ancienne dans certains pays, comme en Suisse ou en Belgique, la vague quasi-universelle de réforme législative ne date que d'une dizaine d'années.

(58) : Résolution du 11 déc. 1985

Plus précisément, elle s'est formée en 1979, avec l'« Arbitration Act » anglais, suivi des réformes françaises de 1980 et 1981. Depuis lors, elle ne cesse de déferler. Les causes d'un tel mouvement sont à la fois permanentes et conjoncturelles.

86 Parmi les facteurs agissant à long terme, il faut citer, bien entendu, la croissance des échanges économiques internationaux et donc l'augmentation des litiges qui en résultent. Or, l'arbitrage est aujourd'hui considéré comme la méthode normale de leur règlement. Les Etats qui y étaient hostiles, comme l'Espagne, ou qui soumettaient l'arbitrage, en droit interne, à un encadrement légal et judiciaire rigoureux, comme l'Angleterre, ont dû, sous la pression de l'environnement international, assouplir leurs positions, du moins pour l'arbitrage international, et cela afin de ne pas pénaliser leurs entreprises engagées dans le commerce international. D'où ces réformes. Plus récemment, elles ont été rendues nécessaires, ou du moins utiles, par des facteurs plus conjoncturels, soit d'ordre juridique, soit d'ordre économique. Il y a eu d'abord l'influence des grandes conventions multilatérales auxquelles, pour les mêmes raisons, les Etats se devaient d'adhérer. A cet égard, la Convention de New York de 1958 a joué très souvent un rôle moteur. Aujourd'hui, c'est la loi type de la CNUDCI de 1985 qui est le moyen de moderniser les règles de l'arbitrage international en l'harmonisant avec celles des pays qui s'inspireront de ce même texte.

87 La loi-type s'applique en principe aux seuls arbitrages internationaux, mais rien n'interdit aux États de soumettre également les arbitrages internes à ses règles.

88 La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ou CNUDCI (*en anglais : UNCITRAL*) a proposé, le 21 juin 1985, une législation modèle : la loi-type CNUDCI. Il s'agit de proposer aux États qui le souhaitent d'inclure dans leur législation un texte sur l'arbitrage international qui reprendrait ou s'inspirerait le plus largement possible de ce modèle. Si la Grande-Bretagne s'interroge encore, certains pays ont déjà adopté cette loi type (par exemple le Canada, l'Australie, Chypre, le Nigéria, Hong Kong, ...). La France, la Suisse et les Pays-Bas, ont une législation récente qui ne suit pas cette loi-modèle. Il faut dire que si celle-ci présente des avantages en raison de son caractère globalement favorable à l'arbitrage international, elle souffre de son mode d'élaboration, qui ressemble à celui d'une convention internationale et qui, par conséquent, laisse apparaître des compromis difficiles à

obtenir. La CNUDCI a également proposé un règlement d'arbitrage auquel les parties qui le souhaitent peuvent faire référence.

89 Le principe de la validité de la clause compromissoire est consacré par l'article 7 de la loi-type. Cette dernière impose la forme écrite, mais admet libéralement la formalisation de la clause dans des échanges de correspondances, ou tous moyens de télécommunications. La clause compromissoire par référence à des documents extérieurs à la convention des parties est valable.

90 L'existence d'une convention d'arbitrage rend incompétente la juridiction étatique« à moins que celle-ci ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée », (59), ce qui reste trop imprécis. Mais la saisine du tribunal étatique n'interdit pas aux arbitres de statuer, tant que le juge étatique n'a pas rendu sa décision. Malgré la convention d'arbitrage, des mesures conservatoires ou provisoires peuvent être obtenues du juge de l'État.

91 Le principe de la compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence est consacré par l'article 16, de même que celui de l'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal. Il en résulte que le constat de la nullité du contrat par les arbitres n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa compétence par une sentence avant dire droit ou bien en jugeant du fond du litige.

92 En Europe, le mouvement de réforme a largement précédé la publication de la loi CNUDCI. Par conséquent, très peu de législations européennes ont été inspirées par la loi-type. Cependant, certaines en découlent directement. En revanche, certaines lois antérieures à la loi-type et d'autres qui ont pris le parti de résister à l'uniformisation proposée, ne s'inspirent en rien de la loi-type.

(59) : article 8 de la loi-type

B : L'influence de la loi-type sur les législations.

93 En Europe, très peu de lois s'inspirent de la loi-type CNUDCI (60). Les pays d'Amérique, quant à eux, ont adopté les principes de la loi-type. La loi-type a également servi de modèle en Afrique et au Proche Orient. En Asie, nombreuses sont les législations inspirées directement par la loi CNUDCI (par exemple, l'Ordonnance de Hong-Kong du 6 avril 1990, applicable aux arbitrages internationaux).

94 Les États-Unis disposent depuis 1925 d'une loi fédérale sur l'arbitrage. Mais depuis quelques années, de nombreux États fédérés ont promulgué des lois spéciales sur l'arbitrage qui, pour certains, sont la reproduction de la loi-type CNUDCI (61). Le même phénomène peut être constaté au Canada, traditionnellement hostile à l'arbitrage. La plupart des États fédérés ont intégré la loi-type dans leur législation (62).

95 Cependant, certaines lois ont intégré seulement partiellement les règles de la loi-type, tout en retenant d'autres influences. Le droit tunisien a été modernisé par une loi du 26 avril 1996, (63). Deux sources d'inspiration coexistent : la loi-type très présente et à un degré moindre le droit français. La Chine a modifié son droit de l'arbitrage par une loi du 31 août 1994, (64). La loi-type CNUDCI est toutefois la source principale d'inspiration. Le Brésil s'est doté d'une législation moderne sur l'arbitrage par une loi du 27 septembre 1997, (65). La loi, conformément à la tradition du droit brésilien, a des sources d'inspiration multiples : loi-type de la CNUDCI, mais aussi loi espagnole de 1988, Convention de New York de 1958 et enfin Convention de Panama du 30 janvier 1975.

96 En revanche, certaines législations ne s'inspirent pas de la loi-type CNUDCI, d'une part car la loi réglementant l'arbitrage dans ces États est antérieure à la loi-type et d'autre part car certains États ont souhaité résister à l'uniformisation.

(60) : on citera par exemple la Loi italienne du 5 janvier 1994, *Rev. Arb.* 1994.581.

(61) : Lecuyer-Thieffry, *les nouvelles lois américaines sur l'arbitrage international*, *Rev. Arb.* 1989.43

(62) : Kos-Rabszewicz-Zubkowski, *l'adaptation de la loi-type de la CNUDCI dans les provinces de Common-Law au Canada*, *Rev. Arb.* 1989.37

(63) : *Rev. Arb.* 1993. 721

(64) D. Nedjar, *l'arbitrage international en Chine après la loi du 31 août 1994*, *Rev. Arb.* 1995.411

(65) : *Rev. Arb.* 1997.297

97 Par exemple, on peut citer le droit des États-Unis d'Amérique. . Il relève du « Federal Arbitration Act de 1925 », modifié par la loi du 31 juillet 1970, qui a introduit dans l'ordre juridique américain la Convention de New York de 1958. Mais la jurisprudence fédérale a su moderniser le droit de l'arbitrage en traitant l'institution avec un grand libéralisme allant jusqu'à admettre le « tout arbitrage » (66).

98 La loi néerlandaise du 2 juillet 1986, qui a été intégrée dans le livre IV du Code de procédure civile néerlandais est postérieure aux travaux de la CNUDCI mais n'a pas véritablement été influencée par la loi-type. Elle est sans doute l'exemple le plus achevé d'une réglementation moderne de l'arbitrage, (67). Des dispositions « d'avant garde » témoignent de son pragmatisme : possibilité pour les arbitres de combler les lacunes du contrat ou de l'adapter, possibilité pour le juge Néerlandais de consolider des arbitrages connexes. Le droit Espagnol de l'arbitrage a été modernisé par une loi du 5 décembre 1988 (68) qui met fin à l'hostilité traditionnelle à l'égard de l'arbitrage entretenue par le droit ibérique. Cependant, le droit espagnol reste encore en deçà du mouvement de libéralisation constaté dans les autres législations sur l'arbitrage. C'est ainsi que l'arbitre tenu de juger en droit devra être avocat et que la sentence doit être authentifiée devant un notaire. De même, l'arbitre ne peut être récusé qu'avec son consentement. A défaut, c'est la sentence qui devra être attaquée. Le tribunal arbitral ne peut être constitué avec l'assistance du juge lorsque l'arbitre nommé par les parties n'accepte pas sa mission ou est empêché : la voie judiciaire est alors ouverte pour résoudre le litige.

99 Il convient dans un dernier temps de s'intéresser au cas singulier du droit anglais de l'arbitrage. Celui-ci a été réactualisé à plusieurs reprises en 1950, 1975 et 1979. Une loi du 17 juin 1996, entrée en vigueur le 31 janvier 1997, a une fois de plus réformé le droit anglais de l'arbitrage (69). Les rédacteurs de la loi ont été influencés par la loi-type de la CNUDCI (70). Mais la loi se singularise des modèles législatifs jusqu'à présent évoqués. Elle reste très marquée par les traditions juridiques anglaises de l'arbitrage et les principes de la *Common Law* (71).

(66) : *L'arbitrage ou droit américain* : Rev. Arb. 1988. 3

(67) : Rev. Arb. 1988.389

(68) : Rev. Arb. 1989.353

(69) : Rev. Arb. 1997.93

(70) : Veeder, *La nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage de 1996 : la naissance d'un magnifique éléphant*, Rev. Arb. 1997.3

(71) : Raymond, *L'Arbitration Act, 1986, convergence et originalité*, Rev. Arb. 1987.45

Le droit anglais de l'arbitrage reste original et résiste au courant d'uniformisation des droits de l'arbitrage.

100 Avant sa réforme en 1979, l'« Arbitration Act » de 1950 permettait à toute partie à un arbitrage se déroulant en Angleterre de soumettre à la *High Court* toute question de droit par la voie de la procédure du *special case*. En outre, le juge anglais avait toujours le pouvoir d'annuler une sentence arbitrale rendue dans ce pays lorsqu'elle révélait une erreur de fait ou de droit. Ces deux règles, manifestant l'étroite surveillance du juge anglais sur tout arbitrage se déroulant en Angleterre, s'expliquaient par la tradition juridique et judiciaire anglaise, et semblaient naturelles dans un pays où l'arbitrage est très développé et où les arbitres ne sont pas toujours des juristes expérimentés. Mais elles étaient mal supportées par les entreprises étrangères.

101 Pour maintenir ou plutôt rétablir Londres dans son rôle de place d'arbitrage international, il ne suffisait donc pas d'introduire au Royaume-Uni la Convention de New York, ce qui a été fait avec un grand retard par l'« Arbitration Act » de 1975. Il fallait dégager les arbitrages se déroulant en Angleterre de cette tutelle. L'« Arbitration Act » de 1979 (72) n'y est pas parvenu totalement. Certes, la procédure du *special case* est abrogée, de même que le pouvoir de la High Court d'annuler toute sentence arbitrale pour erreur flagrante de fait ou de droit, mais un droit d'appel devant cette juridiction leur est immédiatement substitué, ainsi qu'une possibilité d'interroger celle-ci sur un point de droit préliminaire. Certes, ces procédures sont moins largement ouvertes que par le passé, et surtout il est possible d'y renoncer par un « *accord d'exclusion* ». Mais si un tel accord peut exceptionnellement intervenir avant la naissance du litige lorsque l'une des parties n'est pas britannique, une exception à cette exception est prévue lorsqu'il s'agit des litiges de droit maritime, ou résultant de contrats d'assurance et de contrats portant sur des matières premières. Or de tels litiges présentent souvent un caractère international.

102 La réforme de 1979 n'a guère simplifié le droit anglais de l'arbitrage. Une réforme a donc été mise en chantier, à la demande générale. Un comité ministériel consultatif, présidé par Lord Justice Mustill, a déposé ses conclusions en juin 1989.

(72) : voir la traduction française, *Rev. Arb.* 1979. 51

Elles sont défavorables à l'adoption de la loi-type de la CNUDCI en Angleterre, au Pays de Galles et en Irlande du Nord, mais préconisent une nouvelle loi pour codifier les principes les plus importants de l'arbitrage en Angleterre, en suivant autant que possible le plan et la terminologie de la loi-type (73). Si cette refonte d'ensemble n'a pas abouti, une loi de 1990 sur l'organisation judiciaire (74) avait déjà tenu compte de ces travaux préparatoires pour introduire quelques aménagements dans la loi de 1950, notamment sur la désignation du deuxième arbitre avec le concours de la *High Court* et la possibilité pour l'arbitre de rejeter une demande pour attitude dilatoire du demandeur.

103 En revanche, conformément aux recommandations du *Scottish Advisory Committee* qui s'était constitué peu après, l'Ecosse estima que la loi modèle de la CNUDCI était parfaitement compatible avec ses intérêts et que son adoption était souhaitable. Elle fut donc introduite, avec des aménagements mineurs, par une loi de 1990.

104 Le principe était donc que seul le juge, et non l'arbitre, était habilité à décider s'il existait une convention d'arbitrage et si celle-ci était valable. Cependant, l'arbitre pouvait se prononcer sur ce point si la clause était assez large et lui en laissait donc le pouvoir. Si l'arbitre s'estimait compétent, il pouvait toutefois poursuivre l'instruction arbitrale en laissant à la partie défenderesse la charge de requérir une décision judiciaire sur ce point. Dans le cas contraire, l'arbitre avait le droit de suspendre l'instruction dans l'attente d'un jugement. Le principe avait donc pour seul effet de permettre à l'arbitre dont la compétence était contestée de poursuivre l'arbitrage s'il estimait que cette contestation n'était pas fondée ou ne justifiait pas à surseoir. Le pouvoir de l'arbitre ne portait donc que sur le déroulement de l'instance.

