

Droit maritime et arbitrage font-ils encore bon ménage ?

Colloque Société de Législation Comparée

Sections « Arbitrage ADR » et « Droit maritime »

Lundi 1^{er} avril 2019

Propos introductifs :

La priorité chronologique donnée à l'arbitre, sauf clause d'arbitrage manifestement inapplicable, résulte de l'effet négatif du principe compétence-compétence tel que posé par l'ancien article 1458 Al. 2 de Code de procédure civile, aujourd'hui devenu d'article 1448 du Code de procédure civile.

Cette règle n'est pas teintée du particularisme du droit maritime et les difficultés auxquelles elle donne lieu concernent tous les domaines du droit commercial international.

En effet, ce principe très favorable au développement de l'arbitrage a été poussé à l'extrême, voire à l'excès.

Selon M. le Professeur Bonnassies, il est contraire au principe d'autonomie du juge judiciaire, qui est lui-même un principe à valeur constitutionnelle.

La jurisprudence de la Cour de cassation démontre une application de ce principe, d'une manière quasi mécanique.

Il semble désormais que le principe compétence-compétence soit réservé aux juridictions arbitrales et refusé de manière quasi automatique aux juridictions judiciaires.

Par l'effet d'une véritable déviance procédurale, d'aucun *peut alléguer une clause compromissoire, comme on allègue une créance maritime en matière de saisie conservatoire de navire régit par la Convention de Bruxelles de 1952.*

Or, en matière de saisie conservatoire de navire, le texte existe un texte.

En matière d'arbitrage international, il n'en existe pas.

Se pose, en conséquence, une véritable question de légalité constitutionnelle de l'article 1448 du Code de procédure civile.

Les alertes en la matière ont été données par des arrêts déjà anciens dénommés « Lendos »¹ et « Pella »² ; dont les effets ont été amoindris par l'arrêt « Front Comor »³ de la CJCE.

¹ Cass. Civ 1^{er}, 22 novembre 2005 DMF janv. 2006 page 16

² Cass. Com., 21 février 2006 navire Pella DMF mai 2006 page 379

³ 16 février 2009 DMF mars 2009 page 2011

La contrepartie de cette jurisprudence est à l'encontre des effets recherchés en matière maritime car elle a pour conséquence la fuite des arbitrages à Londres et dessaisissement des juges judiciaires français.

Le moyen de contourner cette difficulté est de promouvoir l'arbitrage maritime en France, notamment en matière de conflit du droit du travail opposant les gens de mer à leurs armateurs, particulièrement dans le domaine de la grande plaisance.

En conclusion, il est urgent d'améliorer le droit français de l'arbitrage maritime et d'en étendre son domaine d'application à des domaines d'activité en pleine expansion alors que d'autres domaines d'activités tels que l'affrètement ou le transport maritime connaissent une forte baisse de contentieux.

Je laisse la parole à Me le Prado, Avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat et membre de la section maritime de la SLC.

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION SUR LE PRINCIPE COMPÉTENCE-COMPÉTENCE DANS SON ASPECT NEGATIF

On constate depuis un certain nombre d'années une diminution du contentieux du droit maritime devant les juridictions françaises.

Certains, dont Philippe Delebecque et, à mon avis, à juste titre, s'en émeuvent.

Diminution à laquelle la jurisprudence de la Cour de cassation n'est peut-être pas étrangère.

Je pense d'abord à sa jurisprudence portant sur la question de l'opposabilité des clauses attributives de compétence puisque, comme vous le savez, c'est en définitive la position de la première Chambre civile qui a pris le pas sur celle de la Chambre commerciale et qui conduit au renvoi devant les juridictions étrangères de nombreuses affaires intéressant le droit maritime.

Sa jurisprudence sur l'arbitrage et plus précisément sur le principe compétence-compétence y contribue-t-elle aussi ?

C'est sans doute cette question qui a conduit les organisateurs de cette rencontre à retenir le thème suivant : « *droit maritime et arbitrage font-ils encore bon ménage ?* ».

Henri Motulsky, dans son traité sur l'arbitrage, resté malheureusement inachevé, définissait ainsi l'arbitrage : l'arbitrage est une justice, une justice privée, une justice privée d'origine normalement conventionnelle¹.

L'origine de cette justice privée est soit une clause d'arbitrage, une clause compromissoire figurant au contrat qui lie les parties, soit un accord ex post de soumettre le litige opposant ces parties à l'arbitrage.

C'est de la combinaison de ces définitions qu'est né le principe « *compétence-compétence* », principe selon lequel l'arbitre est seul compétent pour statuer sur sa propre compétence, c'est-à-dire, *a contrario*, principe selon lequel le juge étatique ne peut pas se prononcer sur cette question.

Vous m'avez demandé d'évoquer les inquiétudes que suscite la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce principe dans son aspect négatif.

Le titre de mon intervention est :

« *La jurisprudence inquiétante de la Cour de cassation sur le principe compétence-compétence* ».

¹ H. Motulsky, *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, préf. B. Goldman et Ph. Fouchard, Dalloz 1974, p. 5 s.

J'aurais, à dire vrai, si j'avais défini moi-même le titre de mon intervention, ajouté un point d'interrogation à ce titre.

Je vous propose, d'abord, de vous rappeler ce qu'est ce principe en droit français et de vous exposer la jurisprudence de la Cour de cassation sur sa mise en œuvre (1).

Dans un second temps, ensuite, je m'interrogerai sur les inquiétudes que pourrait susciter cette jurisprudence (2).

1. La mise en œuvre du principe compétence-compétence par la Cour de cassation

Je rappellerai le principe lui-même, puis les tempéraments, qu'apporte ou n'apporte pas, la Cour de cassation, à une mise en œuvre automatique, systématique du principe.

1.1. Le principe compétence-compétence

L'arbitrage est une justice, l'arbitre est un juge.

Il en découle la face positive du principe compétence-compétence : c'est à l'arbitre qu'il appartient de se prononcer sur sa compétence.

Mais il en découle également la face négative de ce principe.

Cette compétence de l'arbitre est exclusive de celle du juge étatique.

D'où vient ce principe compétence-compétence en droit français ?

Il était posé indirectement par l'article 1458 ancien du code de procédure civile : « *si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente, à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle* ».

Autre texte, l'article 1466 ancien du code de procédure civile :

« *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* ».

C'est de ces textes que la Cour de cassation a déduit le principe compétence-compétence.

Sa première expression se trouve dans un arrêt de la deuxième Chambre civile du 6 mai 1971².

² Civ. 2^{ème}, 6 mai 1971, pourvoi n° 70-10592, Bull. II, n° 171.

La Cour de cassation y a jugé que « *toute juridiction même d'exception, étant juge de sa propre compétence, l'arbitre a le pouvoir et le devoir, avant tout examen des demandes des parties, de vérifier si, au regard de la convention d'arbitrage, il est compétent pour connaître du différend qui lui est soumis* ».

C'est ensuite la première Chambre civile, dans un arrêt du 5 janvier 1999 qui a cité le principe « *selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence* »³.

Et notre première Chambre civile, dans le même arrêt, a également abordé la face négative du principe : elle a censuré la cour d'appel qui avait annulé une clause compromissoire ; elle a jugé qu'elle n'était pas saisie du litige soumis au tribunal arbitral et qu'elle devait laisser l'arbitre statuer sur sa propre compétence en vertu du principe.

Cette face négative du principe a été réaffirmée dans un arrêt de la première Chambre civile du 26 juin 2001⁴ : elle nous dit que le principe compétence-compétence « *consacre la priorité de la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage* ».

Et c'est dans un arrêt du 28 novembre 2006⁵, que la première Chambre civile a utilisé, pour la première fois, le terme « *compétence-compétence* ».

Voilà pour l'historique du principe.

Il en découle que si le juge étatique se prononce sur l'investiture du tribunal arbitral, il commet un excès de pouvoir.

La deuxième Chambre civile l'a affirmé dans un arrêt du 27 juin 2002⁶ ou encore, la première chambre civile, dans un arrêt plus récent du 12 février 2014⁷.

J'ajouterai enfin que ce principe compétence-compétence a été consacré par le pouvoir réglementaire.

C'est le décret du 13 janvier 2011, à l'origine l'article 1448 du code de procédure civile.

Cet article énonce, s'agissant de l'arbitrage interne :

³ Civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, pourvoi n° 96-21430, Bull. I, n° 2.

⁴ Civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, pourvoi n° 99-17120, Bull. I, n° 183.

⁵ Civ. 1^{ère}, 28 novembre 2006, pourvoi n° 04-10384, Bull. I, n° 513.

⁶ Civ. 2^{ème}, 27 juin 2002, pourvoi n° 01-13935, Bull. II, n° 146.

⁷ Civ. 1^{ère}, 12 février 2014, pourvoi n° 13-10346, Bull. I, n° 23.

« Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable ».

Cette disposition est également applicable à l'arbitrage international, c'est l'article 1506.

Dans le même ordre d'idée, l'article 1465 du code de procédure civile prévoit que *« le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel »*.

Là encore, l'article 1506 décline ce même principe pour l'arbitrage international.

Voici donc pour la genèse de notre principe.

Encore une fois, ce principe dans son aspect positif consacre la compétence de l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence ou plus exactement sur son investiture.

Mais négativement, ce principe interdit au juge étatique de statuer sur cette même compétence ou cette même investiture.

A dire vrai, le terme de compétence ne me semble pas tout à fait exact pour expliquer l'éviction du juge national ; il ne s'agit pas tant de la compétence de l'arbitre que de son pouvoir juridictionnel.

Et le contrôle par l'arbitre de sa propre compétence porte non seulement sur son étendue, au regard de la convention de l'arbitrage, mais également sur la licéité, sur la validité de cette même convention.

Je vous citerai le professeur Loquin⁸ :

« Le droit de l'arbitrage, 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, mais aussi, et c'est là 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 ».

Voici pour le principe compétence-compétence, dans ses aspects positif et négatif, et pour son fondement.

1.2. Mais ce principe comporte des tempéraments

Tempéraments que l'on trouve dans l'article 1448 du code de procédure civile puisque la compétence du juge étatique est écartée, sauf nous dit-il, si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

⁸ E. Loquin, J.-Cl. Procédure civile, fasc. 1034, n° 54.

Et dès avant ce texte, la Cour de cassation avait admis ce tempérament.

Dans un arrêt de la première Chambre civile du 1^{er} décembre 1999⁹, elle a ainsi jugé que « *la nullité manifeste de la convention d'arbitrage est seule de nature à faire obstacle à l'application du principe compétence-compétence* ».

Et elle a repris dans de nombreux arrêts ultérieurs la formule selon laquelle le principe compétence-compétence est celui « *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* »¹⁰.

Ce tempérament, cette dérogation, pourraient ou auraient dû en tout cas permettre un certain équilibre dans le contrôle par le juge étatique de la mise en œuvre de la convention d'arbitrage.

2. Les inquiétudes que pourraient susciter la jurisprudence

Il existe, il est vrai, un malaise lié à la mise en œuvre par la Cour de cassation de ce tempérament qu'elle a elle-même admise dans un premier temps, puis qui a été consacré par l'article 1448 du code de procédure civile.

