

## 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 conventionnelle<sup>1</sup>.

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* ».

---

<sup>1</sup> 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 1971<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 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* »<sup>3</sup>.

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 2001<sup>4</sup> : 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 2006<sup>5</sup>, 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 2002<sup>6</sup> ou encore, la première chambre civile, dans un arrêt plus récent du 12 février 2014<sup>7</sup>.

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 :

---

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1999, pourvoi n° 96-21430, Bull. I, n° 2.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 juin 2001, pourvoi n° 99-17120, Bull. I, n° 183.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 novembre 2006, pourvoi n° 04-10384, Bull. I, n° 513.

<sup>6</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 27 juin 2002, pourvoi n° 01-13935, Bull. II, n° 146.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 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 Loquin<sup>8</sup> :

*« 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.

---

<sup>8</sup> 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<sup>er</sup> décembre 1999<sup>9</sup>, 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* »<sup>10</sup>.

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 Loquin<sup>11</sup>.

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.

---

<sup>9</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 1999, pourvoi n° 97-21488, Bull. I, n° 325.

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

<sup>11</sup> 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 civile<sup>12</sup>.

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.

---

<sup>12</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2018, pourvoi n° 17-28951.

Un arrêt du 14 novembre 2018<sup>13</sup> 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 2018<sup>14</sup>, 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 avril<sup>15</sup>.

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.

---

<sup>13</sup> Com. 14 novembre 2018, pourvoi n° 17-10184.

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

<sup>15</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 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'exemple<sup>16</sup>.

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<sup>er</sup> juin 2017<sup>17</sup> 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.

---

<sup>16</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 septembre 2017, pourvoi n° 16-22326.

<sup>17</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> 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 2017<sup>18</sup>, 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 2018<sup>19</sup> :

*« 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.

---

<sup>18</sup> T. Clay, D. 2017. 2559.

<sup>19</sup> 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 Moury<sup>20</sup>, 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<sup>ème</sup> 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* ».

---

<sup>20</sup> J. Moury, RTD com. 2018. 959.