Global Reflections on

International Law, Commerce and Dispute Resolution

Liber Amicorum in honour of Robert Briner

Editors:
Gerald Aksen
Karl-Heinz Böckstiegel
Michael J. Mustill
Paolo Michele Patocchi
Anne Marie Whitesell

International Chamber of Commerce
The world business organization

Le présent article est paru en novembre 2005 dans :
Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution
Liber Amicorum in honour of Robert Briner
ICC Publishing , ICC Publication 693, www.iccbooks.com

La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence

Emmanuel Gaillard *

En droit comme dans d'autres disciplines, d'impressionnants efforts seront déployés par les uns pour tenter de prouver, avec toute la rigueur scientifique souhaitable, qu'un récipient donné est à demi-plein tandis que d'autres s'acharneront à démontrer, avec non moins de force, l'absurdité de cette position, toute analyse impartiale de l'objet conduisant nécessairement à la conclusion qu'en réalité, ledit récipient est à demi-vide. Une haute controverse s'est ainsi développée sur la question de savoir si, en droit suisse de l'arbitrage, le principe de compétence-compétence était reçu dans son effet négatif.

L'innocent lecteur qui n'aura pas perçu d'emblée l'importance capitale du sujet se verra rappeler que le principe de compétence-compétence est celui qui permet à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence sans que l'on puisse lui opposer l'argument, souvent dilatoire, selon lequel il y aurait une impossibilité logique, pour un organe dont l'existence même n'est pas établie, de se prononcer sur la question. Selon certains plaideurs, seules les juridictions étatiques échapperaient à ce cercle vicieux. Parce qu'elles tiennent leurs pouvoirs de l'Etat qui les a mises en place, les juridictions étatiques n'ont aucune difficulté à se prononcer, par exemple, sur la validité d'une clause attributive de compétence à leur profit. Si la clause n'est pas valable, les juridictions n'en disparaissent pas pour autant. La même sérénité n'est pas de mise pour les arbitres. Lorsque l'inefficacité de la clause compromissoire est constatée, c'est le fondement même de leur investiture qui s'efface. C'est la raison pour laquelle, pour faire pièce à la manœuvre dilatoire facile consistant à alléguer non seulement l'invalidité de la convention d'arbitrage mais également l'inaptitude congénitale des arbitres pour en connaître, le droit objectif de l'arbitrage a suppléé la volonté, réelle ou supposée, des parties et posé la règle de la compétence des arbitres pour connaître de leur compétence. Le renfort ainsi apporté à la convention d'arbitrage pour justifier

* Professeur à l'Université Paris XII ; associé responsable du département Arbitrage International du cabinet Shearman & Sterling LLP.

la compétence des arbitres est temporaire lorsque la validité de la convention d'arbitrage est ensuite reconnue, définitive lorsque les arbitres constatent eux-mêmes leur incompétence. Ainsi, la sentence rendue par des arbitres pour constater le fait qu'aucune convention d'arbitrage valable ne couvre la matière dont ils sont saisis n'est-elle pas, contrairement aux apparences, une aberration logique. Le droit objectif de l'arbitrage les invite à procéder à une telle constatation et reconnaît la nécessité de l'exercice.

En dépit des réticences initiales des droits les plus attachés à une rigoureuse logique du raisonnement juridique [1], le principe a fini par s'imposer très largement en droit comparé [2] au point que l'on peut y voir aujourd'hui un principe transnational du droit de l'arbitrage. Du moins est-ce le cas en tant que la règle s'adresse aux arbitres. Confrontés à l'allégation d'inexistence, d'invalidité ou d'insuffisante étendue de la convention d'arbitrage sur le fondement de laquelle ils sont saisis, ceux-ci sont invités à poursuivre leur mission et à se prononcer eux-mêmes sur la valeur et la portée de l'acte dont ils tiennent leurs pouvoirs. Tel est le sens par exemple de l'article 16(1) de la loi type de la CNUDCI de 1985 aux termes duquel « le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage ». Cette compétence est à l'évidence temporaire, la sentence à intervenir, quel que soit son sens, étant rendue sans préjudice du contrôle susceptible d'être ultérieurement exercé par les juridictions étatiques compétentes saisies au titre d'une action en annulation ou en refus d'exécution de la sentence.

