

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^{ème} livre du code de procédure civile, la « *Zivilprozessordnung* », dite « ZPO ». Ce 10^{ème} 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^{ère} 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 « compétence-compétence » 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

* * *