105 En adoptant, sur le modèle de l'article 16 de la loi-type CNUDCI, le principe de la compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence, l'« Arbitration Act » de 1996 (75) n'a donc pas introduit une règle totalement inconnue du droit anglais.

106 La loi-type, comme nous venons de le voir, a inspiré de nombreux systèmes. Cependant, il existe de nombreuses autres sources du droit de l'arbitrage international.

(73) : *Sir Michael Mustill, Vers une nouvelle loi anglaise sur l'arbitrage, Rev. Arb. 1991.38*

(74) : *Courts and legal services act 1990*

(75) : *section 30 de l'« Arbitration Act » 1996*

§2 : Les autres sources internationales du droit de l'arbitrage.

107 Les accords bilatéraux ont eu une importance considérable mais les conventions internationales, notamment celle de New-York, traitent plus de l'arbitrage (A). Les différents Etats ont alors de nombreuses sources du droit de l'arbitrage (B).

A : Les accords bilatéraux et les conventions multilatérales.

108 À la différence des conventions multilatérales, la plupart des conventions bilatérales qui touchent à l'arbitrage international ne le font qu'accessoirement, leur objet principal est autre. Simplement, l'arbitrage y est traité comme un des volets ou des moyens d'une coopération bilatérale plus large, et les deux états estiment donc opportun, dans ce but, de favoriser l'efficacité des conventions d'arbitrage et des sentences. Plus rares sont les conventions dont l'objet principal est l'arbitrage.

109 Les traités de commerce et de navigation sont anciens et nombreux. Certains avaient pour objet la reconnaissance de la validité des conventions d'arbitrage et l'exécution des sentences arbitrales et pour initiateurs soit les Etats-Unis (76), soit l'URSS (77). D'autres, plus intéressants, ajoutaient à ces stipulations classiques des règles sur la constitution du tribunal arbitral et la procédure à suivre. Mais ces mécanismes, simplement proposés à leurs ressortissants respectifs, ne s'appliquaient que dans la mesure où, dans leurs contrats, ils s'y étaient référés.

110 En ce qui concerne la France, un seul accord bilatéral en vigueur de ce type peut être cité, qui comporte une allusion, fort discrète, à l'arbitrage, et une reconnaissance incidente de la validité des clauses compromissoires dans les relations commerciales franco-soviétiques. C'est l'Accord du 3 septembre 1951 « concernant les relations commerciales réciproques et le statut de la représentation commerciale de l'URSS en France » (78).

(76) : *Traité d'amitié de commerce et de navigation avec la Grèce*, 3 août 1951

(77) : voir par exemple le *Traité de commerce et de navigation avec l'Italie*, 11 décembre 1948

(78) : publié par un décret du 21 février 1953, *Journal Officiel* 27 Février 1953

Il a été prorogé par un protocole du 14 novembre 1958 (79). L'article 11 de cet accord répartit en fonction du lieu de conclusion du contrat ou de l'existence d'une clause attributive de juridiction la compétence des tribunaux français et soviétiques pour « *toutes les contestations relatives aux transactions commerciales conclues entre les organisations économiques soviétiques et les personnes physiques ou morales françaises* », mais ceci « *sous réserve d'une clause compromissoire* ».

111 La Convention d'établissement entre la France et les États-Unis d'Amérique du 15 novembre 1959 est cependant plus connue (80). Si son objet principal est d'accorder la liberté d'établissement et le traitement national dans chacun des Etats aux ressortissants de l'autre Etat, son article III, § 2 stipule que « les contrats passés entre les ressortissants et sociétés de l'une des Hautes Parties contractantes et les ressortissants et sociétés de l'autre Haute Partie contractante, qui prévoient le règlement des litiges par voie d'arbitrage, ne sont pas réputés inapplicables dans le territoire de ladite autre Haute Partie contractante pour le seul motif que le lieu désigné pour la procédure d'arbitrage est situé en dehors desdits territoires, ou que la nationalité de l'un ou plusieurs des arbitres n'est pas celle de ladite autre Haute Partie contractante. Aucune sentence arbitrale, dûment rendue conformément à un contrat de cette nature et qui serait définitive et exécutoire en vertu de la loi du lieu où elle a été rendue, ne sera réputée nulle et ne sera privée de moyens d'exécution efficaces dans les territoires de chacune des Hautes Parties contractantes pour le seul motif que le lieu où la sentence a été rendue est situé en dehors desdits territoires ou que la nationalité de l'un ou plusieurs arbitres n'est pas celle de ladite Haute Partie contractante ».

112 Le but de cette disposition est limité. Il s'agit en effet de connaître la validité des conventions qui organisent un véritable arbitrage international, se déroulant dans un pays tiers avec un ou plusieurs arbitres de nationalité tierce, ainsi que des sentences qui en découlent. Comme, en France, de telles particularités n'ont jamais donné lieu à difficultés, et comme les Etats-Unis ont finalement ratifié la Convention de New York, qui écarte implicitement de tels griefs, l'intérêt de cette disposition ne semble plus qu'historique.

(79) : publié par un décret du 2 juillet 1959, *Journal Officiel* 8 Juillet 1959

(80) : publiée par un décret du 7 décembre 1960, *Journal Officiel* 15 Décembre

113 La France a conclu, avec certains pays en développement, des accords bilatéraux dont l'objet est uniquement l'arbitrage. Réticents, à tort ou à raison, face aux types d'arbitrage international habituellement pratiqués, ces pays étaient disposés cependant, pour développer les échanges commerciaux et technologiques avec le Nord, à accepter l'arbitrage comme méthode de règlement des litiges. Ils ont donc cherché à conclure avec l'Etat dont ressortissent les entreprises qui seront leurs partenaires, un accord proposant un système d'arbitrage spécial. Les entreprises des deux pays y feront référence dans les contrats qu'elles passeront entre elles.

114 On peut citer par exemple un règlement d'arbitrage qui a été adopté dans un Échange de lettre franco-algérien du 27 mars 1983 (81). Les deux Etats se bornent à proposer à leurs entreprises respectives un système d'arbitrage, qui ne s'appliquera que si tel ou tel contrat franco-algérien y a fait référence. Si les règles de procédure sont dans l'ensemble conformes aux tendances et pratiques modernes en matière internationale, le règlement se montre plus original quant au mécanisme retenu pour la constitution du tribunal arbitral. En effet, faute par le défendeur de désigner « son » arbitre, il le sera par un magistrat français ou algérien selon le cas et, en cas de défaillance de cette première autorité de désignation, une autre sera choisie par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye. Quant au troisième arbitre, le Président du Collège arbitral, il sera tiré au sort par les premiers arbitres sur une liste de dix noms préalablement établie d'un commun accord par les deux parties et annexée au contrat.

115 À côté de ces accords bilatéraux, il existe de nombreuses conventions multilatérales. En revanche, la plupart d'entre elles portent exclusivement sur l'arbitrage.

116 La plus importante est la Convention de New-York du 10 juin 1958 dite « Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ». Elle fut signée par 25 Etats, dont la France. A la date du 1er janvier 1993 seuls deux d'entre eux ne l'avaient pas ratifiée, le Salvador et le Pakistan.

(81) : voir son texte : *Rev. Arb.* 1986.311

Ratifiée par la France le 26 juin 1959, elle est entrée en vigueur le 24 septembre 1959 et a été publiée par décret du 1er septembre 1959 (82). Au total, à la date du 1er janvier 1993, 89 Etats étaient liés par la Convention de New York, soit après ratification, soit après adhésion.

117 En ce qui concerne la convention d'arbitrage, l'article 2 de la Convention de New York a le grand mérite d'édicter un principe général de reconnaissance de la clause compromissoire et de fixer, également au seul moyen d'une règle matérielle, les conditions de forme et les effets de toute convention d'arbitrage. Cette Convention impose le respect de la convention d'arbitrage par le juge étatique saisi du fond. Elle ne pose aucune règle de priorité entre le juge et l'arbitre. Elle ne consacre donc pas le principe qui fait l'objet de notre étude mais assure la reconnaissance de la convention d'arbitrage par le juge étranger.

118 Les Etats ont désormais une pluralité de sources de droit de l'arbitrage, aussi bien internes qu'internationales.

B : Application du droit de l'arbitrage en droit comparé.

119 La Convention européenne de 1961, reprise par la Convention de Washington du 18 mars 1965, reconnaît à l'arbitre dont la compétence est contestée, « le pouvoir de statuer sur sa propre compétence et sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat dont cette convention fait partie ».

120 La règle est consacrée en Suisse. La doctrine considère qu'il s'agit d'une règle impérative, de telle sorte que les parties ne sauraient priver l'arbitre de ce pouvoir pour le conférer à une autre autorité, qu'elle soit institutionnelle ou judiciaire. Les parties peuvent renoncer à tous recours ou seulement à un recours portant sur la compétence et attribuer à l'arbitre le pouvoir de décider définitivement de sa compétence, sous réserve du seul contrôle au stade de la reconnaissance de la sentence.

(82) : *Journal Officiel* 6 Septembre 1959

121 Il en va de même en droit belge et en droit suédois. La loi suédoise de 1999 reconnaît aux arbitres le pouvoir de statuer sur leur propre compétence mais ajoute qu'une telle décision n'empêche pas les parties de requérir un jugement à ce sujet, ni les arbitres de poursuivre la procédure arbitrale. Cependant, elle admet le contrôle direct par le juge.

122 Le droit allemand n'autorise une action en contestation de la recevabilité ou de l'irrecevabilité d'une procédure arbitrale que jusqu'à la constitution du tribunal arbitral.

123 Les droits allemand, belge, hollandais, anglais et suédois ne reconnaissent aucune priorité à l'arbitre pour statuer sur sa compétence.

124 Cependant, en France, la compétence des arbitres reste prioritaire dès lors qu'il y a une clause compromissoire même si les juridictions étatiques conservent un pouvoir de contrôle de cette clause.

Chapitre 2 : L'application du principe « compétence-compétence » au contentieux maritime.

125 La convention d'arbitrage produit à la fois un effet positif, l'obligation de recourir à la procédure arbitrale instituée par la clause compromissoire ou par le compromis, et un effet négatif, le dessaisissement des juridictions étatiques (Section 1). Cependant, le NCPC prévoit deux cas dans lesquels le juge étatique sera habilité à apprécier la compétence des arbitres. Les juridictions étatiques conservent donc un certain rôle (Section 2).

Section 1 : Les deux aspects du principe « compétence-compétence » et son application au contentieux maritime.

126 L'article 1444 du NCPC donne un contenu concret à l'effet positif, en autorisant le président du tribunal de grande instance à désigner le ou les arbitres à la place de la partie qui refuse l'arbitrage. L'article 1458 du NCPC rend compte de l'effet négatif de la convention d'arbitrage en posant le principe de l'incompétence de la juridiction de l'État en présence d'une

convention d'arbitrage (§1). Mais c'est dans le contentieux maritime que ce principe trouve sa plus importante application (§2).

§1 : Le principe « compétence-compétence » dans son aspect positif et dans son aspect négatif.

127 Le nouveau droit de l'arbitrage introduit des innovations considérables pour régler la question de la contestation de la compétence arbitrale. Avant le décret du 14 mai 1980, une jurisprudence très contestée posait la règle que les arbitres ne pouvaient statuer sur la réalité de leur investiture. Il en résultait que seules les juridictions de droit commun pouvaient vérifier la validité de l'investiture des arbitres. Ces derniers devaient surseoir à leurs opérations jusqu'à la solution de la question par le tribunal étatique compétent. Le décret du 14 mai 1980 bouleverse les solutions antérieures. Désormais, le NCPC prévoit que dès lors qu'il y a une clause compromissoire dans un contrat, les arbitres sont seuls compétents pour statuer sur leur propre compétence. *A contrario*, si les juridictions étatiques sont saisies du litige, elles devront se déclarer incompétentes et surseoir à statuer jusqu'à ce que les arbitres aient rendu leur sentence (A). Cependant, les arbitres ont le pouvoir de soulever d'office leur incompétence (B).

A : Les deux aspects du principe « compétence-compétence ».

128 L'article 1466 du NCPC dispose que « *si devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture* ». La conséquence de ces règles est que seul le tribunal arbitral est habilité à juger de la contestation de la compétence arbitrale dès lors qu'il a été saisi, conjointement par les deux parties ou à la demande de la partie la plus diligente.

129 Cet article non seulement autorise les arbitres à vérifier les limites de leur investiture, c'est-à-dire l'étendue de leurs pouvoirs par rapport à la convention d'arbitrage, solution déjà donnée par la jurisprudence ancienne, mais aussi, et là est la nouveauté, la validité de leur investiture, c'est-à-dire soit l'existence même de la convention d'arbitrage, soit sa licéité ou sa nullité.

130 Le principe de « compétence-compétence » posé par l'article 1466 du NCPC procède de la nature juridictionnelle de la mission de l'arbitre. Comme l'écrit le doyen G. Cornu (83), « l'arbitre est, comme tout juge, juge de sa compétence, ou plutôt premier appréciateur de son pouvoir juridictionnel, cette mission emporte tous les pouvoirs et devoirs qui incombent à un juge, en particulier le pouvoir de statuer sur les questions préliminaires ». Le NCPC accentue en la matière l'assimilation de l'arbitre au juge en le soumettant à la règle commune qui veut que chaque juridiction soit en principe juge de sa compétence.

131 Les arbitres, aux termes de l'article 1466 du NCPC, sont donc juges des limites de leur investiture. Il leur appartiendra de vérifier l'étendue de leur investiture eu égard à la définition de l'objet du litige telle qu'elle résulte de la clause compromissoire. De même, les arbitres devront apprécier la validité de leur investiture si la validité de la convention principale contenant la clause compromissoire est contestée, soit en raison d'un vice du consentement, soit en raison de sa nullité eu égard à l'ordre public. Lorsque l'arbitrage est international, le problème n'a pas lieu d'être, car l'arbitre est autorisé à retenir sa compétence tout en jugeant nulle la convention principale, et cela pour statuer sur les conséquences de celle-ci.