Malaise qui a conduit sans doute les organisateurs de notre rencontre à qualifier d'« *inquiétante* » la jurisprudence de la Cour de cassation sur la mise en œuvre de ce principe dans son aspect négatif.

D'où vient ce malaise ?

Il tient à la conception extrêmement restrictive qu'a la Cour de cassation de cette dérogation.

Rares, voire rarissimes sont les arrêts dans lesquels la Cour de cassation a accepté d'admettre qu'une convention d'arbitrage pouvait être manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

S'agissant de la nullité manifeste, il faut que celle-ci ressorte à l'évidence ou encore « *saute aux yeux* », suivant l'expression du professeur Loquin¹¹.

Et pour reprendre les termes du professeur Loquin, la Cour de cassation s'est attachée à interpréter très étroitement la notion d'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage.

⁹ Civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1999, pourvoi n° 97-21488, Bull. I, n° 325.

¹⁰ Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, pourvoi n° 01-12493, Bull. I, n° 82 ; Civ. 1^{ère}, 30 mars 2004, pourvoi n° 01-17800, Bull. I, n° 96 ; Civ. 1^{ère}, 8 novembre 2005, pourvoi n° 02-18512, Bull. I, n° 402 ; Com. 23 avril 2013, pourvoi n° 12-12101, Bull. IV, n° 67.

¹¹ E. Loquin, JCl. Procédure civile, fasc. 1034, n° 99.

En réalité, la Cour de cassation censure la plupart du temps les cours d'appel qui admettent le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage.

Réciproquement, elle rejette la plupart du temps les pourvois faisant grief à ces mêmes juges d'appel d'avoir refusé de retenir la nullité ou l'inapplicabilité manifestes de la clause d'arbitrage.

Un exemple parmi de nombreux autres, un arrêt récent du 19 décembre 2018 de la première Chambre civile¹².

Une péniche avait endommagé un ouvrage géré par l'établissement voie navigable de France.

La cour d'appel avait jugé que la juridiction étatique était incompétente pour connaître de la demande indemnitaire formée par Voie navigable de France en raison de la clause d'arbitrage stipulée dans la police d'assurance souscrite par le propriétaire de la péniche.

Le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir opposé au tiers lésé cette convention d'arbitrage à laquelle il n'était pas partie.

Pour autant, le pourvoi a été rejeté, par application du principe compétence-compétence.

La Cour de cassation a approuvé les motifs de la cour d'appel selon lesquels « *la clause compromissoire n'était pas manifestement inapplicable dès lors qu'accessoire du droit d'action, elle était opposable aux victimes exerçant l'action directe contre les assureurs* ».

Quelques chiffres au-delà cet exemple.

Chiffres concernant d'abord l'année 2018.

La Cour de cassation a rendu sept arrêts sur la validité au sens large de la clause d'arbitrage.

Parmi ces sept arrêts, celui du 19 décembre 2018 que je viens de vous citer.

Les six autres arrêts ont, soit censuré des cours d'appel qui avaient retenu la compétence de la juridiction étatique, soit rejeté les pourvois contre des arrêts de cours d'appel qui avaient fait application des clauses d'arbitrage.

Je vous en citerai seulement certains pour illustrer mon propos.

¹² Civ. 1^{ère}, 19 décembre 2018, pourvoi n° 17-28951.

Un arrêt du 14 novembre 2018¹³ par lequel la Chambre commerciale a censuré une cour d'appel qui avait refusé d'appliquer la clause compromissoire stipulée dans un contrat de cession d'actions, au motif que la demande de garantie de la société cessionnaire était fondée sur des dissimulations, lesquelles constituaient un litige qui ne relevaient pas du tribunal arbitral.

Cassation car la cour d'appel n'a pas caractérisé que la convention d'arbitrage était manifestement nulle ou inapplicable.

Deuxième arrêt du 10 octobre 2018¹⁴, arrêt de rejet cette fois.

La Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait soumis à la clause d'arbitrage un litige afférent à l'évaluation de parts sociales.

D'après la Cour de cassation, le caractère d'ordre public de l'article 1843-4 du code civil qui régit cette matière n'excluait pas l'arbitrabilité du litige.

Et la circonstance que la clause d'arbitrage accorde aux arbitres le pouvoir de procéder eux-mêmes à l'évaluation et de trancher le litige, contrairement au pouvoir de l'expert nommé en application de l'article 1843-4 du code civil, ne rend pas la clause manifestement inapplicable ou nulle.

Derniers arrêts de l'année 2018 que je vous citerai, des arrêts du 11 avril¹⁵.

La Cour de cassation a censuré les cours d'appel qui avaient condamné une société cessionnaire d'actions à garantir la société cédante des condamnations prononcées au bénéfice de ses salariés en réparation de leur préjudice d'anxiété lié à l'amiante.

La société cessionnaire s'était prévaluée de la clause d'arbitrage stipulée dans le traité de cession.

La cour d'appel avait refusé d'en faire application au motif que ce traité réglait seulement les conditions et les garanties de la vente et de l'achat du capital social.

Cassation dans la mesure où notre Cour suprême considère que cette clause d'arbitrage stipulée dans le *purchase agreement* n'était pas manifestement inapplicable en l'occurrence.

En somme, tout au long de l'année 2018, aucune clause d'arbitrage n'a paru aux yeux de la Cour de cassation manifestement nulle ou inapplicable.

Passons à l'année 2017, pour vérifier si la moisson est plus riche.

¹³ Com. 14 novembre 2018, pourvoi n° 17-10184.

¹⁴ Com. 10 octobre 2018, pourvoi n° 16-22215, publié au bull.

¹⁵ Civ. 1^{ère}, 11 avril 2018, pourvois n° 17-17999 et a. (série de 11 arrêts identiques).

Quatre arrêts seulement ont été rendus.

Tous, sauf un seul, vont dans le même sens.

Je vous en citerai un du 13 septembre 2017 à titre d'exemple¹⁶.

Un groupement d'intérêt économique en charge de la réalisation d'une ligne ferroviaire, passe deux contrats de sous-traitance, le second stipulant une clause compromissoire.

Le sous-traitant agit à l'encontre du donneur d'ordre principal.

La cour d'appel refuse d'appliquer la clause compromissoire, aux motifs que le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au donneur d'ordre principal.

Cassation, car la cour d'appel a dû procéder à un examen approfondi des relations contractuelles entre les parties pour refuser l'extension de la convention d'arbitrage et elle a donc statué par des motifs impropres à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire.

Ce n'est que dans un arrêt du 1^{er} juin 2017¹⁷ que la Cour de cassation a admis qu'une clause d'arbitrage était manifestement inapplicable.

Deux contrats de cession conclus successivement avaient pour objet un transfert de titres sociaux, et stipulaient une clause d'arbitrage.

Puis, les parties ont conclu un contrat tripartite, lequel ne stipulait plus de clause d'arbitrage, mais une clause de compétence.

La cour d'appel a retenu que les clauses d'arbitrage des deux premiers contrats étaient opposables au dernier cessionnaire, dans le litige l'opposant au cédant, ayant conclu le premier contrat.

Cassation : la cour d'appel ne pouvait statuer ainsi « *alors qu'aucune clause compromissoire ne liait les sociétés [...] et que le contrat tripartite contenait une clause attributive de juridiction* ».

Je vous ferai grâce du détail des autres arrêts de l'année 2017.

Essayons l'année 2016 au cours de laquelle huit arrêts ont été rendus.

Là encore, qu'il s'agisse d'arrêts de cassation ou de rejet, c'est le refus d'admettre l'inapplicabilité manifeste ou la nullité qui prévaut.

¹⁶ Civ. 1^{ère}, 13 septembre 2017, pourvoi n° 16-22326.

¹⁷ Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2017, pourvoi n° 16-11487.

L'impression se dégage donc que les dérogations au principe compétence-compétence, d'abord posées par la jurisprudence, puis par le code de procédure civile, en son article 1448, ne sont que rarement mises en œuvre.

Je citerai le professeur Clay, dans une chronique parue au Recueil Dalloz 2017¹⁸, faisant la recension de tous les arrêts de la Cour de cassation ayant admis la nullité ou l'inapplicabilité manifeste d'une clause d'arbitrage :

« Neuf. C'est le nombre de fois où la Cour de cassation a reconnu qu'une clause compromissoire était manifestement nulle ou manifestement inapplicable ; ce chiffre ridiculement faible au regard du nombre de fois où l'inverse a été allégué a de quoi refroidir les velléités de ceux qui, contre toute évidence, invoquent une telle sanction ».

En somme, ce principe compétence-compétence se trouve revêtu d'une portée absolue en raison de la conception très restrictive que se fait la Cour de cassation du caractère manifestement inapplicable ou nulle de la convention d'arbitrage.

Je vous citerai encore le professeur Clay, dans sa chronique cette fois-ci parue au Dalloz 2018¹⁹ :

« Enfin, on dira un mot, en matière internationale cette fois, de la force du mot arbitrage.

Tel un talisman, il suffit qu'il figure dans le contrat pour que la convention d'arbitrage n'apparaisse pas manifestement nulle ou inapplicable.

Par sa seule mention, la clause compromissoire n'est pas manifestement nulle ou inapplicable et peut être mise en œuvre car elle montre la volonté des parties de recourir à l'arbitrage ».

Et Thomas Clay continue en ajoutant que le simple mot arbitrage suffit pour basculer dans la justice arbitrale et qu'il s'agit bien d'un mot magique.

Or, faire d'une règle de droit une formule magique n'est peut-être pas de bonne pratique.

Et le refus d'écarter une clause d'arbitrage peut aboutir à des situations inextricables pour les parties.

Cette application, trop systématique, revient à appliquer à des parties des clauses d'arbitrage, pourtant sans doute inapplicables, au seul motif que leur inapplicabilité n'est pas suffisamment manifeste.

¹⁸ T. Clay, D. 2017. 2559.

¹⁹ T. Clay, D. 2018.2448.

On en prendra pour exemple l'arrêt précité du 10 octobre 2018, soumettant à l'arbitrage l'évaluation des parts sociales.

Comme l'a souligné le professeur Moury²⁰, les parties à l'arbitrage se heurteront à la lettre de l'article 1843-4 du code civil, qui impose le recours à l'expertise pour évaluer les parts sociales, l'expert devant être désigné par les parties ou, à défaut, par le président du tribunal statuant en la forme des référés.

On peut donc se demander si l'arbitre pourra désigner lui-même l'expert, pouvoir que ne lui reconnaît pas l'article 1843-4 du code civil.

On peut encore se demander si l'arbitre peut procéder lui-même à l'évaluation des parts sociales, alors que l'article 1843-4 du code civil la confie à un expert et exclusivement à un expert.

Le professeur Moury en conclut : « *Le résultat conduit probablement à reculer pour mieux sauter* ».

Si l'arbitre retient sa compétence, il commettra lui-même, suivant le professeur Moury, un excès de pouvoir.

Restera alors aux parties à faire annuler la sentence.

C'est soumettre les parties à une véritable impasse.

En définitive, des clauses d'arbitrage peut-être inapplicables sont donc opposées aux parties, pour la seule raison que leur inapplicabilité n'est pas manifeste.