La même unanimité ne se retrouve pas en droit comparé lorsque la règle s'adresse non plus aux arbitres mais aux juridictions étatiques. Il ne suffit pourtant pas, pour garantir le déroulement paisible de l'arbitrage – sans pour autant sacrifier les intérêts de la partie qui peut avoir de légitimes raisons de faire valoir l'inefficacité de la convention d'arbitrage –, de permettre aux arbitres de poursuivre leur mission lorsque leur compétence est contestée. Il convient également de s'assurer que le même contentieux ne puisse être aussitôt porté devant les juridictions étatiques qui, en l'absence de convention d'arbitrage, auraient été compétentes pour connaître le fond de l'affaire. Le but de la règle

1 Sur l'évolution historique du principe, voir Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 650 et s.

2 Voir par ex. les nombreuses références en ce sens citées par J.-F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Schulthess, 2002, n° 459.

est ici d'éviter que les pressions financières résultant de contentieux multiples se déroulant en parallèle et la crainte de voir intervenir à tout moment une décision d'une juridiction étatique présumée l'emporter sur la sentence, ne ruine l'avantage résidant dans l'autorisation donnée aux arbitres de se prononcer eux-mêmes sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage. Celui-ci n'est réel que si, dans l'attente de la décision des arbitres à intervenir sur ces questions, les juridictions étatiques, confrontées à l'existence *prima facie* d'une convention d'arbitrage, s'abstiennent d'entreprendre un examen approfondi des mêmes questions. Sur le terrain de la politique juridique, la confiance – temporaire – faite aux arbitres qui reçoivent le pouvoir de se prononcer les premiers sur la validité et l'étendue de cet acte privé qui est la convention d'arbitrage ne paraît pas plus dangereuse, ni plus mal placée, que celle qui leur est faite lorsqu'il leur est permis de se prononcer, toujours sous réserve du contrôle ultérieur des juridictions étatiques, sur le respect par les parties des dispositions d'ordre public du ou des droits applicables au fond du litige. Les droits qui manifestent une confiance suffisante dans le processus arbitral pour retenir une conception large des matières arbitrables – au premier rang desquels figure le droit suisse – ne seraient guère cohérents s'ils ne permettaient pas également aux arbitres de trancher les premiers toute contestation susceptible de s'élever sur l'existence, la validité ou la portée d'une convention d'arbitrage. Dès 1994, l'auteur de ces lignes a proposé d'appeler « effet négatif » du principe de compétence-compétence celui qui invite les juridictions étatiques à se contenter de la constatation *prima facie* de l'existence d'une convention d'arbitrage pour inviter les parties à saisir les arbitres du litige – y compris de l'éventuelle contestation de la validité ou de la portée de la convention d'arbitrage – par opposition à son « effet positif » qui consiste à reconnaître que les arbitres saisis d'une telle contestation peuvent, sans illogisme, la trancher [3]. Cette terminologie a connu un certain succès [4].

3 Voir Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *supra* note 1, n° 660 (et la version du *JurisClasseur* qui l'a précédé, E. Gaillard, *JurisClasseur : Droit international*, Fasc. 586-5, 1994, « Convention d'arbitrage », n° 49 et 50). Voir aussi E. Gaillard, « L'effet négatif de la compétence-compétence » dans *Etudes en l'honneur de Jean-François Poudret*, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, 1999, p. 387 et s.