132 Corollaire du principe ainsi formulé, l'article 1458 du NCPC dispose que « lorsqu'un litige dont un tribunal est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente ». La conséquence de ces règles est que seul le tribunal arbitral est habilité à juger de la contestation de la compétence arbitrale dès lors qu'il a été saisi, conjointement par les deux parties ou à la demande de la partie la plus diligente.

(83) : *Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage, Présentation de la réforme, Rev. Arb. 1980.586*

Dans tous les cas, la juridiction étatique est incompétente pour statuer sur le fond du litige comme sur la contestation de la compétence des arbitres.

133 L'article 1484 alinéa 1 du NCPC dispose que « *lorsqu'un litige dont le tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente* ». Cette règle est la conséquence du principe posé par l'article 1466 du NCPC qui reconnaît à l'arbitre pouvoir de statuer sur la validité ou les limites de son investiture. La combinaison des deux textes a pour conséquence que le tribunal arbitral, dès l'instant qu'il a été saisi du litige, est la seule autorité compétente pour apprécier la réalité ou l'étendue de son investiture. L'exception tirée de l'existence de la clause compromissoire produit dans cette hypothèse un effet absolu dès lors qu'elle a été soulevée *in limine litis*. Elle oblige le tribunal étatique à constater son incompétence.

134 La règle soulève cependant des difficultés d'interprétation. Il est certain, tout d'abord qu'elle interdit au juge étatique d'apprécier la validité de la convention d'arbitrage. Il appartient alors à la partie la plus diligente de saisir le tribunal arbitral, et éventuellement à son adversaire de provoquer devant les arbitres l'examen de l'investiture du tribunal arbitral. Cependant doit-on au moins admettre que le juge étatique vérifie préalablement l'existence de la convention d'arbitrage ?

135 Le texte énonce que le tribunal arbitral doit avoir été saisi en vertu d'une convention d'arbitrage pour que le tribunal étatique se déclare incompétent ce qui peut impliquer l'obligation pour ce dernier de constater l'existence de celle-ci. Si tel est le cas, l'étendue de ce contrôle préalable doit être déterminée. En particulier, le juge étatique est-il habilité à vérifier la réalité du consentement des parties à l'arbitrage ? Doit-il au contraire se satisfaire de l'existence purement formelle de la convention d'arbitrage et laisser aux arbitres le soin d'apprécier la réalité du consentement des parties à celle-ci ? Le contrôle du juge étatique, dans cette dernière hypothèse, ne porterait que sur « l'apparence » de la convention d'arbitrage. En ce sens, il suffirait que conformément à l'article 1443 du NCPC, la clause compromissoire soit stipulée dans un écrit ou que le compromis, en application de l'article 1449 du NCPC soit constaté par un écrit pour que le tribunal étatique se déclare incompétent. Il appartiendra alors à l'arbitre de rechercher, si derrière l'apparence, un vice du consentement, voire même l'absence d'un réel échange de volonté, rend la clause inexistante. Seule la dernière interprétation doit être retenue, car elle seule est compatible avec l'idée que l'arbitre,

juge de l'action, est aussi juge de l'exception. La vérification de l'existence de la convention d'arbitrage par la juridiction étatique ne peut être que formelle. Cependant, il semble que même ce contrôle minimum n'a pas lieu de prospérer devant le juge de l'État. L'incompétence de la juridiction étatique doit résulter de la seule constatation que le litige a été porté devant le tribunal arbitral, sans qu'aucune discussion ne puisse avoir lieu devant le juge de l'État sur le fondement de l'investiture de l'arbitre.

136 Cette observation permet de résoudre la question de la répartition qui doit être parfois opérée entre le domaine respectif de la compétence arbitrale et celle du juge étatique à propos d'un même litige. La difficulté naît dès lors que la convention d'arbitrage ne donne pas aux arbitres une compétence générale pour juger de l'intégralité du litige survenant à propos de la convention principale. Doit-on alors admettre que le juge étatique puisse constater que l'objet du litige porté devant lui n'entre pas dans la prévision de l'arbitrage ? Faut-il au contraire conclure que le tribunal étatique doit seulement constater que l'arbitre a été saisi et lui laisser déterminer ensuite l'étendue de ses compétences eu égard à la convention d'arbitrage et à la matière litigieuse ?

137 Si l'on suit l'article 1466 du NCPC, il appartient à l'arbitre de statuer non seulement sur la validité de son investiture, mais également sur ces limites. Seulement avant le décret du 14 mai 1980, alors même que le pouvoir était reconnu aux arbitres, il appartenait aux tribunaux saisis d'une action au fond d'apprécier si oui ou non l'objet du litige était visé par la convention d'arbitrage (84). Faut-il alors conclure que l'article 1458 du NCPC, en interdisant au tribunal étatique toute appréciation de la compétence des arbitres, lui impose de se déclarer incompétent sans autre vérification ? La solution paraît s'imposer. Il suffit que les arbitres aient été saisis du litige pour que le juge étatique soit incompétent.

138 Cependant, en France, l'effet positif du principe « compétence-compétence » n'est expressément consacré que pour l'arbitrage interne. En effet, cette disposition, de même que l'article 1458 du NCPC qui consacre l'effet négatif dudit principe, n'est applicable à l'arbitrage international que lorsque celui-ci est soumis à la loi française, en vertu de l'article 1495 du NCPC.

(84) : voir par exemple, CA Paris, 4 déc. 1981, Rev. Arb. 1982.1311, note J. Rubellin-Devichi

139 Pour conclure, nous pouvons dire qu'à la vue de la législation et de la jurisprudence en vigueur, seul le tribunal arbitral devrait pouvoir statuer sur son incompétence. L'article 92 du NCPC dispose que l'incompétence peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public. Cet article n'est pas directement transposable en matière d'arbitrage. La convention d'arbitrage provoque l'incompétence de l'ensemble des tribunaux étatiques, et cela, quelle que soit la matière. Cependant, cette impossibilité d'assimilation n'interdit pas aux arbitres de soulever d'office, dans certains cas, leur incompétence. Seulement, le fondement de ce pouvoir doit être recherché, eu égard à l'origine contractuelle de l'arbitrage, dans le droit commun des obligations.

B : Le pouvoir des arbitres de soulever d'office leur incompétence.

140 Aucun texte ne précise quel est le régime de l'exception d'incompétence formulée par l'une des parties devant les arbitres. Seule la Convention de Genève de 1961, applicable en matière d'arbitrage international dispose dans son article 5 que l'exception tirée de la nullité ou de la caducité de la convention d'arbitrage doit être soulevée « *au plus tard au moment de présenter les défenses sur le fond* ».

141 C'est, en effet, eu égard à la convention d'arbitrage et à son existence ou à sa licéité, que l'arbitre doit vérifier la réalité de son investiture. Si la convention d'arbitrage est illicite, l'arbitre ne peut que se déclarer d'office incompétent, en raison de la nullité de la convention qui fonde son investiture. Comme tout juge, l'arbitre ne peut participer à l'exécution d'un contrat illicite (85).

142 On pourrait, en effet, prétendre que l'arbitre ne peut prononcer la nullité de la convention d'arbitrage, si aucune des parties ne le lui a demandé.

(85) : voir sur ce point : P. Mayer, *L'arbitre et le contrat, le contrat illicite*, Rev. Arb. 1984.216

Mais, en réalité, l'arbitre, à proprement parler, n'annule pas cette convention. Il tire seulement les conséquences de la nullité absolue qui frappe la clause d'arbitrage en se déclarant incompétent.

143 Statuant sur l'incident de compétence, l'arbitre le jugera soit fondé, et rendra une sentence aux termes de laquelle il se déclarera incompétent pour juger au fond, soit, au contraire, il reconnaîtra sa compétence et jugera au fond. Dans cette dernière hypothèse, rien n'interdit qu'il statue sur sa compétence par une sentence avant-dire droit, ou au contraire qu'il juge dans la même sentence à la fois la difficulté soulevée sur sa compétence, et le litige au fond.

144 Lorsque se pose non plus un problème relatif à la validité de l'investiture des arbitres, mais à l'étendue de sa compétence, la question doit être autrement abordée. La nature contractuelle de l'arbitrage implique que les parties puissent en cours d'instance étendre l'étendue de la compétence des arbitres. Il en résulte que, dès lors que l'adversaire de l'auteur d'une demande qui échappe à l'objet de la convention d'arbitrage ne soulève pas l'irrecevabilité de celle-ci et acquiesce explicitement ou implicitement à l'extension du litige porté devant l'arbitre, il y a rencontre des volontés constitutive d'un nouveau compromis. On voit mal alors pourquoi l'arbitre, d'office, devrait repousser une telle demande. Il appartient à l'autre partie de soulever l'irrecevabilité de celle-ci.

145 Maintenant que nous avons posé les bases du principe « compétence-compétence », il convient de s'intéresser à l'application de ce principe en matière maritime où la jurisprudence est foisonnante.

§2 : L'application du principe en matière maritime.

146 Le principe « compétence-compétence », dans le contentieux maritime, trouve son application principalement dans son aspect négatif. En effet, dès qu'un litige oppose les différentes parties à un contrat de transport, l'une d'elles saisira généralement la juridiction judiciaire normalement compétente.

Cependant, dès lors qu'il y a apparence de clause compromissoire dans ce contrat, l'arbitre devra être appelé à statuer sur sa compétence (86).

147 La partie présentée ici rendra compte de la jurisprudence en la matière par le biais d'un panorama jurisprudentiel qui nous permettra de comprendre le fonctionnement et l'application de ce principe qui a fait l'objet de tant de controverses.

148 Nous l'avons vu, le principe « compétence-compétence » a été dégagé par la Cour de cassation dès 1949 (*cité supra* 28) et a été par la suite réaffirmé de manière constante.

149 Prenons un premier exemple. La Cour d'appel de Paris, saisie d'une action contre la société de classification américaine American Bureau of Shipping (ABS) concernant des avaries ayant affecté le navire *Tag Hauer* avait déclaré le Tribunal de commerce compétent, nonobstant la clause d'arbitrage invoquée par ABS. **La décision est censurée par la Cour de cassation. En effet, les juges d'Appel avaient ignoré le principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer seul sur sa propre compétence** (87)

150 Dans une affaire approximativement similaire, la Cour d'appel De Rouen, dans un arrêt rendu le 04 décembre 2004 (88). En l'espèce, le destinataire d'une cargaison avait assigné le transporteur devant le Tribunal de commerce de Rouen. Cependant, le transporteur a invoqué la clause compromissoire figurant sur la charte-partie sous couvert de laquelle le connaissance litigieux avait été émis pour demander l'incompétence de la juridiction étatique. **La Cour décide « qu'en vertu du principe de « compétence-compétence », selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, la juridiction étatique est sans pouvoir pour se prononcer sur cette question et se saisir du litige soumis à l'arbitrage ».**

151 Dans un arrêt rendu le 16 mars 2004 par la première Chambre civile de la Cour de cassation, les faits étaient les suivants. Une cargaison de farine avait subi des avaries lors de son transport sur un navire affrété au voyage.

(86) : voir en ce sens *Cass.com.*, 08 octobre 2003 et *Cass.1^{ère}.civ.*, 16 mars 2004

(87) : *Cass.1^{ère}.civ.*, 01 décembre 1999, « Navire *Tag Hauer* »

(88) : *CA Rouen*, 04 décembre 2004, « Navire *Pella* », *DMF* 2004.257

Le destinataire céda ses droits à l'affréteur du navire. C'est donc lui qui, en qualité de cessionnaire des droits du destinataire, reçut l'indemnisation. Les assureurs subrogés dans les droits du destinataire agirent devant les juridictions françaises contre le fréteur au voyage en sa qualité de transporteur.

Ce dernier souleva une exception d'incompétence au profit du Tribunal arbitral invoquant une clause compromissoire incluse dans la charte-partie. Le Tribunal de commerce de Boulogne rejeta cette exception d'incompétence et se déclara compétent. En revanche, la Cour d'appel de Douai accueillit l'exception d'incompétence. L'arrêt rendu par la Cour de cassation rappelle le principe « compétence-compétence » qui confère à l'arbitre une priorité chronologique pour apprécier sa compétence. **En effet, quand le Tribunal arbitral n'est pas encore saisi alors que les juridictions judiciaires le sont, comme c'était le cas en l'espèce, l'effet négatif de principe « compétence-compétence » joue quand même.** La Cour de cassation précise que « *la Cour d'appel, procédant à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision au regard du principe selon lequel il appartient à l'arbitre par priorité, de statuer sur sa propre compétence sauf nullité ou inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage* » (*sur la nullité et l'inapplicabilité manifestes de la clause compromissoire, voir section 2 du présent chapitre*).

152 L'arrêt « PELLA » rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 21 février 2006 valorise encore le principe « compétence-compétence ». L'arbitre dont la compétence reposant sur une clause compromissoire est contestée ne doit pas se dessaisir de l'affaire. Il doit au contraire le retenir, sauf pour lui, à justifier sa compétence. L'apport de cet arrêt est que **dès lors que l'une des parties fait état d'une clause compromissoire et n'entend pas y renoncer, le juge étatique doit refuser sa compétence. Il appartiendra à l'arbitre de se prononcer par priorité sur sa compétence.** Ce dernier a alors toute compétence pour se prononcer sur la validité, l'applicabilité et l'opposabilité de la clause (*sur l'opposabilité de la clause, voir la deuxième partie du mémoire*).