Il est alors renvoyé au tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence.

Mais si une clause est inapplicable, sans l'être manifestement, on fait subir aux parties une saisine inutile de l'arbitre, ce qui recule d'autant la solution du litige.

J'ajouterai, pour en terminer, qu'on peut s'interroger sur l'articulation que la Cour de cassation devra opérer entre cette mise en œuvre du principe compétence-compétence et le nouvel article 2062 du code civil, issu de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, dont je rappellerai les termes :

« *La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée.*

Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut pas lui être opposée ».

²⁰ J. Moury, RTD com. 2018. 959.

Le principe « Kompetenz-Kompetenz » dans son effet négatif : position des juridictions allemandes

Dr. Olaf Hartenstein, D.E.A., LL.M.

Rechtsanwalt/associé au cabinet d'avocats ARNECKE SIBETH DABELSTEIN à Hambourg

Introduction

La conférence aujourd'hui me fait particulièrement plaisir : D'une part, je suis ancien élève de l'Institut de Droit Comparé de Paris et membre de la Société de Législation Comparé, et, d'autre part, depuis longtemps avocat en droit maritime, ce qui me permet de pratiquer quotidiennement le contentieux et l'arbitrage. Le sujet de notre conférence réunit parfaitement ces deux aspects.

Le principe de « Kompetenz-Kompetenz » de l'arbitre se prête, à mon avis, particulièrement bien à une approche de droit comparé : Nos ordres juridiques, et particulièrement le droit français et le droit allemand, partent, comme on le verra, de principes communs, et en droit français on utilise même le terme allemand de « Kompetenz-Kompetenz » – mais nous arrivons tout de même à des résultats bien différents.

Par le principe de « Kompetenz-Kompetenz » on entend généralement le principe selon lequel un tribunal arbitral a compétence – et il faut ajouter : *au moins provisoire* – pour statuer sur sa propre compétence, principalement donc sur la validité et l'opposabilité de la convention d'arbitrage ou clause compromissoire. Cette compétence de l'arbitre constitue l'« effet positif » du principe. L'éventuel « effet négatif », en revanche, décrit l'autre côté de la médaille : c'est la question de savoir dans quelle mesure les juridictions étatiques peuvent encore se prononcer sur la validité ou l'opposabilité d'une convention d'arbitrage – ou s'ils doivent toujours renvoyer les parties devant les arbitres pour répondre à ces questions.

L'objet de ma présentation est la position des juridictions allemandes. Evidemment, les juges étatiques allemands sont constitutionnellement liés par la loi. Avant d'analyser, dans une deuxième partie, quelques arrêts de cours allemandes, il convient donc de vous présenter, dans une première partie, le cadre législatif sur lequel est fondé cette jurisprudence.

Première partie : Le cadre législatif de la jurisprudence

En droit allemand, l'arbitrage fait l'objet du 10^{ième} livre du code de procédure civile, la « *Zivilprozessordnung* », dite « ZPO ». Ce 10^{ième} livre de la ZPO, donc la loi allemande concernant l'arbitrage, a été profondément réformée il y a à peu près 20 ans. Cette réforme de 1997, entrée en vigueur en 1998, concernait aussi le principe « Kompetenz-Kompetenz ».

L'un des objectifs de la réforme était de mieux aligner le droit allemand au niveau international. Avant de regarder de plus près les règles de la ZPO, il convient donc de dire quelques mots sur les instruments internationaux qui ont une influence sur le droit allemand.

1^{ière} section : Les instruments internationaux

Il y a deux sortes d'instruments internationaux qui ont eu une influence sur le droit allemand d'arbitrage : des conventions internationales et la loi type de la CNUDCI.

(1) Les conventions internationales

En matière d'arbitrage, deux conventions internationales sont en force en Allemagne, celle de New York et celle de Genève.

a.) La convention de New York (1958)

Tout d'abord, l'Allemagne fait partie des Etats membres de la convention des Nations Unies de New York de 1958 qui a été ratifiée par un grand nombre d'Etats et qui a une très grande portée pratique à l'échelle internationale, comme en Allemagne.

Quant au sujet de l'éventuel « *effet négatif* » du principe de Kompetenz-Kompetenz, l'article II alinéa 3 de la convention de New York prévoit le suivant :

« Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention [d'arbitrage], renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. »

C'est cette dernière partie de la phrase (« *à moins qu'il ne constate...* ») qui est importante ici, et on remarquera que la convention de New York, à la différence du droit français, ne parle pas de nullité « *manifeste* ». Néanmoins, au niveau international, la portée de cette dernière partie de la phrase fait objet d'interprétations différentes : Les uns soutiennent que cette partie de la phrase ne permet qu'un examen « *prima facie* » de la validité de la clause compromissoire par le juge étatique. D'autres défendent que le juge étatique peut – ou même doit – véritablement examiner le bien-fondé la validité de la clause compromissoire. Nous reviendrons sur ce débat « dans sa version allemande ».

b.) La convention de Genève (1961)

Mais voyons d'abord la deuxième convention internationale en matière d'arbitrage en vigueur en Allemagne, c'est la convention européenne de Genève de 1961. Elle est généralement d'une moindre portée puisqu'il n'y a que des Etats européens qui y adhèrent et la convention ne s'applique, en matière de commerce international, que si les deux parties ont leurs sièges dans deux Etats membres différents.

Mais pour la question concernée ici, cette convention de Genève est importante, puisque son article VI alinéa 3 prévoit expressément le suivant :

« Lorsque [...] les tribunaux judiciaires des États contractants, saisis [...] d'une demande portant sur [...] une demande en constatation de l'inexistence, de la nullité ou de la caducité de la convention d'arbitrage, surseoiront, sauf motifs graves, à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale. »

On notera la différence avec la convention de New York.

Et on se rappellera que les deux conventions sont en force en Allemagne.

Ceci dit, les deux n'étaient plus tellement « nouvelles » quand la réforme de 1997 a été entreprise. Ce qui était beaucoup plus récent, à l'époque, c'est la loi type de la CNUDCI.

(2) La loi type CNUDCI de 1985

La loi type de la CNUDCI n'a pas force de loi, elle sert juste de modèle, de recommandation aux législateurs. L'Allemagne s'en est servi comme modèle, elle ne l'a pas simplement transposé en droit allemand, mais le législateur allemand a assez étroitement suivi les recommandations de la CNUDCI.

En ce qui concerne un éventuel « effet négatif » du principe Kompetenz-Kompetenz, la loi type de la CNUDCI, dans son article 8 alinéa 1 prononce la recommandation suivante :

« Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande [...], à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée. »

C'est donc très similaire à ce que contient la convention de New York.

2^{ème} section : Les règles de la ZPO allemande

Le législateur allemand, dans sa réforme de 1997, a respecté les conventions internationales et s'est aussi servi de la loi type comme modèle. Mais il a expressément voulu reformer la situation concernant le principe Kompetenz-Kompetenz.

Il y a plusieurs articles (« paragraphes ») dans le nouveau 10^{ème} livre de la ZPO qui traitent de la « répartition des pouvoirs » entre les arbitres et les juges. Regardons d'abord ce que la loi reformée attribue aux arbitres (« l'effet positif ») et puis ce qu'elle attribue aux juges (l'éventuel « effet négatif »).

(1) La compétence, souvent « provisoire », de l'arbitre

La ZPO, dans son § 1040 alinéa 1^{er}, prévoit expressément que le tribunal arbitral a la compétence de décider s'il a compétence, et donc si la clause compromissoire est valable et opposable. Mais cette décision de l'arbitre sera, d'une certaine manière, provisoire, car l'alinéa 3 prévoit aussi que si l'une des parties invoque la nullité de la clause compromissoire, le tribunal arbitral va, « de manière régulière », rendre une sentence intermédiaire – contre laquelle chacune des parties peut déposer une requête devant la cour étatique pour qu'elle décide si cette sentence intermédiaire des arbitres sur leur propre compétence est valable ou non.

Il faut préciser que le tribunal arbitral peut rendre une telle sentence intermédiaire sur sa propre compétence, et le fait régulièrement, mais n'y est pas obligé.

Et même s'il en rend une, la procédure d'arbitrage peut continuer pendant la procédure devant la cour étatique – et peut même mener à une sentence finale.

Enfin, une fois la sentence finale du tribunal arbitral rendue, chacune des parties peut en demander l'annulation par la cour étatique au motif de l'invalidité de la clause compromissoire, mais pour cela il y a des délais à respecter.

(2) La compétence des juridictions étatiques

Dans le sens propre du mot, le terme « Kompetenz-Kompetenz » signifie la compétence « de dernier ressort » : La Kompetenz-Kompetenz est attribuée à celui qui décide *en dernier* et non pas à celui qui rend une décision provisoire. Puisque dans le système de droit allemand les juridictions étatiques peuvent annuler une sentence arbitrale au motif que le tribunal d'arbitrage n'avait pas compétence, la Kompetenz-Kompetenz au sens propre du mot serait donc, dans le système allemand, en principe attribué à l'Etat et non pas aux arbitres.

Il y a certainement un « effet négatif » *de la clause d'arbitrage* en droit allemand : De manière similaire au texte de la convention de New York, le § 1032 ZPO prévoit que si un tribunal étatique est saisi d'une affaire qui fait l'objet d'une clause d'arbitrage, le tribunal doit, si le défendeur le demande, débouter la demande, à moins que le juge « constate » que la clause

d'arbitrage est nulle, inopposable ou impraticable. Mais regardons donc la jurisprudence allemande et sa façon d'appliquer cette loi et le degré de contrôle nécessaire.

Deuxième partie : La jurisprudence des cours allemandes

Comme nous l'avons vu, la codification actuelle repose sur une réforme de 1997, et le législateur s'est aussi clairement prononcé sur le principe Kompetenz-Kompetenz. Il faudra alors distinguer la jurisprudence avant la réforme que je présenterai dans une première section, et la jurisprudence après la réforme qui fera l'objet de la deuxième section.

1^{ière} section : Avant la réforme de 1997

Avant la réforme, il y avait une jurisprudence assez constante, y compris la jurisprudence de la Cour Fédérale (« Bundesgerichtshof » ou « BGH ») qui est bien résumée dans un arrêt du BGH du 26 mai 1988. Dans cet arrêt, le BGH traitait un cas dans lequel les parties avaient conclu :

- un contrat
- avec une clause compromissoire (désignant la chambre de commerce de Genève comme arbitre)
- ainsi qu'une clause supplémentaire par laquelle les parties déterminaient que ce serait uniquement au tribunal arbitral de statuer sur sa compétence.

De telles clauses étaient très répandues à l'époque.

Le Bundesgerichtshof, dans son arrêt de 1988, statua les deux principes suivants :

(1) La compétence de statuer sur la clause compromissoire

La clause supplémentaire, dite clause de Kompetenz-Kompetenz, confère aux arbitres la compétence de statuer sur leur propre compétence. Elle a donc l'effet négatif puisque les juridictions étatiques ne peuvent plus en décider : C'est aux arbitres seuls de décider s'ils ont compétence ou non.