4 Voir par ex. J.-F. Poudret et S. Besson, *supra* note 2, n° 458 et 488 et s. ; F. Perret, « Parallel Actions Pending Before an Arbitral Tribunal and a State Court: The Solution Under Swiss Law » (2000) 16 *Arbitration International* 333, p. 336 ; N. Najjar, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, LGDJ, 2004, n° 567 et s. ; B. Ancel, « Le contrôle de la validité de la convention d'arbitrage : l'effet négatif de la compétence-compétence », communication au colloque de Curitiba, 14–16 septembre 2005, à paraître.

C'est dans ce contexte que se situe la controverse sur l'effet négatif de la compétence-compétence. Nous avons soutenu que ce principe était non seulement reconnu en droit français, où il est solidement établi [5], mais également qu'il n'était pas incompatible avec une saine lecture de l'article II(3) de la Convention de New York [6] et qu'il avait été très largement reçu en droit suisse, ce qui n'a rien d'étonnant compte tenu de la faveur que ce droit a toujours manifesté pour l'arbitrage. Ainsi pouvait-on classer, dans l'article consacré à la question figurant dans le recueil d'études en l'honneur de Jean-François Poudret publié en 1999, le droit suisse dans « le courant favorable à l'effet négatif de la compétence-compétence » et se réjouir qu'« après certaines hésitations, le Tribunal fédéral [ait] estimé, par un important arrêt [*Fondation M.*] du 29 avril 1996, que la constatation que la convention d'arbitrage « est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée » au sens de l'article 7 de la LDIP « ne peut être raisonnablement faite que si elle apparaît comme évidente sans qu'il soit nécessaire d'approfondir la question, puisque de toute façon, à défaut de pareille évidence, le tribunal arbitral sera habilité à statuer, au besoin, sur sa propre compétence en vertu de l'article 186 LDIP » (qui consacre l'effet positif de la compétence-compétence) » [7]. Il est vrai que, dans un souci d'objectivité, nous ajoutions : « on peut seulement regretter que le Tribunal fédéral ait limité la portée de sa décision au cas dans lequel « le tribunal arbitral a son siège en Suisse ». En effet, lorsque tel n'est pas le cas, l'acceptation très générale de l'effet positif du principe de compétence-compétence, en tant qu'il s'adresse aux arbitres, devrait logiquement conduire à la même conclusion » [8]. En d'autres termes, d'une rigueur scientifique éprouvée, le récipient était à moitié plein.

---

5 Voir spéc. Cass. 1re civ., 26 juin 2001, *American Bureau of Shipping*, Rev. arb. 2001.259 (note E. Gaillard) ; Rev. trim. Droit com. 2002.49 (obs. E. Loquin) ; J.C.P., éd. E, 2002.274 (obs. Ch. Kaplan et G. Cuniberti) ; Gaz. Pal. 12-13 décembre 2001.26 (obs. M.-L. Niboyet) ; I. Fadlallah, « Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? », Gaz. Pal. 2002.914 ; Paris, 4 décembre 2002, *American Bureau of Shipping*, Rev. arb. 2003.1286 (note E. Gaillard) ; (2002) 17 :1 *International Arbitration Report* 27 (note E. Gaillard).

6 En disposant que « [l]e tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, 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", ce texte n'exclut pas que le juge puisse se contenter, à ce stade de la procédure, d'une appréciation *prima facie.* Sur la question, voir A. J. van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958*, *Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law & Taxation, 1981, p. 155 ; J.D.M. Lew, L.A. Mistelis, S.M Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 340 et s. ; et, sur le texte équivalant de l'article 8 de la loi type de la CNUDCI, H.M. Holtzmann et J.E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law & Taxation, 1989, p. 302 et s.

7 Art. préc. *supra* note 3, p. 393.

8 *Ibid.*, p. 393-394.