153 L'arrêt « LINDOS » (89) applique encore le principe « compétence-compétence ».

(89) : Cass. 1^{ère} civ., 22 novembre 2005, DMF 2006.16

Dans cette affaire, afin de voir écartée la validité de la clause compromissoire contenue dans le contrat de transport, les assureurs subrogés dans les droits du destinataire des marchandises soutenaient que le principe « compétence-compétence » suppose nécessairement pour son application que l'arbitre soit déjà désigné ou que le Tribunal arbitral soit déjà constitué lorsque naît la contestation. **Cependant, la première Chambre civile de la Cour de cassation justifie l'accueil de l'exception d'arbitrage au regard du principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, sous contrôle éventuel du juge, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage.**

154 Récemment, la première Chambre civile de la Cour de cassation a réaffirmé le principe faisant l'objet de la présente étude (90). Dans cette affaire, la clause relative au litige prévoyait « *l'arbitrage de la capitainerie maritime de Vinaros, et à défaut la compétence des juridictions de la ville de Vinaros* ». Cependant, les demandeurs assignèrent devant le Tribunal de commerce de Marseille. L'un des défendeurs souleva l'exception d'incompétence des juridictions étatiques invoquant l'existence d'une clause compromissoire et, à défaut, la compétence des juridictions étatiques espagnoles. Au soutien de l'exception d'incompétence soulevée, le constructeur espagnol du navire invoquait le Règlement 44/2001 CE qui exclut l'arbitrage de son champ d'application (91). **La Cour décide que dès lors qu'une clause compromissoire est produite et qu'une exception d'incompétence est soulevée devant le juge étatique, celui-ci doit renvoyer les parties à mieux se pourvoir devant le Tribunal arbitral. La présence d'une clause compromissoire dont une partie se prévaut fait basculer le litige dans la matière arbitrale.**

155 Ces décisions, toutes rendues sous le visa soit de l'article 1466 du NCPC soit de l'article 1458 du NCPC consacrent de manière formelle le principe de « compétence-compétence » mais posent deux limites à celui-ci : la nullité et l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire. Les juges étatiques conservent donc un certain rôle.

(90) : *Cass.1ère.civ., 23 janvier 2007, DMF 2007.415*

(91) : *article 1, alinéa 2, d) du Règlement 44/2001 CE*

Section 2 : Le rôle des juridictions étatiques.

156 Les juges étatiques ont le pouvoir de vérifier la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire (§1) mais également de contrôler postérieurement la sentence arbitrale (§2).

§1 : Le contrôle de la nullité et de l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage.

157 D'une part, l'alinéa 2 de l'article 1458 du NCPC dispose que « si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit se déclarer incompétente, à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ». Cet article laisse place à l'existence d'une contestation de la compétence des arbitres devant les juges de l'État. D'autre part, la jurisprudence étatique a fixé une autre limite à la compétence prioritaire de l'arbitre. En effet, de même que le juge étatique pourra déclarer la convention d'arbitrage manifestement nulle, il pourra également la prononcer manifestement inapplicable (A). Ces exceptions sont toutefois rarement reconnues dans le contentieux maritime (B).

A : Le contrôle de la nullité et de l'inapplicabilité manifestes de la clause compromissoire par le juge étatique.

158 L'article 1458 alinéa 2 du NCPC et l'article 1444 alinéa 2 du NCPC limitent l'appréciation par le juge étatique de la compétence des arbitres aux seuls cas où la convention d'arbitrage est manifestement nulle. L'article 1444 alinéa 3 du NCPC prévoit également que le juge peut refuser de désigner les arbitres si la clause d'arbitrage est insuffisante. Mais dans ce cas, il ne s'agit plus d'apprécier la compétence des arbitres, mais seulement de constater l'impossibilité de leur désignation.

159 La notion de nullité manifeste doit être précisée. Il s'agit « d'une nullité évidente et incontestable qu'aucune argumentation sérieuse n'est en mesure de mettre en doute » (92), ou « de ce qui ressort de l'évidence, de ce qui peut être constaté *prima facie* sans autre examen » (93).

160 Dès l'instant qu'il y a discussion sérieuse sur la validité de la convention d'arbitrage, seul l'arbitre peut valablement opérer la vérification. Le pouvoir donné au juge étatique en la matière n'a pour seule finalité que d'éviter les manœuvres dilatoires de l'une des parties qui engagerait un arbitrage, dont on est sûr qu'il conduira à une impasse. D'autre part, *a contrario*, la notion de nullité manifeste appelle l'utilisation de la notion d'apparence. La clause d'arbitrage, dont la validité est apparente, ne sera jamais considérée comme manifestement nulle.

161 Ces principes doivent être appliqués au contentieux de l'incompétence des arbitres. Les cas de nullité manifeste seront sans aucun doute exceptionnels. La nullité manifeste est celle qui s'impose à l'évidence.

162 Si l'une des parties soulève l'applicabilité potentielle d'une clause compromissoire, le juge n'a que deux possibilités :

- soit il juge que l'argument est manifestement infondé et par la même son incompétence également. Dans ce cas, il rejette l'argument, prononce sa compétence et peut ainsi connaître du fond du litige,

- soit il va juger que l'argumentation développée à l'encontre de sa compétence et donc en faveur de celle des arbitres, n'est pas manifestement infondée. Dès lors, et en application du principe « compétence-compétence », il devra se déclarer incompétent au profit du Tribunal arbitral.

(92) : selon P. Fouchard

(93) : Vasseur, note sous CA Paris, 14 décembre 1987, Rev. Arb. 1989.240

163 Dans un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 07 juin 2006, « Navire Tag Hauer », le juge interdit aux juges du fond « *de procéder à un examen substantiel et approfondi de la clause d'arbitrage* ». La Cour consacre ainsi la position doctrinale selon laquelle « *lorsque le Tribunal arbitral n'est pas saisi, le juge étatique doit également renoncer à connaître du litige, sauf si la convention est « manifestement nulle », ce qui correspond à un contrôle prima facie (94) de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage* » (95).

164 Cependant, par application de l'article 1458 alinéa 3 du NCPC, ce contrôle ne doit pas être exercé d'office mais seulement à l'invitation de la demanderesse à l'instance qui soulève devant le juge une exception d'incompétence tirée de la clause compromissoire.

165 La reconnaissance de la nullité de la clause compromissoire est rare. Ainsi, la Cour de cassation indique par exemple que « *la seule constatation d'une indivisibilité ne suffit pas à faire obstacle au jeu de la clause d'arbitrage* » (96).

166 La nullité manifeste de la clause d'arbitrage est également établie lorsque la clause compromissoire ne permet pas d'identifier le Tribunal. Le recours à une juridiction étatique est alors justifiée (97). Ce principe est issu de la jurisprudence de la CJCE (98) à propos de la validité des clauses attributives de compétence au regard de l'article 17 de la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire. Selon elle, la validité de la clause est reconnue dès lors qu'elle « *... identifie les éléments objectifs sur lesquels les parties se sont mises d'accord pour choisir le tribunal ou les tribunaux auxquels elles entendent soumettre leurs différends nés ou à naître. Ces éléments doivent être suffisants pour permettre au juge saisi de déterminer si il est compétent...* ». La clause est donc valable si l'arbitre est déterminé ou déterminable (99)

(94) : Cette expression renvoie à un contrôle superficiel débouchant sur une conclusion admise aussi longtemps qu'un élément probant ne vient pas la contrarier, voir *Glossary of Maritime Law Terms*, W. Tetley, 2^{ème} édition 2004

(95) : voir Fouchard, Gaillard, Goldman, *Traité de l'arbitrage international*, Litec 1996, n°672

(96) : Cass.1^{ère}.civ., 16 octobre 2001, n°JurisData : 2001-011277

(97) : CA Versailles, 03 octobre 1991, n°JurisData : 1991-052528

(98) : CJCE, 09 novembre 2000, « Coreck », n°JurisData : 2000-156741

(99) : Ce principe n'est pas sans rappeler l'article 1129 du c.civ selon lequel l'objet du contrat doit être déterminé ou tout du moins déterminable

167 L'inapplicabilité manifeste de la clause est valablement reconnue par les juges du fond en l'absence pure et simple de clause compromissoire. Elle est plus souvent retenue que la nullité.

168 Dans le contentieux maritime, il échet de constater que la nullité manifeste de la clause compromissoire n'est que très rarement retenue. En effet, dans l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 26 juin 2001, le juge étatique rappelle que l'effet négatif du principe « compétence-compétence » comporte une exception. En effet, si les arbitres sont seuls juges de leur compétence, il suffit d'arguer de l'existence d'une clause, même clairement insusceptible de fonder leur compétence, pour obliger l'autre partie à les saisir. C'est pour cette raison que l'article 1458 du NCPC prévoit que le juge étatique peut retrouver sa compétence en cas d'incompétence manifeste des arbitres, en particulier si la clause compromissoire est patente.

B : La validité de la clause compromissoire dans le contentieux maritime.

169 L'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation (100) la Cour casse l'arrêt rendu par les juges du fond. Pour ces derniers, la clause compromissoire ne concernait que l'hypothèse d'un conflit entre les parties à un acte de garantie alors que le litige opposait d'autres défendeurs. Ils déclarèrent donc les juridictions étatiques compétentes. Cependant, la Cour de cassation décide « *qu'en se déterminant ainsi, alors que ces motifs ne caractérisaient pas une nullité ou une inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage, seule de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage, la cour d'appel a violé le principe susvisé* ».

(100) : Cass.1ère.civ., 23 janvier 2007, DMF 2007.415

170 La Cour de cassation énonce encore que viole le principe « compétence-compétence », selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence et se détermine par des motifs impropres à établir le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause, seule de nature à faire obstacle au principe susvisé, la cour d'appel qui, pour dire la clause nulle et inapplicable retient d'abord, que la société qui invoquait la clause d'arbitrage, pouvant en cas de doute, décider des conditions applicables, la clause est purement potestative et ensuite qu'en l'état de la position de la clause sur les factures et des caractères dans lesquels elle est rédigée, son acceptation n'est pas établie alors surtout que les conditions n'ont pas été communiquées (101)

171 La Cour d'appel de Rouen a décidé qu'« en vertu de principe « compétence-compétence », la juridiction arbitrale est seule compétente pour apprécier si le destinataire au connaissement a accepté la convention d'arbitrage figurant, par référence, au verso du connaissement de charte-partie (102).

172 Nous pouvons également citer un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 11 juillet 2006 qui dit qu'« *ayant relevé qu'un connaissement était soumis à une charte-partie prévoyant un arbitrage à Londres, que la charte-partie était opposable aux détenteurs successifs du connaissement comme en faisant partie intégrante et que les assureurs de la marchandise transportée n'apportaient pas la preuve de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage, une cour d'appel en déduit exactement que le juge français est incompétent pour connaître de la demande d'indemnisation formée à la suite de dégâts survenus à la marchandise transportée, dès lors qu'il appartient à l'arbitre de statuer, par priorité, sous contrôle du juge de l'annulation, sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage* ».

(101) : Cass.1^{ère}.civ., 28 novembre 2006

(102) : CA Rouen, 04 décembre 2003, n°JurisData : 2003-242866

173 Il arrive cependant que la nullité ou l'inapplicabilité manifestes de la clause soit retenue. L'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire peut se rencontrer dans le cas où la partie en faveur de laquelle la clause a été stipulée y a clairement renoncé et entendait néanmoins s'en prévaloir (103). La Cour s'est prononcée ainsi puisqu'à l'époque de la conclusion du contrat, une clause de juridiction, et non une clause compromissoire, figurait dans les conditions générales.

174 Dans cette espèce, la Cour de cassation avait accueilli l'exception d'incompétence au motif qu' « *en retenant que ce sont les conditions générales en vigueur en 1980, date de la certification du navire par le bureau Veritas, qui doivent s'appliquer et que celui-ci justifiait qu'à cette époque, seule une clause attributive de juridiction figurait dans les conditions générales de vente et non une clause compromissoire qui n'a été introduite qu'en 1990, la Cour d'appel caractérisant ainsi l'inapplicabilité manifeste au litige de la clause d'arbitrage invoquée a légalement justifiée sa décision* ».

175 Dans l'arrêt « *Andhika Lines & Andhika Chartering* » (104), une clause compromissoire figurait dans la booking note. Cependant, cet avant-contrat avait été amendé par le connaissance de sorte que la clause compromissoire était devenue manifestement inapplicable pour être remplacée par une clause de juridiction. La Cour de cassation énonce « *que la Cour d'appel, qui n'a pas eu à procéder à une quelconque interprétation, en a exactement déduit que la clause compromissoire contenue aux avants contrats...avait été remplacée par une nouvelle expression de la volonté des parties, par les stipulations des connaissances, de sorte qu'elle était de ce fait devenue manifestement inapplicable* ».

176 Les juridictions étatiques seront le plus souvent contraintes de se déclarer incompétentes et de surseoir à statuer en attendant la sentence arbitrale. Cependant, le juge étatique peut également contrôler *a posteriori* cette dernière.

(103) : Cass.1^{ère}.civ., 27 avril 2004, « *Navire Estonia* », Rev. Arb. 2006.851

(104) : Cass.1^{ère}.civ., 11 juillet 2006

§2 : Les voies de recours contre la sentence arbitrale.

177 Le régime des voies de recours doit être distingué selon que l'arbitre a statué sur sa compétence et en même temps sur le fond du litige (A), ou seulement sur sa compétence (B).

A : Cas où l'arbitre a statué sur sa compétence et sur le fond du litige.

178 Seul l'appel lorsque les parties n'y ont pas renoncé, ou le recours en annulation dans les autres cas, permettent de contester la décision de l'arbitre relative à sa compétence. L'article 1484 du NCPC organisant le recours en annulation précise expressément que la sentence peut être annulée si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou expirée. La solution ne souffre aucune réserve dès lors que le tribunal arbitral, tout en se reconnaissant compétent, a définitivement tranché le litige de telle manière qu'il est en principe dessaisi de tout pouvoir de juridiction relativement à cette contestation. Il en est de même si l'arbitre a tranché avec l'incident de compétence une partie du principal. Dans ces cas, l'article 544 du NCPC énonce que les jugements peuvent être frappés d'appel immédiatement.

B : Cas où l'arbitre a uniquement statué sur sa compétence.