(2) La compétence de statuer sur la clause dite clause de Kompetenz-Kompetenz

En revanche, ladite clause supplémentaire, dite clause de Kompetenz-Kompetenz, doit elle-même être valable et opposable. Et ce concernant, le BGH a aussi clairement statué que seul le juge étatique pouvait décider si la clause de Kompetenz-Kompetenz elle-même était valable et opposable. En l'occurrence, elle l'était. Cela a changé, pourtant, avec la réforme de 1997.

2^{ème} section : Depuis la réforme de 1997

Depuis la réforme de 1997, il y a eu quelques arrêts de Cours d'appels (Oberlandesgerichte, OLG) ainsi que du Bundesgerichtshof qui touchent le sujet. Il y a notamment eu un arrêt de principe du BGH du 13 janvier 2005, et puis une multitude d'arrêts qui traitent de détails et enfin un arrêt qui fait exception au principe.

(1) L'arrêt de principe de la Cour Fédérale du 13 janvier 2005

La demanderesse avait initié une action devant le tribunal étatique contre le défendeur, une banque, qui invoquait une clause compromissoire – doublée d'une clause supplémentaire dite clause de Kompetenz-Kompetenz comme on l'a vu supra.

Le tribunal de première instance ainsi que la cour d'appel avaient rejeté la demande au motif que la clause Kompetenz-Kompetenz était valide et c'était donc aux seuls arbitres de décider sur leur propre compétence.

Le Bundesgerichtshof, quant à lui, rejeta également la demande, mais uniquement après avoir déclaré nulle la clause Kompetenz-Kompetenz et après avoir donc examiné lui-même la clause compromissoire – qu'il trouva suffisante en l'espèce.

Depuis cet arrêt du Bundesgerichtshof, il est accepté qu'une clause contractuelle de Kompetenz-Kompetenz est nulle en droit allemand et n'a donc pas d'effet négatif sur la compétence des juridictions étatiques qui doivent eux-mêmes examiner la validité et l'opposabilité de la clause d'arbitrage.

C'est, en effet, le législateur allemand même qui avait expressément favorisé cette approche dans les travaux préparatoires de la loi de réforme de 1997.

(2) Les détails – et l'exception

a.) Des arrêts qui traitent de quelques détails du nouveau principe

Par arrêt du 24 juillet 2014, le BGH a précisé que même si la clause supplémentaire de Kompetenz-Kompetenz dans un contrat était nulle, ceci ne mènerait pas automatiquement à la nullité de la clause compromissoire.

Quelques jours plus tôt, dans un *obiter dictum* de l'arrêt du 18 juin 2014, le BGH avait mentionné que la décision d'une juridiction étatique en faveur de la validité d'une clause d'arbitrage liait l'arbitre, celui-ci ne pourrait donc pas, à son tour, décider que la clause est nulle.

Si, en revanche, l'arbitre est plus rapide et décide en premier, c'est-à-dire, avant la juridiction étatique, qu'une clause compromissoire est valide, cette sentence arbitrale peut devenir définitive et opposable, à moins que la partie qui invoque la nullité de la clause respecte tous les délais et moyens de procédure pour la voir infirmée.

b.) L'arrêt de la Cour d'Appel de Munich qui admet une exception au principe

Contrairement à la jurisprudence susmentionnée, la Cour d'Appel de Munich a récemment trouvé une solution différente.

Les faits étaient les suivants : Une société hongroise avait introduit une procédure d'arbitrage à Munich contre son cocontractant, une société autrichienne. Cette dernière demandait à la Cour de Munich de dire qu'à défaut d'une clause d'arbitrage valable, le tribunal d'arbitrage n'avait pas compétence.

L'arrêt qu'a rendu la Cour d'Appel de Munich dans cette affaire, un arrêt du 24 novembre 2016, peut surprendre un peu car il semble contredire la jurisprudence susmentionnée du BGH : La Cour de Munich a effectivement renvoyé les parties devant l'arbitre afin que celui-ci décide en premier s'il a compétence ou non.

Pourtant, le raisonnement de la Cour de Munich était net : En l'occurrence, c'était la convention de Genève de 1961 qui s'appliquait, et l'article VI alinéa 3 de cette convention prévoyait, d'après la Cour, que le tribunal judiciaire doit attendre la décision de l'arbitre.

On peut ajouter que la Cour de Munich avait permis la révision devant BGH, mais je n'ai pas pu trouver de trace d'un tel moyen. L'arrêt de Munich semble donc être devenu définitif et avoir acquis force de chose jugée.

Conclusions

Je me permets de juste brièvement répéter les trois « résultats » de ma recherche :

- (1) Au niveau international, il n'est pas sûr si les textes de la convention de New York et la loi type CNUDCI confèrent une compétence provisoire ou définitive à l'arbitre, il y a des avis différents sur cette question.
- (2) En droit allemand, la « competence-competence » de l'arbitre a un caractère plutôt provisoire – pourvu que les parties respectent tous les délais : Il n'y a normalement pas d'effet négatif du principe Kompetenz-Kompetenz, ce principe n'empêchant pas de manière rigoureuse les juridictions étatiques allemandes de se prononcer sur la validité d'une clause d'arbitrage.
- (3) Une exception doit pourtant être faite pour les cas d'espèce dans lesquels s'applique la convention de Genève de 1961 : Dans de tels cas, les juridictions étatiques acceptent plus facilement l'effet négatif du principe Kompetenz-Kompetenz.

1^{er} avril 2019

* * *

Quelle place pour l'harmonisation internationale de l'arbitrage maritime?

Réflexions à partir du questionnaire du CMI (2015)

Gaël Piette

Professeur à l'Université de Bordeaux

Société de Législation Comparée, 1^{er} avril 2019

En 2013, le CMI a constitué un groupe de travail consacré à l'arbitrage maritime. Le Comité exécutif venait alors de prendre la décision de mettre un terme à l'organisation d'arbitrage maritime internationale, conjointe entre le CMI et la Chambre de commerce internationale. Les règles de cette organisation (ICC/CMI Rules, du 1 janvier 1978) n'avaient en effet jamais été utilisées.

Le groupe de travail avait pour mission d'examiner si le CMI a encore un rôle à jouer en matière d'arbitrage maritime, et dans l'affirmative, de déterminer quelle doit être l'étendue de ce rôle. Pour ce faire, le CMI a procédé selon sa méthode habituelle, à savoir en diffusant un questionnaire aux associations nationales de droit maritime, afin de recueillir leurs sentiments sur cette problématique.

Le questionnaire soulignait bien qu'il ne s'agissait pas d'envisager la création par le CMI d'un nouveau centre d'arbitrage, qui viendrait concurrencer les institutions arbitrales nationales. Le questionnaire commençait par exposer ses objectifs, en proposant 3 pistes, 3 champs d'investigation:

- une analyse comparée des règles et pratiques d'arbitrage, avec l'idée que le CMI, par son site internet, pourrait servir de centre d'informations sur toute question relative à l'arbitrage maritime.

- déterminer si l'arbitrage est une option valable de résolution des litiges maritimes dans les pays dans lesquels le système juridictionnel étatique n'est pas techniquement satisfaisant. Le CMI se proposait ici de fournir une assistance et faciliter le règlement des différends pour lesquels le recours à un centre d'arbitrage serait considéré comme trop coûteux ou trop éloigné culturellement ou géographiquement, et d'étudier la question de l'arbitrage à distance (*e-arbitration*)

- élaborer ses propres Règles modèles, si celles existantes (par exemple celles de la CNUDCI) ou si les règlements des principales institutions d'arbitrage ne sont pas suffisamment adaptés aux spécificités de l'arbitrage maritime.

Ensuite, 4 questions étaient posées aux associations nationales:

- Encourageriez-vous le CMI à jouer un rôle dans l'arbitrage maritime ?

- Dans l'affirmative, dans quelle mesure pensez-vous que le CMI devrait s'engager ?
- Soutiendriez-vous les 3 champs d'investigation susmentionnés, ou seulement certains d'entre eux ?
- Avez-vous d'autres suggestions ? (question qui permet des réponses assez ouvertes)

Le site du CMI recense 15 réponses nationales¹. Le contenu des réponses, et l'enthousiasme des associations, est très variable. Finalement, le CMI a décidé de ne pas donner suite. Néanmoins, les réponses présentent un intérêt certain, car elles contiennent des éléments très instructifs sur la perception de l'arbitrage maritime par les États concernés.

La lecture du questionnaire laissait apparaître que le CMI se posait lui-même une importante question, celle de savoir s'il faut harmoniser ou unifier l'arbitrage maritime (I) ? Les réponses fournies montrent que la majorité s'est prononcée en faveur d'une fonction résiduelle du CMI en matière d'arbitrage maritime (II).

I. Harmoniser ou unifier l'arbitrage maritime?

Si la question se pose, c'est parce que l'objet du CMI est « l'unification du droit maritime dans tous ses aspects »². Mais l'unification est un degré supplémentaire d'harmonisation: l'harmonisation vise à mettre en accord des choses différentes quand l'unification rend les choses uniformes, les standardise. Une harmonisation des systèmes juridiques intervient donc sur certains points seulement, pour rendre ces systèmes compatibles, en les mettant en accord, en équilibre. L'unification peut modifier les systèmes juridiques en profondeur, en vue de n'aboutir qu'à un système juridique.

Or, l'harmonisation de l'arbitrage maritime est déjà considérable de par le monde (A). Les réponses au questionnaire du CMI montrent que l'idée d'une unification est diversement appréciée (B).

A. Une harmonisation déjà considérable

¹ Argentine, Australie, Canada, Finlande, France, Allemagne, Grèce, Italie, Malte, Pays-Bas, Pologne, Roumanie, Espagne, Royaume-Uni et USA.

² Article 1er de ses statuts.

Le droit de l'arbitrage maritime n'est pas le droit maritime. Donc, la question de l'harmonisation du droit de l'arbitrage maritime est indépendante de celle de l'harmonisation du droit maritime.

Le droit de l'arbitrage maritime est une variété de droit de l'arbitrage. Il est le droit de l'arbitrage spécialisé dans ce secteur d'activité économique qu'est le droit maritime. Or, l'harmonisation du droit de l'arbitrage est déjà réalisée, dans une certaine mesure, par le biais de textes internationaux ou régionaux. La Convention de New-York de 1958, malgré un périmètre bien précis (reconnaissance et exécution des sentences étrangères) permet une certaine harmonisation. Il en est de même de l'acte uniforme de l'OHADA sur l'arbitrage, de 2017, dans la limite de sa compétence territoriale.

La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985 amendée en 2006 est un instrument important d'harmonisation du droit de l'arbitrage. Il suffit de se référer à la note explicative du secrétariat de la CNUDCI pour lire que cette loi-type vise « l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international », que « La Loi type constitue une base solide pour l'harmonisation et l'amélioration voulues des législations nationales », ou encore que « La forme d'une loi type a été choisie comme instrument d'harmonisation ».

Outre ces textes, il faut souligner que l'arbitrage doit respecter un certain nombre d'exigences, celles concernant les grands principes du procès, qui sont communes à de nombreux systèmes juridiques, ce qui est également une forme d'harmonisation.