Dans une note consacrée à l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 14 mai 2001 dans l'affaire *Fomento* [9], le Professeur Poudret, puis dans leur remarquable ouvrage de *Droit comparé de l'arbitrage international* [10], Messieurs Poudret et Besson ont soutenu une position opposée. Examinant la réponse du droit suisse à la question de savoir s'il convient de conférer à l'arbitre « le droit de statuer avant que la juridiction étatique saisie du même litige ne juge de sa propre compétence, ce qui la conduirait à se prononcer préjudiciellement sur la validité de la convention d'arbitrage », qu'ils définissent très justement comme celle de savoir s'il y a lieu d'admettre « l'effet négatif du principe de la compétence-compétence » [11], ces auteurs classent le droit suisse parmi les droits ne conférant aucune « priorité » à l'arbitre [12]. La démonstration est elle-même d'une logique implacable. Elle part de la constatation suivante : « [e]n invoquant un arrêt de notre Cour suprême de 1996, certains auteurs ont estimé pouvoir ranger la Suisse parmi les pays accordant priorité à l'arbitre et, en conséquence, assurant l'effet négatif du principe de la compétence-compétence » [13]. Après un examen détaillé de la question distincte du champ d'application respectif des articles II(3) de la Convention de New York et 7 de la LDIP, l'étendue du contrôle du juge saisi du fond du litige en dépit de l'existence alléguée d'une convention d'arbitrage est discutée en ces termes: « [q]uel est alors le pouvoir d'examen du juge ? La jurisprudence récente a opéré sur ce point une distinction selon que le siège de l'arbitrage est à l'étranger ou en Suisse, reconnaissant partiellement l'effet négatif de la compétence-compétence dans la seconde hypothèse » [14]. La réponse apportée à la question par les arrêts *CNT* c. *MSC* du 16 janvier 1995 [15] et *Fondation M.* du 29 avril 1996 [16] est résumée de la façon suivante: « [e]n d'autres termes, lorsqu'il applique l'article 7 LDIP [c'est à dire, selon ces auteurs, uniquement lorsque le siège de l'arbitrage est en Suisse, bien que le texte ne distingue pas], le juge suisse devrait se limiter à un examen *prima facie* de ces conditions négatives dès lors que le Tribunal fédéral pourra se prononcer sur recours contre la décision incidente ou la sentence finale de l'arbitre » [17]. Suit une vigoureuse critique de l'opportunité de cette jurisprudence.

9 *Rev. arb.* 2001.842.
10 *Supra* note 2, n° 488 et s., p. 438 et s.
11 *Ibid.*, n° 488, p. 439.
12 *Ibid.*, n° 504, p. 458-459. Voir également, pour une acceptation de la démonstration des auteurs précités, J. Paulsson, « Interference by National Courts » dans L.W. Newman et R. Hill, dir., *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, Juris, 2004, 107, spéc. p. 116-117.
13 *Supra* note 2, n° 499, p. 452.
14 *Ibid.*, n° 502, p. 456.
15 ATF 121 III 38.
16 ATF 122 III 139.
17 *Supra* note 2, n° 502, p. 457.

Cela conduit ces auteurs à affirmer: « [e]n conclusion, la seule concession faite par la jurisprudence suisse à l'effet négatif de la compétence-compétence, soit le pouvoir d'examen sommaire du juge qui résulterait de l'article 7 LDIP, nous paraît dénuée de fondement et inopportune » [18]. La note consacrée à l'arrêt *Fomento* est tout aussi claire : « [l]a seule concession faite par cette jurisprudence à l'effet négatif de la compétence-compétence consiste dans la limitation du pouvoir d'examen du juge suisse saisi d'une exception d'arbitrage lorsque le siège de l'arbitrage est en Suisse et que le Tribunal fédéral, saisi d'un recours contre la sentence, pourra revoir la compétence de l'arbitre avec un plein pouvoir d'examen » [19]. La conclusion est donc sans appel. Il est scientifiquement établi que le récipient est à moitié vide.

Le propos du présent article n'est pas d'entretenir une polémique sur la dialectique du principe et de l'exception dans les arrêts du Tribunal fédéral. Il est uniquement, dans la veine pragmatique et remarquablement efficace qui a toujours été celle du dédicataire de ces lignes, d'apporter une précision et de suggérer une évolution.