179 La solution est plus douteuse, si par une sentence avant-dire droit, les arbitres ne se sont prononcés que sur l'exception d'incompétence pour retenir, après examen, leur compétence. Doit-on admettre la recevabilité de l'appel ou du recours en annulation contre une telle sentence ? L'obstacle vient de l'article 545 du NCPC qui dispose que « *les autres jugements ne peuvent être frappés d'appel indépendamment des jugements sur le fond que dans les cas spécifiés par la loi* ».

180 La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 7 juin 1984 (105), a admis la recevabilité du recours en annulation dirigé contre la sentence préliminaire statuant sur la seule compétence des arbitres.

181 Les dispositions de l'article 545 du NCPC ne s'expliquent que parce que le Nouveau Code de procédure civile permet d'attaquer immédiatement de telles décisions par la voie du contredit prévue par l'article 80 du NCPC. Or cette procédure n'est pas admise en matière d'arbitrage. Cependant, comme l'écrit M. E. Mezger, l'existence de l'article 80 du NCPC est une indication de la volonté du législateur de permettre un recours immédiat devant le juge contre la décision statuant sur sa compétence avant de dire le droit.

182 La décision de l'arbitre qui se déclare incompetent peut-elle faire l'objet d'une voie de recours ? Force est de constater, qu'en l'absence de contredit, aucune voie de recours ne permet textuellement de contester une telle décision. L'article 1484 du NCPC n'ouvre le recours en annulation que dans le seul cas où l'arbitre s'est reconnu à tort compétent en statuant sur le litige malgré la nullité de la convention d'arbitrage, ou en statuant *ultra petita*.

183 Les arbitres qui se déclarent incompetents ne peuvent rendre une « décision d'incompétence ». Ils ne peuvent que refuser de juger. En raison de la composante contractuelle de l'arbitrage, l'arbitre qui se déclare incompetent n'a pas de pouvoir juridictionnel. Agissant non plus comme un juge, mais comme un simple particulier, sa « sentence » d'incompétence ne peut pas être considérée comme un acte juridictionnel. Et pour cette raison, aucune voie de recours ne peut être ouverte contre le refus de l'arbitre de statuer (106).

184 Il appartiendrait alors à la partie la plus diligente de saisir la juridiction de droit commun pour trancher au fond, le litige. Cependant la situation risque d'être bloquée dans tous les cas, si le juge étatique refuse de juger au motif que la convention n'est pas manifestement nulle. Le refus de statuer de l'arbitre étant privé de toute valeur juridictionnelle, ne peut alors être opposé au juge.

(105) : *Rev. Arb.* 1984. 504, note E. Mezger

(106) : voir en ce sens, J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, n° 349

De plus, l'arbitre qui se déclare incompétent n'anéantit pas la convention d'arbitrage, et celle-ci résiste à sa déclaration d'incompétence, et exclut donc la compétence des tribunaux de l'État. Le Nouveau Code de procédure civile est impuissant à résoudre la difficulté sauf à admettre la recevabilité contestée, mais ici souhaitable, d'une action préventive en nullité de la convention d'arbitrage devant les tribunaux étatiques. Dans l'hypothèse de la recevabilité de cette action, la partie, qui ferait constater par la juridiction étatique la nullité de la convention d'arbitrage, pourrait vaincre ainsi le blocage et saisir ensuite le tribunal de droit commun. Mais le problème reste entier dans l'hypothèse où la convention d'arbitrage serait valable. On doit alors admettre que la décision de la juridiction de l'État reconnaissant la validité de la convention d'arbitrage s'impose alors aux arbitres.

185 Une seconde thèse permettrait de résoudre plus sûrement la difficulté. Le principe « compétence-compétence » investit dans tous les cas les arbitres d'une compétence juridictionnelle minimum : celle de statuer sur leur compétence. Dès lors, la décision d'incompétence a valeur juridictionnelle, et peut être contestée. MM. Robert et Moreau estiment que la décision arbitrale peut être attaquée par la voie du recours en annulation, à défaut d'appel, sur le fondement de l'article 1484 alinéa 1 du NCPC. La solution est contestable car le texte ne vise que le cas où « *l'article a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle* ». Il ne vise en aucune manière l'hypothèse où l'article a faussement considéré qu'il n'était pas investi pour statuer. La Cour d'appel de Paris a habilement résolu la difficulté en jugeant que l'arbitre qui prononçait son incompétence, alors qu'il était compétent, méconnaissait sa mission (107). Dès lors sa décision peut être annulée sur le fondement de l'article 1484 alinéa 3 du NCPC. Il est certain que l'arbitre a pour mission de juger le litige dont il est investi, et qu'il la méconnaît en ne l'exerçant pas. Sanctionner cette abstention ne revient pas à réviser au fond la décision de l'arbitre. Il avait été soutenu dans l'espèce précitée que l'arbitre avait scrupuleusement respecté sa mission, en se déclarant incompétent, laquelle était de vérifier son investiture. Le défendeur en tirait argument pour reprocher au juge de contrôler le bien-fondé de la solution donnée par l'arbitre dans le cadre du recours en annulation. C'était oublier, que s'agissant du contrôle de la compétence, la Cour de cassation avait jugé qu'en cette manière, « *aucune limitation n'est apportée au pouvoir de la juridiction étatique de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question* ».

(107) : CA Paris, 16 juin 1988, Rev. Arb. 1989.309, note Jarrosson

186 Pour conclure sur cette première partie, nous avons pu constater que le principe « compétence-compétence » posait de nombreux problèmes notamment celui de la perte de souveraineté des juridictions étatiques au profit de la juridiction arbitrale. Il n'en reste pas moins que le principal contentieux en la matière est la question de l'opposabilité de la clause compromissoire aux tiers au contrat. Cet aspect du principe qui fait l'objet de notre étude a créé une véritable opposition entre les différentes chambres de la Cour de cassation. Cela a eu pour conséquence une remise en cause du principe en sa source même.

Partie 2 : La question de l'opposabilité de la clause

compromissoire entraîne la remise en question du principe

« compétence-compétence ».

187 Le transport maritime lie en principe trois entités : l'expéditeur, le transporteur et le destinataire. Ce dernier n'est lié par le contrat de transport qu'à compter de son acceptation de la marchandise et donc du connaissance. Cependant, lors de contentieux qui pourrait l'impliquer, la question s'est posée de savoir si la clause compromissoire lui était opposable ou s'il devait l'avoir accepté expressément (Chapitre 1). Le débat sur cette question a entraîné une remise en cause du principe (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'opposabilité de la clause compromissoire au destinataire : la question de l'acceptation expresse.

188 L'opposabilité d'un contrat ou d'une clause suppose que l'on soit censé en avoir connaissance. Si ce fait n'est pas contesté, se pose alors la question de savoir si l'acceptation de la clause doit être expresse ou peut simplement être tacite. Cette question a suscité de vifs débats entre la Chambre civile et la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui ont des solutions totalement opposées (Section 1). Cette question montre à quel point le droit maritime se démarque des autres branches du droit, et notamment du droit civil, par sa spécificité (Section 2).

Section 1 : L'opposition entre la Chambre civile et la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

189 La Chambre commerciale de la Cour de cassation a toujours estimé que pour être opposable au destinataire, la clause compromissoire devait avoir été accepté expressément (§1), tandis que la première Chambre civile se prononce en faveur d'une acceptation tacite (§2).

§1 : La position de la Chambre commerciale : une acceptation expresse.

190 La Cour de cassation a manifesté en premier lieu son souci de protéger le destinataire en décidant que « *pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un connaissement doit avoir été portée à sa connaissance et avoir été acceptée par lui, au plus tard au moment de la livraison où, recevant livraison de la marchandise, il avait adhéré au contrat de transport* » (108).

191 Cet arrêt met en avant deux éléments. D'une part, il précise que recevant livraison de la marchandise, le destinataire avait adhéré au contrat de transport. Cela signifie que le destinataire n'adhère pas au contrat de transport en acceptant le connaissement. Cela est certainement le résultat de la réflexion suivante : le destinataire peut refuser la prise en charge de sa marchandise mise à quai au port de destination.

(108) : *Cass.com.*, 29 novembre 1994, « *Navire Slop Osprey* », *DMF* 1995.218

Selon cet arrêt, la réception de la marchandise est le moment et le moyen de la manifestation de la volonté du destinataire. D'autre part, il indique que pour être opposable au destinataire, la clause compromissoire doit avoir été acceptée par lui. Mais, on peut alors se demander pourquoi faut-il une acceptation expresse pour cette clause et pas pour le reste des dispositions du connaissement ?

192 Ne pourrait-on pas alors rapproché cette interrogation de la théorie de l'économie générale du contrat ? Rappelons que le destinataire, absent au jour de l'établissement du connaissement, n'est pas dans l'obligation de signer ce dernier. Après de longs débats portant sur la signature du connaissement par le chargeur, le décret du 12 novembre 1987 a supprimé l'obligation de signature du connaissement par le chargeur, bien que celui-ci soit présent lors de l'établissement du document. Cependant, la Cour de cassation (109) a décidé que la signature du chargeur était obligatoire pour que lui soient opposables « *les clauses dérogatoires au droit commun* », comme, par exemple, les clauses attributives de juridiction.

193 Ainsi la Cour de cassation a-t-elle décidé que la clause compromissoire insérée dans un connaissement ou une charte-partie et acceptée par le chargeur, n'était pas opposable au destinataire s'il ne l'avait pas lui-même acceptée avant de prendre livraison de la marchandise (110).

(109): Cass., 06 mai 1941

(110) : Cass.com., 24 janvier 1995, BTL 1995.89. *En l'espèce, le transporteur invoquait qu'il avait envoyé au destinataire une photocopie de la charte-partie contenant la clause compromissoire. Mais la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si cette circonstance valait acceptation par le destinataire*

194 Il a été également jugé que la clause compromissaire d'une charte-partie d'affrètement non annexée au connaissement, n'est pas opposable à l'assureur subrogé dans les droits du destinataire si elle n'a pas été portée à sa connaissance, ni acceptée par lui, au plus tard au moment où, recevant la livraison des marchandises, il a adhéré au contrat de transport (111).

195 De même, la Cour d'appel de Paris déclare inopposable à la société détentrice d'une cargaison de riz, tiers porteur du connaissement et donc à ses assureurs subrogés, la clause compromissaire attribuant à la juridiction arbitrale de Londres, la compétence pour régler les litiges pouvant naître à l'occasion de l'exécution du contrat de transport (112).

196 La Chambre commerciale décide encore que lorsque l'affréteur ou son assureur agit en tant que cessionnaire du destinataire ayant subi personnellement les avaries, l'affrètement n'est pas en cause et dans ces conditions, la clause compromissaire qui figure dans la charte-partie n'a pas à s'appliquer (113).

197 La position de la Chambre commerciale de la Cour de cassation est nette. La clause compromissaire n'est opposable au destinataire que s'il l'a connue au plus tard au moment de la livraison (114), et qu'il l'a accepté de façon expresse (115). L'acceptation expresse ne résulte pas du simple accomplissement du connaissement.

(111) : CA Rouen, 17 janvier 2002, n° Juris-Data : 2002-184317

(112) : CA Paris, 27 novembre 2002, BTL 2003.37

(113) : Cass.com., 8 octobre 2003, DMF 2004.339, observations de Mme. Rémond-Gouilloud

(114) : Cass.com., 29 novembre 1994, « Navire Slop Osprey », DMF 1995.218

(115) : Cass.com., 16 janvier 1996, DMF 1996.393

198 L'exigence d'une acceptation expresse est justifiée par le fait que le contrat de transport maritime est fortement imprégné d'ordre public. Son régime est, par conséquent, à la fois contractuel et statutaire. En adhérant au contrat, le destinataire entend donc adhérer au « statut » mais pas aux clauses dérogatoires au droit commun. Son adhésion au contrat n'a pas de caractère global.

199 Cependant, comme nous l'avons étudié précédemment, l'effet négatif du principe « compétence-compétence » contraint le juge étatique à se déclarer incompétent au profit des juridictions étatiques, « *sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage* ». Or, il convient de se demander si l'inopposabilité de la clause compromissoire vis-à-vis du destinataire est un cas d'inapplicabilité de la convention d'arbitrage.

200 La solution a été apportée par un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation le 28 novembre 2006 (116). Selon elle, l'inopposabilité de la clause compromissoire ne constitue pas une inapplicabilité manifeste de la clause. Par conséquent, elle applique l'effet négatif du principe « compétence-compétence » et se déclare incompétente au profit du Tribunal arbitral.

(116) : Cass.1^{ère}.civ., 28 novembre 2006, DMF 2007.411

§2 : La position de la première Chambre civile : une acceptation tacite !

201 Pour retenir l'opposabilité de la clause compromissoire au destinataire, la première Chambre civile de la Cour de cassation se contente d'énoncer que celui-ci pouvait la connaître dès le déchargement et les expertises, et qu'étant usuelle dans un contrat de transport maritime international, elle s'imposait à ses subrogés en dehors de tout consentement expresse (117).

202 La Chambre civile considère qu'il suffit que le destinataire ou son subrogé ait pu avoir connaissance de la clause et que, compte tenu de l'usage, un consentement exprès n'est pas nécessaire. Elle reconnaît donc la validité de l'acceptation tacite de la clause sachant que cette acceptation peut résulter de l'existence d'un usage.

203 Or, en matière maritime, le fait d'incorporer une clause compromissoire dans la charte-partie est très fréquent ; d'ailleurs, l'importance de la *lex mercatoria* dans le domaine maritime n'est plus à prouver.

204 Le respect des usages est un principe fondamental du droit commercial en général et du droit maritime en particulier.

(117) : Cass.1^{ère}.civ., 22 novembre 2005, « Navire Lindos »

En l'absence de texte subordonnant les clauses dérogatoires au droit commun à des conditions d'acceptation particulières, on ne peut statuer sur les conditions d'opposabilité des clauses compromissaires en faisant abstraction des usages du commerce maritime, sauf à dénier toute portée juridique au comportement concret des intéressés. Or, quand la clause a été acceptée par le chargeur, l'exigence d'une acceptation spéciale par le destinataire est contraire aux usages maritimes qui ignorent un tel formalisme.