Il découle de tout ceci que de nombreuses règles relatives à l'arbitrage sont largement partagées à travers le monde: impartialité et indépendance des juges, respect du contradictoire, principe compétence-compétence, modalités de constitution du tribunal arbitral, motivation de la sentence notamment.

Le CMI, au travers de son questionnaire, se demandait s'il était nécessaire d'aller plus loin vers une harmonisation de l'arbitrage maritime, voire une unification. Les réponses nationales montrent à quel point une telle unification est diversement appréciée.

B. Une unification diversement appréciée

Sur les 15 associations nationales ayant répondu, seules 3 sont vraiment favorables à une unification: la Grèce, la Roumanie et l'Espagne. Ces 3 associations se déclarent favorables à encourager le CMI à jouer un rôle important en matière d'arbitrage maritime. Elles souhaitent notamment que le CMI établisse ses propres règles-modèles, estimant par exemple que « plus il y a d'options disponibles pour la résolution des litiges maritimes par arbitrage, mieux c'est pour

l'industrie en général » (réponse grecque). Dans le même ordre d'idée, l'association roumaine souhaiterait que le CMI étudie les règles procédurales des principaux centres d'arbitrage, afin de faire des recommandations lorsque ces règles ne sont pas bien adaptées aux spécificités de l'arbitrage maritime.

L'association espagnole va même beaucoup plus loin, en indiquant que le CMI devrait créer un système d'arbitrage spécialisé, qualifié et neutre, soit en fournissant des règles, des listes d'arbitres, des lignes directrices, soit en agissant comme une institution d'arbitrage. L'association grecque, sans aller aussi loin, estime que le CMI pourrait envisager de créer une liste d'arbitres parmi ses membres, établir des honoraires d'arbitres, et même établir un secrétariat.

Les associations roumaine et espagnole encouragent également le CMI à constituer une base de données des sentences, et de commentaires des sentences, un peu sur le modèle de ce que fait déjà le CMI avec l'Université de Singapour pour la jurisprudence.

Outre ces 3, il faut tout de même relever que 5 autres associations se montrent favorables à ce que le CMI conduise une analyse comparée des règles et pratiques d'arbitrage. Il s'agit de l'Allemagne, l'Australie, la Finlande, l'Italie et Malte. Certes, une telle analyse n'aboutit pas directement à l'unification, mais elle peut aller indirectement en ce sens. La publication des résultats de cette analyse pourrait inciter certains systèmes juridiques ou certaines institutions d'arbitrage à modifier leurs règles, leurs règlements, leurs pratiques.

Les autres associations se montrent opposées à l'unification. Leur position est très remarquablement résumée par la réponse française: « l'objet du CMI est de contribuer à l'unification du droit maritime, et non le règlement des litiges. Il est utopique de penser que les règles procédurales d'arbitrage, dans les différents centres d'arbitrage, pourraient être uniformes. Ce n'est pas souhaitable ». L'association australienne expose que la prolifération de règles ne serait pas un progrès, l'association canadienne affirme ne pas voir l'intérêt de règles modèles du CMI, l'association allemande souligne que le rôle du CMI ne doit pas être d'ajouter un nouveau jeu de règles, encore moins de créer un centre d'arbitrage. Les associations italienne et néerlandaise remarquent également que l'arbitrage maritime n'est pas si différent de l'arbitrage dans d'autres domaines.

En ce qui concerne la possibilité d'une analyse comparée des règles et pratiques d'arbitrage, la réponse française met en évidence le danger que pourrait présenter une telle analyse. Le risque serait en effet de créer une compétition entre les centres d'arbitrage concernés. Certains pourraient être tentés d'être très actifs dans leur auto-promotion. Le CMI pourrait, *in fine*, être amené à faire une évaluation des qualités et performances respectives, ce qui irait évidemment au-delà de son objet statutaire.

Une majorité des associations se prononçant contre une unification internationale de l'arbitrage maritime, la fonction du CMI en la matière apparaît finalement résiduelle (II).

II. Une fonction finalement résiduelle pour le CMI en matière d'arbitrage maritime

Les réponses des associations nationales s'accordent majoritairement sur une fonction: celle d'information (A), certaines associations souhaitant également une fonction d'étude (B).

A. Une fonction d'information

Seules 3 associations nationales de droit maritime ont rejeté toutes les idées avancées par le CMI dans son questionnaire: l'Argentine, les Pays-Bas et le Royaume-Uni. Leurs réponses sont assez spéciales, revêtant importante une dimension auto-promotionnelle. Ainsi, l'association argentine explique qu'elle dispose d'un comité d'arbitrage depuis 2005 (même s'il n'a à ce jour statué que dans un dossier). L'association anglaise explique quant à elle que le droit anglais est pleinement satisfaisant depuis l'*Arbitration Act* de 1996 et que la LMAA (*London Maritime Arbitrators Association*) suffit. Enfin, nos amis néerlandais soulignent que leur système juridictionnel est plus que satisfaisant, étant classé numéro 1 du *World Justice Project Rule of Law Index*, que le droit de l'arbitrage néerlandais est moderne, datant de 2015, et que TAMARA (*Transport and Maritime Arbitration Rotterdam-Amsterdam*) offre un excellent service, notamment en arbitrage électronique.

La réponse des USA s'inscrit dans une ligne proche, en manifestant très clairement le souci de ne pas concurrencer certains centres d'arbitrage. Leur réponse précise que la LMAA et la SMA (*Society of Maritime Arbitrators*) sont les centres les plus importants et qu'à l'heure où Singapour, Houston et d'autres centres tentent d'accroître leur part de marché, « la dernière chose dont on a besoin est un autre modèle concurrent ».

Hormis ces 3 réponses, les autres s'accordent à reconnaître l'intérêt que le CMI joue le rôle d'un centre d'informations, d'un « hub d'informations » pour reprendre la formulation australienne. La plupart des associations estiment que le CMI, à travers son site internet, pourrait fournir des informations utiles. L'association états-unienne relève ainsi que des informations accessibles permettraient aux sociétés de gagner du temps et de l'argent puisque leurs conseils passeraient moins de temps à trouver les informations pertinentes dont leurs clients ont besoin. L'association canadienne insiste sur un point très important: le fait qu'il est primordial que ces informations soient régulièrement mises à jour. Effectivement, l'information ne vaut rien si elle n'est pas fiable.

Demeure néanmoins la question de savoir quelles seraient les informations qui devraient figurer sur le site du CMI. Les associations ne répondent pas sur ce point (d'ailleurs non posé par le questionnaire). Soit elles n'envisagent même pas la question, soit, pour 4 d'entre elles (réponses allemande, italienne, maltaise et roumaine), elles se contentent de mentionner que l'information pourrait porter sur tous les sujets d'intérêt concernant l'arbitrage maritime. C'est plutôt imprécis...

L'association française apporte un élément supplémentaire: le site du CMI pourrait fournir une liste de tous les centres d'arbitrage disponibles, ainsi que leur règlement. Mais à la condition que cette information soit neutre et objective, c'est-à-dire qu'elle ne s'accompagne d'aucun commentaire ou jugement de valeur.

B. Une fonction d'étude ?

Outre les associations qui soutiennent l'idée précédemment évoquée d'une analyse comparée des règles et pratiques d'arbitrage, 2 associations aimeraient confier au CMI la tâche d'étudier des points précis de l'arbitrage maritime. L'association canadienne fait un lien très intéressant, dans sa réponse, avec les problématiques relevées par l'ICMA, le Congrès International des Arbitres Maritimes (judiciarisation de l'arbitrage, augmentation des délais et des coûts de l'arbitrage, etc.). L'association canadienne explique que si les associations nationales étaient d'accord pour que le CMI joue un rôle en matière d'arbitrage maritime, ces différentes problématiques seraient intéressantes à étudier.

L'association polonaise, rejointe en cela par un point de vue minoritaire au sein de l'association états-unienne, considère que le CMI pourrait se pencher sur la question de l'*e-arbitration*, ou arbitrage électronique, à distance.

En conclusion, le questionnaire du CMI relatif à l'arbitrage maritime s'est révélé un coup d'épée dans l'eau. Les associations nationales, majoritairement, estiment qu'il n'est pas de l'objet du CMI d'intervenir en cette matière. Mais la grande diversité dans les réponses montrent aussi à quel point la perception de l'arbitrage maritime peut varier d'un pays à un autre.

SLC

La Chambre arbitrale maritime de Paris a accueilli lundi 1^{er} avril la section arbitrage de la Société de Législation Comparée qu'anime Me Favarel sur le thème :
Droit maritime et arbitrage font-ils encore bon ménage ?

Une excellente occasion était ainsi donnée pour mieux faire connaître l'arbitrage maritime dont l'Ordonnance de la Marine de 1681 faisait déjà état et qui a connu un grand essor tout au long du XX^{ème} siècle, tout en étant toujours très actif en ce début de XXI^{ème} siècle. L'arbitrage maritime est, par essence, un arbitrage professionnel et international. La *London Maritime Arbitration Association* y occupe une place essentielle, mais les autres Chambres, dont celle de Paris et de Hambourg, sont encore et toujours très appréciées dans le monde maritime, celui des armateurs, des affréteurs, des courtiers, des assureurs, des sociétés de classification, des consignataires, des transitaires, des manutentionnaires et même, depuis quelque temps, des *NVOCC (non vessel operators common carriers)*.

Après des propos introductifs de Me Favarel, Présidente de la section maritime de la SLC, et de Me Castellane, Président de la section Arbitrage ADR de la SLC, croisant les intérêts qui s'attachent à la connaissance du droit maritime et à la maîtrise de l'arbitrage dans une perspective comparatiste, plusieurs orateurs et spécialistes sont intervenus pour essayer de répondre à la question posée.

Me Didier Le Prado, avocat aux Conseils, a commencé par rappeler et développer la jurisprudence de la Cour de cassation sur le principe compétence-compétence dans son aspect négatif, en n'hésitant pas à qualifier cette jurisprudence d'« inquiétante ». En effet, d'après cette jurisprudence, le juge étatique ne peut remettre en cause une clause d'arbitrage stipulée dans une charte-partie, une « booking-note » ou tout autre document maritime que si celle-ci est « manifestement nulle ou manifestement inapplicable », autrement dit uniquement dans des situations exceptionnelles. Il en résulte que pratiquement toutes les clauses d'arbitrage sont admises et que certaines affaires qui pourraient rester en France partent pour d'autres cieux, le plus souvent londoniens, d'autant plus que, le plus souvent, pour ne pas dire presque toujours, les arbitres saisis reconnaîtront leur compétence. Me Le Prado a ainsi plaidé, d'une manière très convaincante, pour un contrôle plus étroit des clauses d'arbitrage, étant précisé que les exemples de clauses manifestement nulles ou manifestement inapplicables se comptent, dans le monde maritime, comme du reste dans le monde des affaires en général, sur le doigt de la main.

Me Olaf Hartenstein, avocat au Cabinet Arnecke Sibeth Dabelstein à Hambourg, Président de la Commission Transport de l'UIA, est ensuite intervenu pour présenter l'état du droit allemand sur le principe *Kompetenz Kompetenz* dans son aspect négatif. L'exposé a clairement démontré combien la jurisprudence allemande, favorable à l'aspect positif du principe compétence-compétence et donc à l'arbitrage en général, était réservée à l'égard de son aspect négatif. En droit allemand, les juges étatiques conservent leur compétence pour se prononcer sur le jeu des clauses d'arbitrage dès l'instant que leur nullité est arguée par une partie ou que leur opposabilité est contestée.