I. Une précision

La précision porte sur le sens de l'effet négatif de la compétence-compétence. L'autorisation donnée aux arbitres de se prononcer sur leur propre compétence lorsque celle-ci est contestée, qui résulte de l'effet positif de la compétence-compétence, n'a de véritable portée que si les arbitres ne risquent pas à tout moment de voir intervenir une décision des juridictions étatiques s'imposant à eux. Telle est la justification de l'effet négatif de la compétence-compétence. La règle ne signifie naturellement pas que le juge au fond du litige ou d'une demande tendant à la constatation de la nullité ou de l'insuffisante portée de la convention d'arbitrage ne puisse rendre une décision quelconque sur ce point avant que les arbitres eux-mêmes ne se soient prononcés. Elle lui impose seulement de ne pas épuiser le débat sur le fond à ce stade, en s'abstenant d'entendre les parties et d'apprécier les preuves de l'infirmité alléguée de la convention d'arbitrage pour se prononcer sur l'incident par une décision ayant vocation à s'imposer dans un premier temps aux arbitres et, dans un second, aux juges chargés du contrôle de l'existence d'une convention d'arbitrage valable lors d'une action en annulation ou en refus d'exécution de la sentence. Le juge ne doit se prononcer que *prima facie*, en se tenant à une apparence de

18 *Ibid.*, n° 405, p. 458.
19 Note citée *supra* note 9, p. 843.

la convention d'arbitrage valable, ce qui laisse la question entière pour les arbitres, qui statueront sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation ou de l'exécution. C'est en ce sens, et en ce sens seulement, que l'effet négatif de la compétence-compétence consacre une priorité chronologique à la décision de l'arbitre par rapport à celle du juge étatique.

L'effet négatif de la compétence-compétence se distingue ainsi très clairement de la notion de litispendance. Cette dernière repose sur la seule constatation de la saisine préalable d'une autre juridiction. Si elle devait s'appliquer en matière d'arbitrage, elle ne requerrait aucun examen, même *prima facie*, de la convention d'arbitrage invoquée par une partie et jugée inefficace par l'autre [20]. Cette logique de pure priorité chronologique ne se justifie en réalité que lorsqu'il s'agit de départager des juridictions ayant une égale vocation à trancher un même litige. Dans le système des conventions de Bruxelles ou de Lugano ou du règlement dit « Bruxelles I » par exemple, il est indifférent qu'un litige donné soit tranché par le juge du domicile du défendeur ou par celui du lieu d'exécution de la prestation qui sert de base à la demande. L'un et l'autre ont une égale légitimité, au regard des règles ainsi mises en place, à en connaître. On comprend dès lors que la règle de priorité temporelle qui les départage soit totalement neutre au regard du choix ainsi offert, le premier juge saisi pouvant être l'un ou l'autre, au gré des initiatives des plaideurs. Son but est d'économiser les ressources du service public de la justice en éliminant tout double emploi et d'éviter des décisions contradictoires susceptibles de jeter le discrédit sur l'institution judiciaire, nullement de protéger la compétence de telle juridiction par rapport à telle autre. Toute autre est la logique de la compétence-compétence. La règle n'est pas neutre. Elle est destinée, de façon très volontariste, à protéger l'arbitrage. Tout en valorisant ce mode de règlement des litiges dont on se plaît à souligner qu'il est devenu le mode normal des règlements des différends dans le commerce international, le législateur contemporain n'en ignore pas la fragilité. Celle-ci tient au fait que la compétence des arbitres repose sur la seule volonté des parties. Il est donc plus facile, ne serait-ce, comme on l'a vu, qu'en invoquant des arguments de pure logique formelle, de faire dérailler un arbitrage que de contester la compétence d'un juge étatique [21]. On comprend dès lors que, pour décourager des arguments qui seront, dans bien des cas, purement tactiques, le droit objectif de l'arbitrage ait éprouvé le besoin de donner aux arbitres la possibilité de se prononcer les premiers sur leur compétence, le

20 Pour une conception faisant, de *lege ferenda*, une large place à la notion de litispendance entre tribunaux arbitraux et juridictions étatiques, au détriment de l'effet négatif de la compétence-compétence, voir J.-F. Poudret et S. Besson, *supra* note 2, n° 488 et s.