205 La reconnaissance d'une acceptation tacite de la clause compromissoire par le destinataire peut également être justifiée par le fait que ce type de clause concerne des professionnels avertis. Il paraîtra injuste de considérer le destinataire comme une partie faible au détriment du transporteur qui a inséré une clause d'arbitrage au contrat, certainement dans un souci de prévisibilité. En tant que partie au contrat, le destinataire est un usager professionnel des transports maritimes ou alors il sera représenté par un professionnel des transports maritimes comme par exemple un transitaire. Il est donc censé connaître les usages en la matière et plus particulièrement celui qui consiste à inclure dans un connaissement une clause d'arbitrage.

206 L'arrêt « Pella » (118) rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 21 février 2006 s'aligne à la jurisprudence « Lindos » (119) et paraît mettre un terme à la querelle jurisprudentielle sur l'opposabilité de la clause compromissoire au destinataire.

(118) : *Cass.com.*, 21 février 2006, « Navire Pella », *DMF* 2006.379

(119) : *Cass.1^{ère}.civ.*, 22 novembre 2005, « Navire Lindos »

207 Dans cette affaire, la société Les Grands Moulins de France avait affrété un navire de la société Ebony maritime pour le transport de sacs de farine de Rouen à Cuba. La société destinataire, Amimport, a constaté des avaries à la remise de la marchandise. Une clause compromissoire ayant été insérée à la charte-partie et mentionnée au connaissement, le Tribunal de commerce de Paris se déclare, en vertu du principe « compétence-compétence », incompetent pour statuer sur le fond du litige. Cependant, les assureurs subrogés dans les droits du destinataire ont soutenus que la clause était inopposable au destinataire et ont formé un contredit que la Cour d'appel a rejeté.

208 La Cour de cassation décide en effet que les seules exceptions qui peuvent faire obstacle au principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence sont la nullité et l'inapplicabilité manifestes de la clause compromissoire. Pour la Cour, l'inapplicabilité manifeste ne recouvre pas l'inopposabilité de la convention d'arbitrage. Le juge étatique n'est donc pas compétent pour vérifier si la clause compromissoire stipulée par une charte-partie au voyage est opposable au destinataire porteur du connaissement émis en application de ladite charte. L'arrêt « Pella » refuse donc de statuer sur la question de l'opposabilité qui n'est pas de la compétence des juges étatiques en vertu du principe « compétence-compétence ».

209 Selon le Professeur Delebecque, les arbitres, s'ils sont compétents pour statuer sur leur compétence, ne sont pas dispensés de se prononcer sur la question de l'opposabilité de la clause d'arbitrage au destinataire. Ils peuvent suivre la jurisprudence « Slot Osprey » de 1994 et ainsi décider que la clause compromissoire n'est opposable au destinataire que sous la condition de son acceptation expresse, soit suivre la position de l'arrêt « Lindos » (*n°201 et*

suivants). La Cour d'appel de Rouen a déclaré opposable au destinataire la clause compromissoire insérée dans une charte-partie et rappelée au connaissance au motif que, sur sa demande, la charte-partie avait été communiquée audit destinataire (120).

210 Reste cependant une interrogation. La solution dégagée par la jurisprudence de la première Chambre civile de la Cour de cassation ne va-t-elle pas à l'encontre du principe de droit commun de la relativité des conventions ?

Section 2 : Les principes civilistes marquent la spécificité du droit maritime.

211 Il faut reconnaître que le fondement de toutes les branches du droit est le droit civil. En effet, c'est lui qui régit les principes directeurs du droit des contrats et des obligations. L'article 1134 C.civ. énonce que « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ». L'article 1165 du même code stipule que « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ». L'article 1121 du C.civ correspond à la stipulation pour autrui. Ces principes directeurs du droit des contrats (§1) semblent être en opposition avec le droit maritime qui, une fois de plus, se démarque par sa spécificité (§2).

(120) : CA Rouen, 14 octobre 1994, « navire Istanbul », DMF 1998.479, obs. O. Cachard

§1 : Les grands principes du droit des contrats.

212 L'article 1134 du C.civ pose le principe de l'effet obligatoire des contrats (A), tandis que l'article 1165 du C.civ énonce l'effet relatif des conventions (B).

A : L'effet obligatoire des contrats.

213 Aux termes de l'article 1134 alinéa 1 du C.civ, « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Pour la doctrine classique, la convention a force obligatoire à l'égard de ceux qui l'ont conçue. Elle s'impose aussi au juge qui ne saurait réviser le contrat en tenant compte de considérations d'équité. Il n'en demeure pas moins que le contrat et la situation juridique qu'il crée sont opposables aux tiers. Cela signifie que si les tiers n'ont pas à exécuter les promesses contractuelles des parties, ils sont en revanche tenus au respect de la convention en tant que fait.

214 Il résulte logiquement du principe de la force obligatoire du contrat que les conventions ne peuvent être révoquées que par ceux qui les ont faites. Les contractants ne peuvent en principe se dégager unilatéralement de leur lien contractuel (121). Cette extinction opérée d'un commun accord est communément appelée *mutuus dissensus*.

(121) : cette règle s'applique même si la rupture intervient avant que le contrat ne prenne effet, CA Paris, 12 septembre 2003

B : L'effet relatif des contrats.

215 Le Code civil présente la règle de la relativité des contrats comme si elle reposait sur une distinction bien tranchée entre les parties, qui subissent l'effet du contrat (122), et les tiers, qui ne le subissent pas (123). Cela est admissible, au moins en ce qui concerne l'effet obligatoire du contrat, si on entend par « tiers » ceux qui n'ont aucun lien juridique, d'aucune sorte (ni ayants cause ni créanciers) avec les parties au contrat, c'est-à-dire ceux que l'on appelle traditionnellement « *penitus extranei* ». Mais les principales difficultés ne viennent pas d'eux. Elles viennent des catégories intermédiaires, des personnes qui ne sont pas parties au contrat, mais qui sont liées aux parties, créanciers et ayants cause des parties notamment. On pourrait dire, en quelque sorte, que « l'onde de choc » que provoque un contrat (son effet obligatoire et son opposabilité) ne s'arrête pas brusquement. Elle a toute son intensité au regard des parties, mais ensuite elle s'affaiblit progressivement, à mesure que l'on s'éloigne d'elles pour passer des parties à leurs ayants cause universels, puis à leurs ayants cause à titre particulier, jusqu'à atteindre, de façon très atténuée (par la seule opposabilité) les *penitus extranei*.

216 Les personnes représentées étant toujours considérées comme des parties, et les ayants cause à titre universel étant généralement (sauf exceptions) assimilés aux parties, il ne reste que trois catégories de personnes ayant réellement la qualité de tiers au regard de l'article 1165 du C.civ : les *penitus extranei*, les créanciers chirographaires, et les ayants cause à titre particulier.

(122) : article 1134 du C.civ

(123) : article 1165 du C.civ

217 Les *penitus extranei* n'ont aucun lien de droit avec les parties à l'acte, constituent les tiers, au plein sens du terme. Sauf dans le cas de contrat collectif, elles échappent à l'effet obligatoire du contrat. En revanche, les *penitus extranei* subissent l'opposabilité du contrat. Ils n'ont pas à l'exécuter, mais ils n'ont pas le droit d'en entraver l'exécution. Ils engageraient alors leur responsabilité.

218 Les ayants cause à titre particulier soulèvent, au contraire, de grandes difficultés. Bien sûr, ils subissent l'opposabilité des contrats passés par leurs auteurs, puisque les *penitus extranei* eux-mêmes y sont exposés. Mais, pour eux, la question se situe au niveau de la force obligatoire. Car, si, en principe, en tant que tiers, ils échappent à cette force obligatoire, d'importantes exceptions viennent tempérer cette règle lorsqu'il s'agit de contrats engendrant des dettes dites « *propter rem* », c'est-à-dire attachées aux biens qui ont été transmis à l'ayant cause. Dans ce cas, on a tendance à les assimiler aux ayants cause à titre universel, c'est-à-dire aux parties. Le C.civ dispose, en effet, dans son article 1122 « *qu'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention* ». Mais on considère que ce texte ne vise de façon générale que les ayants cause à titre universel, et seulement à titre exceptionnel les ayants cause à titre particulier.

219 En matière maritime, comment vont être considérés les différents parties et tiers ? Par exemple, la vente du navire, au cas où un contrat d'affrètement est en cours, pose la même question que la vente de l'immeuble au cas où un bail est en cours.

Longtemps pourtant, on a hésité à décider, à l'image de l'article 1743 du C.civ pour le bail, que l'affrètement continuait, sur la tête de l'acquéreur, si ce n'est pour l'achèvement du voyage en cours (124). Il fallait donc que le contrat de vente du navire stipule expressément l'obligation, pour l'acquéreur, d'exécuter les affrètements conclus par le vendeur.

Mais la loi 67-5 du 3 janvier 1967, en réorganisant le statut du navire, a élargi le champ d'application de la publicité maritime, et le décret 67-967 du 27 octobre 1967 dispose que les actes soumis à publicité (parmi lesquels l'affrètement) deviennent opposables aux tiers par l'inscription au registre tenu par l'Administration des douanes. À la manière des baux de longue durée en matière immobilière, cette inscription rend donc l'affrètement opposable de plein droit à l'acquéreur du navire, en ce sens qu'il devra en subir la force obligatoire en l'exécutant, comme il pourra invoquer à son profit les créances qui en naissent (125).

220 Le destinataire de la marchandise, n'étant pas présent lors de l'élaboration de la charte-partie ou du connaissement, est alors considéré comme un véritable tiers au contrat. Cependant, étant partie intégrante au contrat de vente passé entre lui et le vendeur, ne serait-il pas juste de le considérer également comme un ayant cause à titre particulier au contrat de transport ? La détermination de son statut juridique pose effectivement des difficultés. Il semble néanmoins qu'il serait judicieux de les admettre dans la catégorie des *penitus extranei* car dans ce cas, il ne se retrouverait pas lié par une clause dont il ignore la plupart du temps l'existence et qui le conduit à exercer ses actions en responsabilité dans des lieux et places dont il ignore tout.

(124) : R. Rodière, *Traité de droit maritime, le navire*, Dalloz, 2e édition, 1980, n° 98

(125) : R. Rodière, *Traité de droit maritime, le navire*, Dalloz, 2e édition, 1980, n° 173 et suivants

221 Le droit de l'arbitrage international, et plus spécifiquement le droit maritime, se démarque encore une fois par son caractère spécifique.

§2 : La spécificité du droit maritime accentuée par le principe

« compétence-compétence ».

222 De par son caractère fortement teinté d'internationalisme, le droit maritime fait prendre toute son ampleur au principe de « compétence-compétence ». Il marque cependant le caractère dérogoire au droit commun du droit maritime.

223 En effet, nous venons de la voir rapidement, les principes généraux du droit des contrats prévoient deux effets aux conventions : d'une part, elles lient les parties présentes lors de leur élaboration, d'autre part, elles leur confèrent un caractère relatif dans la mesure où ces conventions ne peuvent lier les tiers.

224 Or, la question de l'opposabilité de la clause compromissoire fait apparaître, à la vue de ces principes, quelques difficultés.

225 Tout d'abord, si l'on suit la position de la première Chambre civile de la Cour de cassation, le destinataire est lié par la clause compromissoire alors même que, dérogoire au droit commun qui veut que les litiges soient tranchés par les juridictions judiciaires du lieu où le demandeur a son établissement principal, celui-ci ne l'a pas expressément acceptée et cela est justifié par le fait qu'il n'était partie au contrat lors de sa rédaction et de sa conclusion.

226 Ensuite, pourquoi le cas de la clause compromissoire aurait une solution inverse de celle qui, comme nous avons pu le voir, réserve au chargeur la possibilité de n'accepter que les clauses générales du contrat ?

227 Selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, il est clair que le destinataire doit donner son accord exprès à son adhésion à la clause compromissoire.

228 Cependant, avec l'arrêt « Pella », il semble que cette position soit remise en cause et que la Chambre commerciale revienne sur la position qu'était la sienne depuis une vingtaine d'années.

229 Ainsi, le destinataire de la marchandise, extérieur au contrat de transport maritime jusqu'à la livraison de la marchandise, semble désormais tenu par toutes les clauses des chartes-parties et connaissements malgré l'effet relatif des conventions qui prévoient que les tiers au contrat, s'ils ne peuvent bénéficier de celui-ci, ne peuvent cependant pas être obligés par lui.

230 La justification que donne la Chambre civile de la Cour de cassation semble cependant sans appel.

231 En effet, il est clair, d'une part, que les usages en matière commerciale sont très importants. Ils le sont d'autant plus en matière maritime où il est quasi-systématique qu'une clause compromissoire soit intégrée au contrat de transport. Il semble même que pour certains auteurs, cette clause fasse partie de l'économie générale du contrat.

232 D'autre part, le droit commun de l'arbitrage s'est prononcé sur ces clauses. Par un arrêt du 09 novembre 1993 (126), la Cour de cassation a estimé qu' « *en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence à un document qui la contient est valable, à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la clause est opposée, a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat, et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat* ».

233 Il semble alors qu'à défaut de réserves au connaissance suffisamment efficaces, lors de la réception de la marchandise, le destinataire soit véritablement lié par la clause compromissoire, même de par son silence.

234 Le droit maritime français, en matière d'arbitrage, qui, avec la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation était différent de celui des autres pays, semble s'aligner aux jurisprudences des autres Etats maritimes. En effet, jusqu'à l'arrêt « Pella » qui marqua tous les esprits, l'exigence de la preuve d'une acceptation spéciale au plus tard au moment de la livraison, imposée comme condition de son opposabilité au destinataire, était une exception maritime française.