A travers ses analyses très précises et documentées, Me Hartenstein a parfaitement mis en relief les différences entre les deux jurisprudences, française et allemande, sur l'une des questions les plus importantes du droit de l'arbitrage.

Le Professeur G. Piette, de l'Université de Bordeaux, a, peu après, été invité à présenter le questionnaire de 2015 du Comité maritime international (CMI) adressé à ses membres et plus précisément aux associations nationales du droit maritime, dont l'association française du droit maritime. Le Professeur Piette a fait état des réponses données par ces diverses associations : les unes étaient assez favorables à ce que le CMI prenne en main la question de l'arbitrage maritime en vue de proposer des règles communes, sinon une unification des règles en la matière, alors que d'autres, largement majoritaires, dont l'association française n'ont pas manqué d'observer que l'unification n'avait pas beaucoup de sens en la matière, en dehors des apports de la Convention de New York, ce qui ne voulait pas dire que certaines réflexions comparatives ne méritaient pas d'être engagées, ne serait-ce que pour mieux faire connaître les centres d'arbitrage et leur « jurisprudence ».

Philippe Delebecque, Professeur à l'Université de Paris-I et Président de la CAMP, a, de son côté, présenté la Chambre de Paris, en insistant sur quelques unes de ses originalités : le système de liste comportant des professionnels du monde maritime, la possibilité d'un second degré, sorte d'appel interne ou de voie d'achèvement du litige, et les liens très étroits entretenus avec le monde de la marine marchande. Après un rapide exposé sur le fonctionnement de la Chambre, M. Delebecque s'est efforcé de comparer, au regard des questions de droit maritime, la justice étatique et justice arbitrale, avant de discuter sur les avantages respectifs de l'arbitrage à Londres et de l'arbitrage à Paris.

Les nombreuses questions de la trentaine de personnes présentes, traduisant un intérêt soutenu pour les affaires maritimes, ont alimenté un véritable débat sur l'institution même de l'arbitrage et, il faut le dire, certaines de ses dérives, eu égard au contentieux que l'arbitrage peut, parfois, susciter.

M. Delebecque, dans sa synthèse des travaux, est largement revenu sur cet aspect des choses, en organisant ses propos autour des inquiétudes et des espoirs au cœur du ménage droit maritime / arbitrage. Les raisons de s'inquiéter existent. Elles viennent, a-t-il été répété, de cette jurisprudence qui valorise, parfois à l'excès, les clauses d'arbitrage (le même phénomène étant observé à propos des clauses attributives de juridiction dont la reconnaissance systématique contribue à assécher le contentieux maritime français en créant, en conséquence, le risque d'appauvrir le droit maritime français). Il suffit en effet qu'une clause d'arbitrage se profile à l'horizon pour que celle-ci soit admise. Les inquiétudes proviennent aussi de ce que les « anti suit injunctions » risquent de réapparaître avec le *Brexit*. On sait que ces mesures sont souvent utilisées par des armateurs dont, sanctionnées pénalement (ce qui renvoie à une période d'un autre âge) les chartes parties contiennent une clause d'arbitrage à Londres pour dissuader les affréteurs de contester la clause. Si l'*ASI* a été très heureusement condamnée par la CJUE, il n'est pas certain que cette jurisprudence ait un grand avenir, compte tenu de la probabilité du *Brexit*. Les inquiétudes dont il a été question tout au long de la réunion de la SLC s'expliquent, une fois encore, par le fait que l'on voit de plus en plus le contentieux maritime quitter la France. L'observation se vérifie à travers la jurisprudence sur les clauses attributives de compétence et celle dont Me Le Prado a fait

état. Aujourd'hui, plus de 80 % des affaires maritimes sont traitées à Londres. S'il n'est pas question de discuter un seul instant les qualités des Anglais dans le *shipping*, il est cependant permis de se demander si le déséquilibre actuel dans la répartition des compétences est une bonne chose pour les opérateurs économiques et pour le monde maritime lui-même qui doit rester multilatéral. Plus fondamentalement, la question posée est de savoir si la jurisprudence qui valorise à l'excès les clauses d'arbitrage n'est pas contreproductive. Favorise-t-on l'arbitrage lorsque l'on force le consentement des intéressés qui ne sont qu'impliqués dans une opération et qui n'ont pas clairement accepté la règle de l'arbitrage ? Il est permis d'en douter.

Malgré ces inquiétudes, les espoirs demeurent. D'abord, parce que l'on se rend compte que les critiques que l'on peut nourrir sur l'arbitrage sont assez largement partagées, en tout cas en dehors de l'Hexagone. En Afrique, au Maghreb, en Afrique, nombreux sont ceux qui font preuve de rigueur et dénoncent le forçage du contrat et le recours à des concepts ou des raisonnements qui entretiennent le contentieux, à l'exemple du principe compétence-compétence dans son aspect négatif. D'autres motifs d'espoir viennent tout simplement de la pratique elle-même qui, dans le monde maritime, a bien compris que l'arbitrage, dûment accepté, pouvait gagner de nouveaux domaines en accompagnant précisément les évolutions économiques et sociales : celui de la grande plaisance en est un bon exemple, les litiges entre l'armateur et les membres de l'équipage étant légion et appelant certainement un traitement souple et proche des réalités que seul l'arbitrage peut apporter. Il en est d'autres, comme celui de la logistique qui ne cesse de prendre de l'importance et dans lequel le savoir-faire continental est reconnu. C'est certainement en prenant la mesure de ces changements et de ces évolutions que l'arbitrage et le droit maritime pourront continuer à faire bon ménage.

MARPOL est, contrairement à la convention des Nations Unies sur le droit de la mer, un texte vivant. Ces annexes font l'objet de modifications régulières par des comités techniques de l'OMI. L'ensemble du texte évolue, ainsi une annexe VI a récemment été ajoutée. Dès lors, si les parties à MARPOL avaient voulu modifier les règles de compétences, elles auraient pu procéder à une réécriture de l'article 4 de MARPOL, ce qui n'a pas été fait (17).

L'article 237 CMB peut aider à déterminer la règle à privilégier parmi les deux qui viennent d'être évoquées (règle spéciale qui prime sur la règle générale et règle postérieure qui prime sur la règle antérieure). Il énonce, en effet, que les obligations particulières qui incombent aux Etats en vertu de conventions et d'accords spécifiques conclus antérieurement ne sont pas affectées par les stipulations qui figurent dans la partie relative à la protection de l'environnement - qui inclut l'article 228.

Les problèmes qui se posent aux magistrats sont complexes, et cette note ne prétend pas y répondre, chaque point pouvant faire l'objet d'amples développements. Quelle que soit, au final, la solution apportée, en droit, par le juge, le dépaysement présente au moins un aspect positif. Certes, il serait contre-productif pour la France et les autorités en charge de la lutte en hypothéquant la jurisprudence ambitieuse initiée. Toutefois, l'amende prononcée par le Tribunal de Bergen à l'encontre du *Trans Artic* rejoint la hauteur des condamnations françaises (18). Dès lors, le dépaysement aurait peut-être le mérite d'unifier, à l'échelle européenne, les sanctions infligées aux navires pollueurs. Il contribuerait à l'édification d'un espace maritime commun. Tous les Etats européens suivraient-ils la voie norvégienne ? A la lumière des débats animés lors de l'adoption de la directive et de la décision cadre communautaires relatives à la pollution par les navires (19), c'est un risque que la France peut courir... ou pas.

(17) On pourrait toutefois objecter que les modifications touchent les annexes, et non le corps de la convention.

(18) Or la Norvège disposait d'une totale liberté pour sa condamnation dans la mesure où les récentes directive et décision-cadre adoptées au sein de l'Union européenne ne la concerne pas (cf. *infra*).

(19) Directive 2005/35 du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, JOUE du 30.09 et Décision-cadre 2005/667/JAI du Conseil du 12 juillet 2005 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires, JOUE du 30.09. Ces actes vont être modifiés suite à l'important arrêt rendu par la Cour de justice le 13 septembre 2005 relatif à la protection de l'environnement par le droit pénal (aff. C 176/03).

JURISPRUDENCE FRANÇAISE

COUR DE CASSATION (Ch. Com.)

21 février 2006

Navire *Pella*

TRANSPORT MARITIME - CLAUSE COMPROMISSOIRE

PRINCIPE « COMPETENCE-COMPETENCE »

Transport maritime. Connaissance de charte-partie. Clause d'arbitrage. Destinataire. Opposabilité. Principe « compétence-compétence ». Compétence arbitrale (oui).

Il appartient, en principe, à l'arbitre de se prononcer, par priorité, sur sa propre compétence.

Le juge étatique n'est donc pas compétent pour statuer sur l'opposabilité au porteur d'un connaissance de charte-partie d'une clause compromissoire contenue dans la charte, dès lors qu'il n'existe pas de cause de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la clause.

Sté BELMARINE c/ Sté TRIDENT MARINE AGENCY

Rapport de Monsieur le Conseiller référendaire André Potocki (extrait) -

(...)

La société Les Grands Moulins de France a affrété un navire, propriété de la société Ebony maritime, pour acheminer des sacs de farine de Rouen à Cuba, où ils ont été remis au destinataire, la société Alimport, qui a constaté des avaries sur la marchandise.

Des compagnies d'assurance, subrogées dans les droits de la société Alimport, ont assigné les Sociétés Trident Marine Agency Inc., Ebony Maritime SA et le capitaine commandant le navire *M/V Pella*, tant en son nom personnel qu'en qualité de représentant des armateurs, frêteurs, affréteurs et opérateurs du navire, devant le Tribunal de commerce de Rouen, afin d'obtenir leur condamnation au paiement de la somme versée par elles au destinataire de la marchandise.

Faisant droit à l'exception soulevée par les défendeurs à cette action, qui oppose la clause compromissoire stipulée dans la charte-partie et mentionnée au connaissance, le tribunal s'est déclaré incompétent au profit de la chambre arbitrale maritime de Paris.

Soutenant que la clause compromissoire était inopposable au destinataire, dans les droits duquel ils sont subrogés, les assureurs ont formé un contredit que la cour

d'appel, après avoir introduit dans le débat le moyen tiré de la compétence exclusive de la juridiction arbitrale pour statuer sur sa compétence, a rejeté par l'arrêt déféré.

Analyse succincte des moyens

Le pourvoi développe un moyen unique, faisant grief à l'arrêt déféré d'avoir déclaré la juridiction étatique saisie incompétente au profit de la chambre arbitrale maritime de Paris.

Ce moyen est articulé en deux branches.