21 Voir p. 311, ci-dessus.

contrôle étatique étant non supprimé comme on l'a parfois cru [22], mais reporté à la fin du processus. Telle est la logique de l'effet négatif de la compétence-compétence. L'esprit de faveur à l'arbitrage est, on le voit, au cœur de cette règle dont l'inspiration se situe aux antipodes de la neutralité qui caractérise la notion de litispendance.

Les justifications de l'effet négatif tirées du souci de décourager les manœuvres dilatoires sans sacrifier pour autant les droits de ceux qui pourraient avoir un intérêt légitime à faire constater l'inefficacité de la convention d'arbitrage et de l'idée d'économie de moyens, évidente dès lors que l'on reconnaît l'effet positif de la compétence-compétence, ont déjà été évoquées [23] et il ne paraît pas nécessaire d'y revenir. On insistera, en revanche, sur le fait que les droits qui, comme le droit français ou le droit suisse, ont centralisé le contentieux du contrôle des sentences arbitrales rendues sur leur territoire devant une juridiction donnée trouvent dans le souci de cohérence de leur organisation judiciaire une incitation puissante à reconnaître l'effet négatif de la compétence-compétence. Tout ordre juridique est en effet naturellement sensible à la nécessité d'éviter que les hasards des procédures ou l'habileté procédurale des plaideurs ne conduisent à perturber la répartition des compétences voulue par l'Etat. Au titre du contrôle de l'annulation d'une sentence rendue en Suisse, c'est au Tribunal fédéral qu'il appartient de vérifier si « le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent » (art. 190(2)(b) LDIP). C'est donc lui qui, en dernière analyse, appréciera la validité de la convention, l'arbitrabilité de la matière ou la question de savoir si la convention est opposable à telle partie ou couvre tel différend. S'il suffisait de saisir le juge qui, en l'absence de convention d'arbitrage, aurait été compétent pour connaître le fond du litige – ou, pire, un juge quelconque en déclaration de droit [24] – pour que celui-ci vide définitivement – et non seulement *prima facie* – ces questions, sous la seule réserve du jeu des recours de droit commun susceptibles d'être exercés à l'encontre de sa décision, le chaos serait évident. On assisterait à des situations pour le moins curieuses.

---

22 Voir par ex. l'utile mise au point faite sur le sujet par J.-F. Poudret et S. Besson, *supra* note 2, n° 457, et les références.

23 Voir spéc. « L'effet négatif de la compétence-compétence », *supra* note 3, p. 398 et s.

24 Sur l'incompétence du juge suisse saisi par une action en déclaration de droit relative à la validité de la convention d'arbitrage, voir spéc. J.-F. Poudret, « Une action en constatation de droit au sujet de l'existence ou de la validité d'une clause arbitrale est-elle recevable en droit fédéral ou cantonal ? » dans *Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag*, Zurich, Schulthess, 1994, 341. La même règle s'applique en droit français. Voir par ex. Cass. civ. 1re, 5 janvier 1999, *Zanzi*, Rev. arb. 1999.260 (note Ph. Fouchard), Rev. crit. dr. internat. privé 1999.546 (note D. Bureau) : « il résulte du principe de la validité de la clause d'arbitrage international […] et de celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence que la juridiction étatique est incompétente pour statuer à titre principal sur la validité de la clause d'arbitrage [...] ».