235 Ces réflexions nous amène à suivre la position de nombreux auteurs français, tel le Professeur Bonassies, et à remettre en cause ce principe qui, outre le fait qu'il empêche les juridictions françaises de connaître des litiges qui les concèrne, leur ôte toutes souveraineté.

(126) : Cass.1^{ère}.civ., 09 novembre 1993, « Bomar Oil »

Chapitre 2 : La remise en cause du principe de « compétence-compétence ».

236 Le principe « compétence-compétence » a été introduit dans les textes par un décret du 12 mai 1981. Or, ce décret n'a jamais été approuvé par le législateur.

Cela nous conduit à remettre en cause le fondement même du principe qui prive les juges étatiques de leur souveraineté (Section 1). Par la suite, il pourrait également être intéressant d'apprécier le principe « compétence-compétence » au regard des règles du droit commun. Il semble qu'au regard de toutes ces critiques, certains Etats, comme la Grande-Bretagne, ait opéré un recul considérable à l'application dudit principe dans son aspect négatif (Section 2).

Section 1 : Le principe de « compétence-compétence » : la perte de souveraineté des juges étatiques et la remise en question de son fondement.

237 Le principe « compétence-compétence », nous l'avons vu maintes fois, a été introduit dans le NCPC par un décret du 12 mai 1981. Cependant, ce dernier ne semble avoir fait l'objet d'aucune approbation ni confirmation par le législateur. Ce principe ne pourrait-il pas alors faire l'objet d'une exception d'illégalité (§1) d'autant plus qu'il prive les juges du fond, juge de l'interprétation des contrats, de leur pouvoir souverain (§2).

§1 : La possibilité de soulever une exception d'illégalité.

238 L'insertion du principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa compétence et qui oblige les juridictions étatiques à se déclarer incompétents par la voie d'un décret jamais approuvé par le législateur rend les dispositions du NCPC réglementaires.

239 Confirmé par le législateur, une disposition devient législative et par ce fait pratiquement intouchable. Cependant, les articles 1458 et 1466 du NCPC demeurent des dispositions à caractère réglementaire.

240 La conséquence directe de ce fait est que, même vingt six ans après son inscription dans les textes, le principe de « compétence-compétence » pourrait faire l'objet d'une exception d'illégalité.

241 Le moyen de l'exception d'illégalité est le fait, pour une partie à l'instance, d'invoquer l'illégalité du texte sur le fondement duquel a été pris l'acte dont elle demande l'annulation.

242 Il est certain que l'exception d'illégalité à l'encontre des actes réglementaires est perpétuelle, ce qui signifie qu'elle peut être soulevée même après que ces actes sont devenus définitifs, c'est-à-dire insusceptibles, pour dépassement des délais contentieux idoines, de recours directs en annulation ou réformation.

La condition de recevabilité temporelle est donc toujours remplie. Cette règle est admise de longue date (127). Elle a été constamment appliquée depuis (128).

243 L'exception d'illégalité est perpétuelle à l'encontre de tous les actes réglementaires, quelles que soient leur nature et leur place dans la hiérarchie des normes. On observera que si les clauses réglementaires d'un contrat de concession, relatives à l'organisation et au fonctionnement du service public concédé, et en particulier aux tarifs applicables aux usagers, peuvent faire l'objet d'une exception d'illégalité, tel n'est pas le cas des clauses non réglementaires, par exemple régissant la redevance d'occupation du domaine public que doit acquitter le concessionnaire (129).

244 Le règlement ayant, de par sa nature de norme générale et impersonnelle, vocation à servir de base à l'édition d'actes non réglementaires, le caractère perpétuel de l'exception d'illégalité assure la suprématie du principe de légalité, lequel implique à tout le moins que les administrés puissent faire respecter, dans les meilleures conditions, les exigences inhérentes à la hiérarchie des normes, dont l'acte réglementaire constitue un palier central, intermédiaire entre l'espace des principes et règles à portée générale et la diversité de leurs concrétisations individuelles.

(127) : voir à ce sujet notamment CE, 24 janvier 1902, *Arésard et Ch. synd. propriétaires immobiliers ville Paris* ; CE, 29 mai 1908, *Poulin et* CE, 2 avril 1909, *Moreau et Prétot*

(128) : pour les arrêts les plus récents, CE, sect., 7 juillet 1978, *Jonquères* ; CE, 9 décembre 1988, *Dpt Tarn-et-Garonne* ; CE, 12 juin 1998, n° 170173, *Sté Toulousaine de Télévision et* CE, 15 février 1999, n° 173403, *Union régionale hospitalière privée Nord-Est*

(129) : CE, 29 décembre 1997, *Bessis*

Plus précisément, le Conseil constitutionnel a été conduit à juger que la possibilité d'exciper de façon perpétuelle de l'illégalité des règlements constitue un élément « *du droit des intéressés d'exercer des recours* » auquel le législateur ne peut apporter qu'une restriction « *limitée à certains actes* » et justifiée, dans une matière donnée, par un « *risque d'instabilité juridique* » (130).

245 Cette analyse peut être prolongée, toujours à un niveau supra législatif mais cette fois au plan conventionnel. Le « droit d'exercer des recours », tiré de la « garantie des droits » mentionnée à l'article 16 de la déclaration de 1789, n'est rien d'autre, en effet, que le droit d'accès au juge, résultant de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

246 Pour les branches du contentieux administratif qui entrent dans les prévisions de cet article (pour simplifier, tous les domaines ayant un impact sur des droits de nature civile, dont le droit de propriété, et le domaine de la répression administrative), le caractère perpétuel de l'exception d'illégalité des actes réglementaires trouve un fondement supra légal qui pourrait être opposé à une loi qui aurait passé avec succès le filtre du contrôle du Conseil constitutionnel, tout en restreignant de façon non proportionnée à un intérêt général avéré l'invocation d'une telle exception (131).

(130) : Conseil Constitutionnel, décision n° 93-335 DC, 21 janvier 1994, considérant 4

(131) : sur le lien entre l'article 6 et l'exception d'illégalité, CE, 4 octobre 1999, n° JurisData 1999-051104

247 Enfin, le législateur ne saurait, sans méconnaître les dispositions combinées des articles 34 et 37 de la Constitution, rendre impossible l'exception d'illégalité contre des règlements pour violation de leur base. Au final, la recevabilité de l'exception d'illégalité d'un règlement est une garantie du droit « *à un recours juridictionnel effectif* » (132).

248 Une telle exception pourrait, comme le précise le Professeur Bonnassies, être soulevée à l'encontre des article 1458 et 1466 du NCPC devant le Tribunal de commerce ou la Cour d'appel si une de ces juridictions été saisie d'une action en responsabilité contre un transporteur se prévalant d'une clause compromissoire insérée dans la charte-partie conclue avec un affrèteur, clause qu'il opposerait au tiers porteur du connaissement.

249 Si une telle exception venait à être soulevée, elle devrait être portée devant le Conseil d'Etat par un recours préjudiciel. En effet, les juridictions de l'ordre judiciaire ne sont pas compétentes pour apprécier la légalité d'un texte réglementaire.

250 Le principe, constitutionnel, de la séparation des pouvoirs – pouvoir législatif, pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire – a inspiré, en France, la division des juridictions en deux ordres : ordre judiciaire et ordre administratif (133). Chaque ordre ayant une compétence matérielle qui lui est propre, ce dualisme judiciaire, dont certains préconisent la disparition, suscite des difficultés pour le justiciable. Notamment, lorsque est soulevée incidemment, devant le juge appartenant à un ordre régulièrement saisi d'un litige, une défense relevant des juridictions de l'autre ordre. Il y a alors question préjudicielle.

(132) : CE, 23 février 2004, *Feler et autres*

(133) : V. Vincent, S. Guinchart, Montagnier, Varinard, *Institutions judiciaires : Précis Dalloz 1999*, n° 61 s

251 Comme dans d'autres hypothèses, le mécanisme de la question préjudicielle permet le respect des attributions de chaque ordre de juridictions. La difficulté soulevée par le moyen de défense est traitée par le juge appartenant à l'ordre compétent, et celui, de l'autre ordre, devra se prononcer sur le litige principal dont il est saisi en prenant appui sur ce qui a été jugé préjudiciellement.

252 Mais ce mécanisme présente l'inconvénient de retarder le jugement de l'affaire au fond, en sorte que certains plaideurs peuvent être tentés de soulever la question préjudicielle à des fins dilatoires et qu'en tout cas, même si une telle intention n'existait pas, il y aurait un risque non négligeable d'encombrement inutile des juridictions. C'est pourquoi la jurisprudence a posé des conditions pour que le mécanisme puisse jouer après en avoir précisé le domaine.

253 Selon le Tribunal des conflits, il y a matière à question préjudicielle lorsqu'il est demandé au juge civil :

- d'interpréter un acte administratif individuel,
- de contrôler la légalité d'un tel acte,
- ou d'apprécier celle d'un acte réglementaire (134) pour résoudre un litige de sa compétence.

254 Toutefois, le juge de l'ordre judiciaire demeure compétent lorsqu'il y a voie de fait. Le juge judiciaire, gardien des libertés individuelles, reste également compétent lorsque l'acte administratif porte atteinte à l'une d'elle ou au droit de propriété.

(134) : Tribunal des conflits, 16 juin 1923, Septfonds

255 La doctrine considère que l'exception tirée de la question préjudicielle d'ordre administratif n'est pas une exception d'incompétence, elle aurait donc un régime propre.

256 La Cour de cassation a précisé que les parties doivent soulever expressément l'incompétence du juge civil sur le moyen de droit administratif devant le juge du fond, à peine d'irrecevabilité prévue à l'article 74 du NCPC. Elles ne peuvent valablement l'invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation (135), peu importe qu'elles aient contesté la compétence du premier juge quant à l'objet du litige.

257 La possibilité de former un recours en exception d'illégalité est donc ici fondée. Il suffit maintenant de savoir sur quel moyen d'illégalité le faire.

§2 : La perte de souveraineté des juges étatiques.

258 Le "pouvoir souverain" est la compétence qui est attribuée, par le Code de l'organisation judiciaire et par le Code de procédure civile, à une juridiction. C'est le pouvoir d'apprécier une circonstance de fait, qui échappe au contrôle de la Cour de Cassation (136).

(135) : Cass. com., 10 octobre 1995

(136) : Ainsi ayant constaté que les dernières écritures des époux X..., qui avaient été déposées et signifiées la veille de l'ordonnance de clôture, ne contenaient pas de moyens nouveaux ou de demandes nouvelles, la cour d'appel a souverainement retenu qu'elles avaient été produites en temps utile au sens de l'article 15 du nouveau code de procédure civile : Cass.Plén., 26 mai 2006.. Exerce pareillement un pouvoir souverain la Cour d'appel qui après avoir relevé qu'une activité agricole avait été financée par les prêts contractés solidairement par des époux et remboursés à l'aide de fonds déposés sur un compte joint et que l'épouse avait participé aux travaux agricoles, qu'elle tenait la comptabilité de l'exploitation et qu'elle était assurée au régime obligatoire d'exploitant agricole, a pu retenir que celle-ci était co-exploitante, de manière indivise et par moitié, du domaine agricole : Cass.1^{ère}.civ., 28 mars 2006.

259 Les pouvoirs du juge sur l'appréciation des faits sont dans certaines circonstances, non seulement souverains mais " discrétionnaires ". Un premier exemple, est donné par les mesures d'administration judiciaire. Ainsi en est il de la jonction ou la disjonction des instances (article 368 du NCPC). Le juge qui ordonne l'une ou l'autre de ces mesures exerce un pouvoir discrétionnaire. Il n'a pas à motiver son jugement. Il en est de même en matière d'adoption. La juridiction qui la prononce, n'a pas à motiver son admission (article 363 in fine du C.civ). En revanche, le tribunal ne dispose pas du pouvoir discrétionnaire de la refuser. S'il rejette la demande il doit motiver sa décision. Dernier exemple, celui du premier alinéa de l'article 1244 du C.civ qui donne au juge le pouvoir d'échelonner la dette d'un débiteur. Si le délai accordé reste dans la limite de deux années, il exerce un pouvoir discrétionnaire, en revanche (alinéa 2 du même article), si l'échelonnement excède deux ans, son pouvoir n'est que souverain et dans ce cas, il doit motiver sa décision.

260 Mais, si les juges du fond disposent d'un tel pouvoir sur la constatation matérielle des faits, en revanche, quant à leur qualification, la Cour de Cassation conserve le pouvoir de vérifier si les jugements rendus en dernier ressort et les arrêts des Cours d'appel sont motivés, et si la qualification retenue par les premiers juges est conforme à la règle de droit.

261 En plus de la souveraineté des juridictions du fond, il existe un principe reconnu en droit administratif qui veut que chaque juridiction soit maître de sa compétence. Il s'agit du principe de plénitude de juridiction.

262 L'effet négatif du principe de « compétence-compétence » qui contraint les juges étatiques à se déclarer incompétents dès lors qu'il y a apparence de clause compromissoire semble aller à l'encontre de cette règle. En effet, le moyen qui pourrait être invoqué pour soulever l'illégalité de l'effet négatif du principe de « compétence-compétence » est celui de la perte de souveraineté des juges du fond qui sont normalement compétents pour apprécier les faits d'un litige.

263 Nous venons de voir que le principe de « compétence-compétence » allait à l'encontre, dans son fondement même, d'un principe reconnu universellement : la souveraineté des juridictions étatiques du fond pour connaître des litiges. Le moyen de l'exception d'illégalité prend ici toute son ampleur. Mais, le principe selon lequel l'arbitre est, de manière prioritaire, habilité à statuer sur sa propre compétence, va contre certains autres principes fondamentaux du droit.

Section 2 : Le principe « compétence-compétence », une règle jurisprudentielle à l'encontre de tous les principes directeurs du droit commun, connaît un recul nécessaire.