La première branche est tirée de la violation des articles 1458 du nouveau Code de procédure civile et 1134 du Code civil, ensemble l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il est soutenu qu'en se bornant à relever que la clause compromissoire à laquelle le connaissance renvoyait était susceptible d'être appliquée aux assureurs subrogés dans les droits du destinataire porteur du connaissance sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée par les assureurs subrogés, si la clause compromissoire avait été acceptée par le destinataire faute de quoi celle-ci était inopposable aux assureurs subrogés dans les droits de celui-ci, et donc manifestement inapplicable au litige dont les assureurs subrogés dans les droits du destinataire l'avait saisie, la Cour d'appel, qui a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, a violé les articles 1458 du nouveau code de procédure civile et 1134 du code civil, ensemble l'article 6 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il est donc reproché à la cour d'appel d'avoir fait une application trop restrictive de l'article 1458 du nouveau Code de procédure civile, qui dispose que,

« Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.

Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever son incompétence d'office ».

En effet, selon le moyen, doit être dépassée la jurisprudence actuelle, qui limite le pouvoir du juge à la constatation des seules nullités ou inapplicabilités manifestes, sans lui permettre de rechercher, en l'absence de ce caractère manifeste, si la clause compromissoire est valable ou applicable.

Les demandeurs au pourvoi invoquent, au soutien de cette analyse, l'évolution de la jurisprudence relative aux pouvoirs du juge saisi de la validité ou de l'applicabilité d'une convention internationale. Ils citent l'arrêt du 29 mai 2001, par lequel la Cour a jugé que : *« il appartient au juge de vérifier la régularité de la ratification des traités internationaux »* (Civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, Bull. I n° 149).

Ils rappellent ensuite que, dans un arrêt Chevrol c/ France, du 13 février 2003, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le Conseil d'Etat a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme en s'en remettant entièrement

à une autorité relevant du pouvoir exécutif pour résoudre le problème d'applicabilité des traités qui lui était posé.

Ils en déduisent que c'est ce comportement, prescrit par la Convention européenne des droits de l'homme, que prescrit l'article 1458 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile dans sa lecture actuelle, puisqu'en présence d'un doute sur l'applicabilité d'une convention d'arbitrage, dont la dissipation est nécessaire pour résoudre la question du conflit de compétence entre une juridiction arbitrale et une juridiction étatique, l'examen de l'applicabilité de la convention d'arbitrage au litige dont le juge national est saisi est renvoyé à la juridiction arbitrale, en vertu de l'adage *« compétence-compétence »*.

Selon eux, en conséquence, une telle décision viole l'article 6 § 1 de la Convention.

La seconde branche est tirée de la violation de l'article 1452 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile ensemble l'article 1134 du Code civil.

Il est soutenu qu'il ne résulte d'aucune règle de droit interne que le porteur du connaissance, en acceptant la livraison de la marchandise, succède aux droits et obligations du chargeur découlant de la clause attributive de juridiction acceptée par celui-ci.

Il est donc reproché à la cour d'appel de s'être bornée à relever que la clause attributive de juridiction auquel le connaissance renvoyait était susceptible d'être appliquée à ceux subrogés dans les droits et obligations du porteur du connaissance sans constater que cette clause compromissoire avait été spécialement acceptée par celui-ci.

Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Deux questions sont soumises à la Cour.

La première est celle de savoir si le juge étatique, saisi d'un litige pour lequel sa compétence est contestée sur le fondement d'une clause compromissoire non encore mise en oeuvre, doit, par application de l'article 1458, alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile, se limiter à vérifier l'absence de nullité ou inapplicabilité manifestes de la convention d'arbitrage avant de se déclarer incompétent ou s'il doit étendre cette recherche préalable à la vérification de l'opposabilité de la clause compromissoire au défendeur à l'action portée devant lui.

La seconde question posée à la Cour est celle de l'opposabilité d'une clause compromissoire à l'assureur subrogé dans les droits du destinataire lorsque ce dernier ne l'a pas spécialement acceptée.

Cette seconde question ne doit être examinée que dans l'hypothèse où la réponse à la première question conduirait à inclure la vérification de cette opposabilité dans l'examen auquel doit se livrer le juge étatique avant de se déclarer incompétent au profit de l'arbitre désigné par la clause litigieuse.

Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

La jurisprudence affirme avec constance le *« 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 » et cela, même pour répondre à un moyen faisant valoir l'inapplicabilité en raison de l'inopposabilité de la clause compromissoire (1^{re} Civ., 16 octobre 2001, *Bull.*, I, n° 254, p. 160 ; 1^{re} Civ., 16 mars 2004, *Bull.*, I, n° 82).

Les réserves doctrinales citées par les demandeurs au pourvoi (Christophe Seraglini, in chronique de droit de l'arbitrage, *JCP* 2003, I 164 et *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.* 1998, p. 87, note Heuze) s'appliquent notamment au risque de voir la comparution devant l'arbitre ne constituer qu'un détour inutile, le juge étatique qui n'a pu examiner initialement la compétence de l'arbitre retrouvant cette question à l'occasion du recours formé contre la sentence.

La seconde question, particulièrement délicate, est l'objet d'une jurisprudence nuancée de la 1^{re} chambre et de la chambre commerciale de la Cour de cassation et de nombreuses analyses doctrinales.

ARRET

« LA COUR,

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rouen, 4 décembre 2003), qu'un navire, propriété de la société Ebony maritime, a été affrété pour acheminer des sacs de farine de Rouen à Cuba, où ils ont été remis au destinataire, la société Alimport, qui a constaté des avaries ; que les compagnies d'assurance, souscrites dans les droits de la société Alimport, ont assigné les sociétés Trident marine agency inc., Ebony maritime SA et le capitaine commandant le navire *MV Pella*, tant en son nom personnel qu'en qualité de représentant des armateurs, frêteurs, affrêteurs et opérateurs du navire, devant le Tribunal de commerce de Rouen, afin d'obtenir leur condamnation au paiement de la somme versée au destinataire de la marchandise ; qu'accueillant l'exception soulevée par les défendeurs, qui opposaient la clause compromissoire stipulée dans la charte-partie et mentionnée au connaissement, le tribunal s'est déclaré incompétent au profit de la chambre arbitrale maritime de Paris ; que la cour d'appel a rejeté le contre-dit ;

Attendu que la société Belmarine, la société anonyme AGF Mat, la société Generali France assurances SA, la société anonyme Axa corporate solutions assurances et la société anonyme Le continent font grief à l'arrêt d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen :

1 / que la juridiction étatique est compétente lorsque la clause compromissoire est manifestement inapplicable au litige dont elle est saisie si bien qu'en se bornant à relever que la clause compromissoire à laquelle le connaissement renvoyait était susceptible d'être appliquée aux assureurs subrogés dans les droits du destinataire porteur du connaissement sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée par les assureurs subrogés, si la clause compromissoire avait été acceptée par le destinataire faute de quoi celle-ci était inopposable aux assureurs subrogés dans les droits de celui-ci, et donc manifestement inapplicable au litige dont les assureurs subrogés dans les droits du destinataire l'avaient saisie, la cour d'appel, qui a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, a violé les articles 1458 du nouveau Code de procédure civile

et 1134 du Code civil, ensemble l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2 / qu'il ne résulte d'aucune règle de droit interne que le porteur du connaissement, en acceptant la livraison de la marchandise, succède aux droits et obligations du chargeur découlant de la clause attributive de juridiction acceptée par celui-ci de sorte qu'en se bornant à relever que la clause attributive de juridiction auquel le connaissement renvoyait était susceptible d'être appliquée à ceux subrogés dans les droits et obligations du porteur du connaissement sans constater que cette clause compromissoire avait été spécialement acceptée par celui-ci, la cour d'appel a violé l'article 1452, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile ensemble l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu qu'en retenant que n'existaient pas de cause de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire et sans avoir à examiner l'inopposabilité alléguée de cette stipulation, la cour d'appel, qui s'est déclarée incompétente au regard du principe selon lequel il appartient à l'arbitre, par priorité, de statuer sur sa propre compétence, n'a pas encouru les griefs du moyen ; que celui-ci n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les demanderesse aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette la demande des défendeurs ; ... ».

Prés. : M. Tricot ; Rapp. : M. Potocki ; Av. gén. : M. Main ; Av. : SCP Peignot et Garreau (Sté Belmarine, AGF Mat et a.), Me Balat (Stés Trident Marine Agency Inc et Ebony Maritime, capitaine du navire *Pella*).

Observations - Priorité aux arbitres !

1. L'arrêt rapporté que l'on appelle déjà l'« arrêt *Pella* », est certainement (v. l'arrêt d'appel : CA Rouen, 4 déc. 2003, *DMF* 2004, 257 ; *DMF* 2005, Hors série, n° 43), avec l'arrêt *Lindos* (Cass. 1^{re} civ. 22 nov. 2005, *DMF* 2006, 16, obs. P. Bonassies), l'une des décisions les plus importantes de ces dernières années sur les questions de compétence arbitrale dont on n'a pas encore pris toute la mesure et qui ne cessent de croître, parfois au détriment des problèmes de fond. La Cour de cassation, dans sa formation commerciale, ce qui mérite d'être noté car le droit de l'arbitrage relève normalement de la 1^{re} chambre civile, valorise ici, pour ne pas dire exacerbe ici, le principe « compétence-compétence ».

2. Dégagé par la jurisprudence étatique (Cass. civ. 22 févr. 1949, *JCP* 1949, II, 4899, note H. Motulsky), repris par les arbitres eux-mêmes (v. sentence partielle CCI, n° 6719, *JDI* 1994, 1071, obs. JJA), ce principe est aujourd'hui consacré par les textes (v. notam. NCPC, art. 1466 : « 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 » ; texte dont le contenu est transposable et transposé à l'arbitrage international). Le droit positif est

donc très favorable à l'arbitrage, du moins lorsqu'il s'agit de l'engager. L'arbitre est prioritaire pour « *prendre l'affaire* ». La solution n'est pas propre au droit français, mais si elle tend à devenir universelle, elle n'est sans doute pas conçue aussi systématiquement dans tous les droits étrangers où les conséquences du principe compétence-compétence sont plus mesurées et laissent un rôle encore utile au juge étatique (v. A. Dimolista, « *Autonomie et Kompetenz Kompetenz* », *Rev. arb.* 1998, 305 ; égal. Trib. féd. Suisse 14 mai 2001, *Rev. arb.* 2001, 835, obs. Poudret ; plus généralement, v. MM. Béguin et autres, *Droit du commerce international*, Litec 2005, n° 2548).

3. Désormais, l'arbitre dont la compétence reposant sur une clause compromissoire est contestée ne doit pas se dessaisir de l'affaire. Il doit retenir l'affaire, sauf pour lui, bien naturellement, à justifier sa compétence dès l'instant qu'elle est mise en doute. Il lui appartient de statuer sur la clause qui fonde sa compétence :

- sur sa validité, si la critique porte, par exemple, sur une question de consentement ou de capacité, voire de pouvoir,
- sur son applicabilité, si le caractère contractuel du litige est discutable
- ou encore sur son opposabilité, lorsque l'on se demande si la clause contenue dans le document contractuel peut lier un tiers intéressé.