Un plaideur ayant intérêt à faire avancer l'arbitrage s'efforcera de convaincre les arbitres, compétents pour en connaître (art. 186(1) LDIP), que la convention d'arbitrage est valable et couvre la matière litigieuse. Son adversaire, tout en résistant à cette prétention, saisira du fond du litige la juridiction de droit commun qui aurait été compétente en l'absence de convention d'arbitrage. Celle-ci, qui se verra opposer par la première partie une exception d'arbitrage, instruira la question et la tranchera au fond. Si la juridiction de droit commun suit la partie qui estime que la convention d'arbitrage est nulle ou ne lui est pas opposable, son adversaire interjettera appel. Alors que l'appel sera pendant, les arbitres parviendront peut-être à la conclusion inverse. La cour d'appel, d'une part, et le Tribunal fédéral, d'autre part, se trouveront alors en concurrence directe pour trancher la même question, l'une au titre de l'exception d'incompétence, l'autre au titre du recours en annulation. Cet exemple suffit à montrer les risques qui découlent nécessairement, pour la cohérence d'un système juridique qui a choisi de centraliser le contentieux de l'annulation des sentences devant une juridiction donnée, du fait de reconnaître l'effet positif de la compétence-compétence tout en refusant d'accepter son effet négatif. Il n'est donc pas exact de voir dans le souci de cohérence des systèmes une préoccupation purement française [25], même si l'on retrouve, en droit français, le désir d'éviter une concurrence malsaine entre le juge de droit commun susceptible d'être saisi du fond du litige et la cour d'appel devant laquelle a été concentré le contentieux de l'annulation des sentences rendues en France et de l'exécution des sentences rendues à l'étranger [26].

II. Une suggestion

La suggestion consiste, on l'aura deviné, pour la jurisprudence suisse, à remplir complètement le récipient qui, aujourd'hui, n'est qu'à moitié plein. Elle est avancée avec la prudence qui s'impose de la part d'un commentateur étranger qui n'a d'autre titre pour le faire que de compter parmi les admirateurs de longue date du droit suisse de l'arbitrage international [27].

---

25 Voir J.-F. Poudret et S. Besson, *supra* note 2, n° 508 et note 345, p. 478.

26 L'argument du risque de décisions contradictoires a du reste été mis en lumière de façon très convaincante par le Professeur Poudret pour justifier la conclusion selon laquelle il convient d'écarter l'action en déclaration de droit relative à la validité de la convention d'arbitrage (voir l'article cité *supra* note 24 et J.-F. Poudret et S. Besson, *supra* note 2, n° 487, p. 437). Il s'applique de la même manière lorsque le juge saisi est celui qui, à défaut de convention d'arbitrage valable, aurait été compétent pour connaître du fond du litige.

27 Voir par ex. P. Lalive et E. Gaillard, « Le nouveau droit de l'arbitrage international en Suisse » J.D.I. 1989.905.

Tenant pour acquis la nécessité de maintenir la jurisprudence consacrant l'effet négatif de la compétence-compétence lorsque le siège de l'arbitrage est situé en Suisse, ne serait-ce que pour éviter la concurrence du Tribunal fédéral et des juridictions de droit commun dans l'appréciation de l'éventuelle inefficacité de la convention d'arbitrage [28], on insistera sur les deux raisons pour lesquelles il nous paraît souhaitable d'étendre le principe aux arbitrages dont le siège n'est pas situé en Suisse. Elles tiennent à l'identité des textes applicables et à la généralité de la raison d'être de la règle.

1. L'identité des textes applicables

Les textes qui gouvernent, en droit suisse, l'office du juge confronté à l'exception d'arbitrage soulevée par l'un des plaideurs sont libellés dans les mêmes termes que l'arbitrage se déroule ou non dans ce pays.