264 Le fondement principal de l'arbitrage est son caractère contractuel. De part ce fait, il convient de s'interroger de sa conformité avec les règles de l'article 1134 du C.civ et avec le droit que chacun a d'exercer un recours effectif devant une juridiction (§1). Toutes ces

critiques ont amené certains Etats, et tout particulièrement la Grande-Bretagne, à opéré un recul considérable en la matière (§2).

§1 : La critique de la règle « compétence-compétence » eu égard à son caractère contractuel et à ses voies de recours.

265 Nous nous sommes particulièrement intéressés plus haut à l'opposition existante entre l'effet relatif des conventions et le principe « compétence-compétence ». Or, de par son caractère contractuel, il faut s'intéresser de plus près à la coexistence entre l'effet obligatoire des contrats et le principe qui nous intéresse ici (A) avant de réfléchir aux difficultés des voies de recours contre les sentences arbitrales (B).

A : Le principe « compétence-compétence » et l'article 1134 du code civil.

266 Les contrats consensuels sont ceux qui se forment par le seul échange des consentements – *solo consensu* – indépendamment de toute autre formalité. En droit français contemporain, les contrats de ce type constituent la catégorie de droit commun. Le principe général de l'autonomie de la volonté conduit en effet à soumettre la conclusion du contrat au principe plus technique du consensualisme, selon lequel la seule volonté – le *nudus pactus* – suffit à obliger.

267 La qualification de contrat consensuel n'est pas susceptible d'être remise en cause par les exigences ou les précautions relatives à la preuve : ce n'est pas parce qu'un contrat est constaté par écrit qu'il cesse d'être consensuel. Il faut en effet se garder de confondre le contrat en tant qu'acte juridique abstrait – *le negotium* – qui existe valablement quelle que soit la forme qu'il revêt, et le contrat en tant qu'acte instrumentaire concret – le document, *l'instrumentum* – dont l'efficacité probatoire est subordonnée au respect des formes prescrites par les articles 1316 et suivants du C.civ.

268 Le principe du consensualisme n'est certes pas d'ordre public et les parties ont la faculté d'y déroger en subordonnant la naissance de leur convention à l'accomplissement d'une formalité déterminée, qui consistera usuellement dans la rédaction d'un acte notarié.

269 Le consensualisme reste cependant la règle, avec cette conséquence que seule une volonté non équivoque peut fonder une telle solennisation conventionnelle du contrat.

270 Le principe du consensualisme inclut donc d'une part le droit de conclure un contrat et, d'autre part, le droit de ne pas adhérer à des relations contractuelles non voulues. Dès lors que la Cour de cassation refuse au juge judiciaire le droit de se prononcer sur l'opposabilité de la clause compromissoire à quelqu'un qui n'y a pas adhéré, la Cour méconnaît le principe du consensualisme.

271 Or, comme le dit très justement le Professeur Bonnassies, la règle de l'article 1134 C.civ., même si elle n'a pas de valeur constitutionnelle, a la valeur d'un principe législatif de caractère général.

272 Or, d'après Louis Favoreu, « *toute atteinte à un principe général du droit ne peut être faite que par la loi* ». Il apparaît alors très nettement qu'il est impossible de déroger à la règle de l'article 1134 C.civ par la voie contractuelle.

B : Le recours effectif et le principe « compétence-compétence ».

273 Tout justiciable a le droit d' « *exercer un recours effectif devant une juridiction* ». Ce droit est déduit à la fois de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

274 Cependant, il apparaît très nettement que le principe de « compétence-compétence », tel qu'il est appliqué par la Cour de cassation, prive, semble t'il, le justiciable d'exercer un recours devant sa juridiction naturelle : le juge de l'ordre judiciaire.

275 De par toutes ces critiques, le principe de « compétence-compétence » a largement été remis en question, notamment dans son aspect négatif.

§2 : Le recul de la Grande-Bretagne.

276 La jurisprudence anglaise marque, par un arrêt rendu le 20 octobre 2006 par la High Court (137), une régression considérable par rapport aux solutions retenues par l'*Arbitration Act* 1996.

(137) : High Court, 20 octobre 2006, « Fiona Trust »

277 A propos d'un contrat qui contenait une clause compromissoire et dans lequel de graves accusations de corruption étaient allégués, la Cour affirme que « *si la rescision est possible, il en résulte que le contrat tout entier, y compris la clause compromissoire, s'écroule (...). La question est de savoir si la partie s'opposant au déroulement de l'arbitrage a conclu la convention d'arbitrage litigieuse, pas celle de savoir si elle aurait accepté une telle clause ou une clause similaire si elle n'avait pas fait l'objet de pots-de-vin* ».

278 La High Court remet en cause dans cet arrêt à la fois le principe « compétence-compétence » dans son aspect négatif mais aussi le principe de validité de la clause d'arbitrage. Les juges étatiques conservent ainsi leur capacité de dire le droit.

CONCLUSION

279 Le principe de « compétence-compétence » paraît connaître un certain recul dans l'esprit doctrinal. En revanche, il est plus que jamais appliqué par la jurisprudence.

280 La récente position de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière d'opposabilité de la clause compromissoire au destinataire sans qu'il ne soit nécessaire d'apporter la preuve d'un consentement exprès de ce dernier illustre bien ces propos.

281 Cependant, ne pourrions-nous pas considérer que le juge étatique pourrait, sans faire offense au principe « compétence-compétence », avoir à juger de l'opposabilité de la clause compromissoire ? En effet, étant juge de la nullité et de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, ne pouvons-nous pas nous avancer en disant que ce qui est manifestement inopposable est par conséquent manifestement inapplicable ? La Cour de cassation semble rejeter cette interprétation (138).

282 De même, nous pourrions trouver un argument encore pour tenter d'atténuer le principe « compétence-compétence ». Dans le contentieux maritime, l'usage fait qu'effectivement il est quasi-systématique d'introduire une clause compromissoire dans les chartes-parties et d'y faire référence ensuite dans le connaissement. Or, la plupart de ces clauses donnent compétence à l'arbitrage à Londres. N'y a-t-il donc pas un risque que la majorité des contentieux maritime soient désormais réglés à Londres alors que les opérateurs maritimes peuvent être indiens ?

(138) : *Cass.1^{ère}.civ.*, 28 novembre 2006, *DMF* 2007.411

283 L'application du principe « compétence-compétence » dans son aspect le plus critiquable à savoir le négatif, permet-il encore d'assurer la possibilité au juge étatique d'éradiquer au nom de l'ordre public les clauses jugées dangereuses ? Il semble que oui et heureusement ! Dans le cas contraire, cela reviendrait à dire que la victime, privée d'action, ne pourrait se tourner vers personne.

284 Il semble, pour conclure, que le principe « compétence-compétence », dans son aspect positif, permette d'assurer la règle de la liberté contractuelle. En revanche, il semble nécessaire d'atténuer le principe dans son effet négatif car celui-ci va mener à une privation totale de la souveraineté et du pouvoir des juges judiciaires, juges naturellement compétents pour connaître du fond des litiges.

**Le 12 octobre 2007, ma grand-mère maternelle est décédée. Je tiens à
lui rendre un dernier hommage...**

Je suis debout au bord de la plage.
Un voilier passe dans la brise du matin et part vers l'océan.
Il est la beauté, il est la vie.
Je le regarde jusqu'à ce qu'il disparaisse à l'horizon.

Quelqu'un à mon côté dit :
"Il est parti !"
Parti ? Vers où ?
Parti de mon regard, c'est tout...

Son mât est toujours aussi haut,
sa coque a toujours la force de porter sa charge humaine.
Sa disparition totale de ma vue est en moi,
pas en lui.

Et juste au moment où quelqu'un près de moi dit : "Il est parti !",
il en est d'autres qui, le voyant poindre à l'horizon et venir vers eux,
s'exclament avec joie :
"Le voilà !"...

C'est cela la mort !

Il n'y a pas de mort.

Il y a des vivants sur les deux rives.

William Blake, Comme un voilier

**Tu ne devais pas nous quitter si tôt mais je suis persuadée que tu es
désormais apaisée et délivrée de cette vie qui te pesait tant depuis la
disparition de papi. Tu restes dans mon coeur et je pense sans cesse à toi.**

Tu me manques. Je t'aime.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages de droit maritime :

- Bonnassies P. et Scapel Ch., « Traité de droit maritime », LGDJ 2006
- Chaveau, « Traité de droit maritime », librairies techniques, librairie de la Cour de cassation, 1958
- Fouchard, Gaillard, Goldman, « Traité de l'arbitrage international », Litec, 1996
- Paulin Ch., « Droit des transports », Litec 2005
- Remond-Gouilloud M., « Droit maritime », 2^{ème} édition, 1993
- Ripert G., « Droit maritime », Thaller 1929

Articles de droit maritime :

- Cachard O., « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », Revue de l'Arbitrage 2006

Jurisprudence de la Cour de cassation accompagnée de ses notes.

Sites internet :

- www.lexisnexis.com
- www.legifrance.fr

.Table des matières.

<u>Remerciements</u>	<u>2</u>
<u>Liste des abréviations</u>	<u>3</u>
<u>Sommaire</u>	<u>5</u>
<u>Introduction</u>	<u>6</u>
<u>Partie 1 : Application du principe « compétence-compétence » au contentieux maritime</u>	<u>12</u>
<u>Chapitre 1 : Origine et évolution du principe « compétence-compétence »</u>	<u>12</u>
<u>Section 1 : Le droit français et le principe « compétence-compétence »</u>	<u>12</u>
<u>§1 : Un principe jurisprudentiel à l'origine</u>	<u>12</u>
<u>A : Evolution de l'arbitrage dans le temps</u>	<u>13</u>
<u>B : L'affirmation jurisprudentielle du principe « compétence-compétence » : une émergence lente</u>	<u>18</u>
<u>§2 : Intégration du principe dans le NCPC</u>	<u>22</u>
<u>A : Les projets de réforme de l'arbitrage</u>	<u>22</u>
<u>B : Les nouvelles dispositions de NCPC</u>	<u>24</u>
<u>Section 2 : Le principe « compétence-compétence » et le droit comparé</u>	<u>28</u>
<u>§1 : La loi-type de la CNUDCI à l'origine de nombreuses législations</u>	<u>29</u>
<u>A : Etude succincte de la loi-type</u>	<u>29</u>
<u>B : Influence de la loi-type sur les législations</u>	<u>32</u>

<u>§2 : Les autres sources internationales du droit de l'arbitrage</u>	<u>36</u>
<u>A : Les accords bilatéraux et les conventions multilatérales</u>	<u>36</u>
<u>B : Application du droit de l'arbitrage en droit comparé</u>	<u>39</u>
<u>Chapitre 2 : L'application du principe « compétence-compétence » au</u>	
<u>contentieux maritime</u>	<u>40</u>
<u>Section 1 : Les deux aspects du principe « compétence-compétence » et son</u>	
<u>application au contentieux maritime</u>	<u>40</u>
<u>§1 : Le principe « compétence-compétence » dans son aspect positif et dans son</u>	
<u>aspect négatif</u>	<u>41</u>
<u>A : Les deux aspects du principe « compétence-compétence »</u>	<u>41</u>
<u>B : Le pouvoir des arbitres de soulever d'office leur incompétence</u>	<u>45</u>
<u>§2 : L'application du principe en matière maritime</u>	<u>46</u>
<u>Section 2 : Le rôle des juridictions étatiques</u>	<u>50</u>
<u>§1 : Le contrôle de la nullité et de l'inapplicabilité manifeste de la clause</u>	
<u>d'arbitrage</u>	<u>50</u>
<u>A : Contrôle par le juge étatique</u>	<u>50</u>
<u>B : La validité de la clause compromissoire dans le contentieux maritime</u>	<u>53</u>
<u>§2 : Les voies de recours contre la sentence arbitrale</u>	<u>56</u>
<u>A : Cas où l'arbitre a statué sur sa compétence et sur le fond du litige</u>	<u>56</u>
<u>B : Cas où l'arbitre a uniquement statué sur sa compétence</u>	<u>56</u>

<u>Partie 2 : La question de l'opposabilité de la clause compromissoire entraîne la remise en question du principe</u>	60
<u>Chapitre 1 : L'opposabilité de la clause compromissoire au destinataire : la question de l'acceptation expresse</u>	60
<u>Section 1 : L'opposition entre la Chambre civile et la Chambre commerciale de la Cour de cassation</u>	61
<u>§1 : La position de la Chambre commerciale</u>	61
<u>§2 : La position de la Chambre civile</u>	65
<u>Section 2 : Les principes civilistes marquent la spécificité du droit maritime</u>	68
<u>§1 : Les grands principes du droit des contrats</u>	69
<u>A : L'effet obligatoire des contrats</u>	69
<u>B : L'effet relatif des contrats</u>	70
<u>§2 : La spécificité du droit maritime accentuée par le principe de « compétence-compétence »</u>	73
<u>Chapitre 2 : La remise en cause du principe « compétence-compétence »</u>	76
<u>Section 1 : Le principe « compétence-compétence » : la perte de souveraineté des juges étatiques et la remise en question de son fondement</u>	76
<u>§1 : La possibilité de soulever une exception d'illégalité</u>	77
<u>§2 : La perte de souveraineté des juges étatiques</u>	82

<u>Section 2 : Le principe « compétence-compétence », une règle jurisprudentielle</u>	
<u>à l'encontre de tous les principes directeurs du droit commun connaît un recul</u>	
<u>nécessaire</u>	<u>84</u>
<u>§1 : La critique de la règle « compétence-compétence » eu égard à son caractère</u>	
<u>contractuel et à ses voies de recours</u>	<u>85</u>
<u>A : Le principe « compétence-compétence » et l'article 1134 du code civil</u>	<u>85</u>
<u>B : Le recours effectif et le principe « compétence-compétence »</u>	<u>87</u>
<u>§2 : Le recul de la Grande-Bretagne</u>	<u>87</u>
<u>Conclusion</u>	<u>89</u>
<u>Hommage</u>	<u>91</u>
<u>Bibliographie</u>	<u>92</u>