4. Le principe compétence-compétence ne doit cependant pas être compris uniquement sous son angle positif. Il conduit aussi le juge étatique à décliner sa compétence (cf. NCPG, art. 1458, et spéc. al. 2 : « *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* » ; règle reprise et systématisée dans le droit de l'arbitrage international). C'est précisément sur l'aspect négatif du principe compétence-compétence que l'arrêt *Pella* est particulièrement important. Dès l'instant que l'une des parties fait état d'une clause compromissoire et n'entend pas y renoncer (v. Cass. com. 4 oct. 2005, *CMBT Amboise*, DMF 2006, 111, rapp. G. de Monteynard, obs. J. Bonnaud), le juge étatique doit refuser sa compétence. L'affaire « appartient » à l'arbitre. Il lui revient de se prononcer par priorité sur sa compétence.

5. Ce qui ne va pas de soi, car lorsque l'on conteste la compétence d'un arbitre, c'est sa qualité même d'arbitre et donc de juge qui est discutée – c'est son « investiture » qui est en cause et qui ne devrait logiquement pas relever de sa propre appréciation –, alors que lorsque l'on débat de la compétence d'un juge étatique, sa qualité même de juge n'est pas mise en doute. En outre, il est permis de se demander si, dans ce type de situation, l'on peut prendre le risque de poursuivre une procédure arbitrale susceptible d'être annulée ultérieurement, précisément pour incompétence des arbitres. L'arrêt *Pella* ne s'arrête, pas plus que l'arrêt *Lindos*, à ces arguments, mais il va encore plus loin par la priorité qu'il laisse aux arbitres pour dire le droit. N'est-ce pas renverser l'ordre naturel des choses ? (cf. P. Bonassies et Ch. Scapel, *Droit maritime*, 2006, n° 1169 – à paraître prochainement). Tel est cependant le droit positif : l'arrêt est très clair, sinon très ciselé et l'on n'imagine pas ne serait-ce qu'un petit pas en arrière dans un proche avenir.

6. Si le juge étatique ne peut retenir l'affaire, l'arbitre auquel elle est renvoyée a, alors, toute compétence pour se prononcer (comme on l'a vu *supra*, n° 2) :

- sur la validité de la clause, i.e. sur son acceptation par les parties initiales (dans une C/P, sur le consentement du fréteur et de l'affréteur),
- sur son applicabilité, i.e. sur la question de savoir si le litige opposant les parties entre bien dans le champ d'application de la clause (la rédaction de la clause pouvant être plus ou moins large)
- ou encore sur son opposabilité à un tiers intéressé au contrat contenant la clause ou appelé à y devenir partie (l'hypothèse inverse, dans laquelle le tiers intéressé entend se prévaloir de la clause ne semblant pas faire difficulté ; cf. déjà Jambou-Merlin, « *L'arbitrage maritime* », *Mélanges Rodière*, 401, spéc. 407).

7. Ce n'est finalement que dans des cas assez exceptionnels que le juge étatique conserve sa compétence. Et d'autant plus exceptionnels que l'arbitrage présente un aspect international, compte tenu de la valorisation constante de ce type de règlement des litiges dans le commerce international. Le caractère exceptionnel de la compétence du juge étatique tient d'abord à l'exigence d'une cause de nullité ou d'inapplicabilité « *manifeste* ». L'anomalie ou la pathologie doit « *sauter aux yeux* », autrement dit, ne faire pratiquement aucun doute. Ce ne sera vraisemblablement pas le cas, par exemple, devant une clause donnant compétence à deux arbitres. Le caractère exceptionnel de la compétence étatique tient ensuite à la limitation de ses chefs de compétence.

8. La Cour de cassation ne reconnaît en effet compétence aux juges étatiques que dans les deux situations suivantes :

- d'abord en cas de « *nullité manifeste de la clause* », hypothèse difficile à concevoir dans des relations entre professionnels, sauf dans une situation où le litige serait évidemment « *inarbitrable* », ce qui pourrait peut-être se produire dans une affaire de paiement de surestaries à l'encontre d'un affréteur ayant fait l'objet d'une procédure collective (suspension des poursuites oblige !)

- ensuite en cas d'« *inapplicabilité manifeste* » de la clause, ce qui pourrait se rencontrer si la partie en faveur de qui la clause a été stipulée y a clairement renoncé et entendait néanmoins s'en prévaloir (rapp. dans un litige – maritime – où les parties n'étaient plus liées que par une clause attributive de compétence : Cass. 1^{re} civ. 27 avr. 2004, *Estonia*, *Bull. civ. I*, n° 112, DMF 2004, 1003 et les obs.).

9. Si ces limites ne sont pas appelées à jouer très souvent, il n'en demeure pas moins qu'elles peuvent soulever bien des discussions. Faut-il faire entrer, à supposer que la question se pose, dans la situation de « *nullité manifeste* » l'hypothèse dans laquelle la clause invoquée par un professionnel – e.g. un chantier naval – à l'encontre d'un non professionnel – e.g. un plaisancier – est contestée par celui-ci ? Ne s'agit-il pas d'un cas d'« *inapplicabilité manifeste* » ? Quid également en cas d'« *inopposabilité manifeste* » ? L'hypothèse n'est peut-être pas de pure école. Il reste que, pour la Cour de cassation, l'inapplicabilité manifeste ne recouvre pas l'inopposabilité. Ce qui revient à admettre que le juge étatique n'est pas compétent pour répondre à la question de savoir si la clause d'arbitrage stipulée dans un charte-

partie au voyage est opposable au destinataire porteur du connaissance émis en application de la charte : en ce sens, la chambre commerciale s'aligne sur la jurisprudence de la première chambre civile dans l'arrêt *Lindos* (Cass. 1^{ère} civ. 22 nov. 2005, préc.). En outre, et surtout, la formation commerciale condamne le raisonnement consistant à dire que la clause est manifestement inapplicable tant que son acceptation par le destinataire n'est pas établie (cf. P. Bonassies, note préc.). Plus exactement, l'arrêt *Pella* refuse de statuer sur la question bien connue de l'acceptation requise ou non du destinataire : cette question n'est pas de la compétence du juge étatique. Le juge étatique n'a pas, est-il observé, « à examiner l'inopposabilité alléguée » de la clause d'arbitrage.

10. Bien que cela ne soit pas dit, le lien est fait entre les questions de pure compétence et, si l'on ose dire, les questions de fond sur la compétence. Pour la Cour de cassation, la clause d'arbitrage n'est pas manifestement inapplicable lorsqu'elle est opposée par un armateur / fréteur au destinataire de la marchandise porteur du connaissance émis en application de la charte-partie. Elle n'est pas, non plus, manifestement nulle. La clause stipulée dans la charte-partie fonde donc la compétence des arbitres dans le litige opposant le porteur du connaissance de charte-partie à l'armateur / fréteur. Du moins, conduit-elle à écarter, ne serait-ce que provisoirement et pour ce type de litige, la compétence du juge étatique.

11. Mais si le contentieux entre le destinataire et l'armateur / fréteur relève désormais et prioritairement de la compétence des arbitres, ces derniers ne sont pas pour autant dispensés de se prononcer sur leur compétence dès l'instant que celle-ci est contestée. C'est à eux qu'il revient de se prononcer sur la question d'opposabilité de la clause d'arbitrage au destinataire. Rien ne leur interdit de suivre la jurisprudence étatique inaugurée par l'arrêt *Stolt Osprey* (Cass. com. 29 nov. 1994, *DMF* 1995, 218, obs. Y. Tassel) et de continuer ainsi à considérer que « pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un contrat doit avoir été portée à sa connaissance et avoir été acceptée par lui, au plus tard au moment où, recevant livraison de la marchandise, il avait adhéré au contrat de transport » (rapp. Cass. com., 4 juin 1985, *Bull. civ. IV*, n° 180, soulignant que « le porteur du connaissance ne peut se voir opposer une clause de la charte-partie qui ne s'y trouve pas reproduite et qui n'a pas fait l'objet d'une acceptation certaine de sa part »). Mais dans les faits, les chances ou les risques - c'est selon - de voir une clause compromissoire par référence déclarée opposable au destinataire sont, sans doute plus forts aujourd'hui qu'hier. Dans notre opinion, la question ne peut se résoudre qu'en tenant compte de l'ensemble des circonstances de la cause et, même si l'observation n'est pas très juridique, du degré d'intégration du destinataire dans l'opération initiale d'affrètement.

12. Au fond, ce que dit le droit commun pourrait servir de guide. N'est-il pas jugé, depuis de nombreuses années (v. Cass. 1^{ère} civ., 9 nov. 1993, aff. « Bomar Oil », *Bull. civ. I*, n° 313), 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 » ? Le connaissance de charte-partie ne fait-il pas référence, avec plus ou moins de précision, à la charte elle-même et à ses conditions, dont la clause d'arbitrage ? Resterait à faire les adaptations nécessaires, à tenir compte une fois encore de toutes les données de la cause et à s'assurer de l'acceptation par le destinataire de la charte-partie au moment où il appelé à donner son consentement, sinon son adhésion au contrat de transport.

13. Pour conclure, permettons-nous les deux questions qui suivent. Comment, d'abord, assurer l'efficacité de la jurisprudence *Pella* ? N'est-elle pas illusoire lorsque, comme cela est fréquent dans le monde maritime, un juge étatique étranger est saisi en même temps qu'un collègue arbitral ? L'objection restera difficilement surmontable tant que des règles intelligentes de litispendance ne seront pas organisées (rapp. MM. Béguin et autres, *op. cit.*, n° 2548). Ce qui demandera beaucoup de temps.

14. Comment, ensuite, en apprécier la portée ? Qu'en est-il aujourd'hui de l'opposabilité des clauses de compétence étatique ou arbitrale au destinataire d'un transport ? Si l'on essaye de lire entre les lignes, une impression se dégage. Porteur d'un connaissance de ligne régulière, le destinataire ne serait tenu par la clause attributive de compétence stipulée au connaissance qu'une fois cette clause dûment et spécialement acceptée. La jurisprudence *Nagasaki* serait ainsi maintenue. Porteur d'un connaissance de charte-partie, le destinataire serait lié par la clause d'arbitrage contenue dans la charte au prix de conditions moins exigeantes. Si la distinction peut se comprendre, car les données économiques ne sont pas les mêmes dans l'un et l'autre domaine, elle n'est cependant pas d'une parfaite logique, car les clauses attributives de compétence et les clauses compromissoires ne sont pas d'une nature fondamentalement différente, dès l'instant du moins qu'elles sont, comme en l'occurrence, stipulées dans des contrats internationaux. Faudra-t-il comprendre, en outre, que cette question d'opposabilité ne dépend plus de la loi applicable au contrat, ainsi que les décisions les plus récentes le suggèrent (cf. CA Rouen 23 juin 2005, *MV Johnny, DMF* 2006, 27) ? Ira-t-on vers la reconnaissance de règles matérielles, de surcroît distinctes selon qu'il s'agit de transport proprement dit ou d'affrètement ? Cette conception manichéiste ne serait ni réaliste ni conforme aux exigences du commerce international.

15. On le voit, les débats sur la compétence des tribunaux étatiques ou arbitraux ne sont pas prêts de finir. Les professionnels ont bien compris que beaucoup de choses dépendaient de la détermination du lieu où ils étaient appelés à être jugés. C'est sans doute pourquoi cette question agite autant les rédacteurs du projet CNUDCI sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer. Nous ne manquerons pas d'y revenir.

Philippe DELEBECQUE