Lorsque le siège de l'arbitrage est situé en Suisse, la question est incontestablement régie par l'article 7 de la LDIP. Ce texte dispose que « si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitrable, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que […] le tribunal ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée […] » (article 7(b)). La formule est directement empruntée à la Convention de New York à laquelle le législateur a ajouté l'hypothèse de renonciation tacite des parties à la convention d'arbitrage (article 7(a)) et celle dans laquelle le tribunal arbitral ne peut être constitué pour des raisons manifestement imputables au défendeur à l'arbitrage (article 7(c)). C'est à propos de ce texte que, dans son arrêt du 29 avril 1996, le Tribunal fédéral a jugé que l'appréciation de la caducité, du caractère inopérant ou non susceptible d'être appliqué de la convention d'arbitrage ne pouvait « être raisonnablement faite que si elle apparaît comme évidente sans qu'il soit nécessaire d'approfondir la question » compte tenu du fait que le tribunal arbitral sera lui-même appelé à statuer sur sa propre compétence. La décision ne saurait être plus claire. Le Tribunal fédéral relève en effet qu'« [i]l est généralement admis que, si le juge étatique est saisi d'une exception d'arbitrage et que le tribunal arbitral a son siège en Suisse, le juge se limitera à un examen sommaire de l'existence *prima facie* d'une convention d'arbitrage, afin de ne pas préjuger de la décision du tribunal arbitral sur sa propre compétence » avant d'ajouter que « [c]e point de vue est partagé par le Tribunal fédéral » (considérant 2b). Le Tribunal rejette ensuite expressément l'opinion contraire de W. Wenger selon lequel « le juge

28 Voir p. 318, ci-dessus.

étatique devant lequel est soulevée une exception d'arbitrage en application de l'article 7 LDIP doit examiner sans restriction la validité et la portée de la convention d'arbitrage, et cela même dans l'hypothèse où le tribunal arbitral à former a son siège en Suisse ». Après avoir rappelé cette position, le Tribunal, faisant allusion à son arrêt du 16 janvier 1995, conclut : « Aucune raison déterminante n'impose au Tribunal fédéral de modifier son point de vue, même s'il a été exprimé dans un *obiter dictum*. Non seulement ce point de vue correspond à l'avis de la doctrine dominante, mais il est conforme au sens de l'art. 7 let. b LDIP (ainsi qu'à celui de l'art. II al. 3 de la Convention de New York) qui impose (« déclinera ») au juge étatique de décliner sa compétence en présence d'une convention d'arbitrage, sauf s'il constate qu'elle est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. Or, une telle constatation ne peut être raisonnablement faite que si elle apparaît comme évidente, sans qu'il soit nécessaire d'approfondir la question, puisque de toute façon, à défaut de pareille évidence, le tribunal arbitral sera habilité à statuer, au besoin, sur sa propre compétence en vertu de l'art. 186 LDIP [29], en tout cas si le tribunal arbitral a son siège en Suisse. Force est, dès lors, d'admettre, en confirmation de l'avis exprimé dans l'arrêt précité, que, si le juge étatique est saisi d'une exception d'arbitrage et que le tribunal arbitral a son siège en Suisse, le juge devra décliner sa compétence si l'examen sommaire de la convention d'arbitrage ne lui permet pas de constater que celle-ci est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée » (considérant 2b *in fine*).

Le fait que certains auteurs estiment, sans doute à juste titre, avoir été classés à tort par le Tribunal fédéral au rang de ceux qui défendent la solution retenue [30], ne modifie en rien l'interprétation donnée par celui-ci sur le sens de l'article 7(b) LDIP.

Lorsque le siège de l'arbitrage n'est pas situé en Suisse et qu'un juge suisse est invité à connaître du fond du litige en dépit de l'existence, alléguée par l'une des parties, d'une convention d'arbitrage, la source de la règle applicable est plus controversée. Selon certains auteurs, l'article 7, qui ne fait aucune distinction à ce sujet, demeurerait applicable à la matière [31]. Pour d'autres, celle-ci

29 Ce texte consacre le principe de la compétence-compétence dans son effet positif. Sur la question, voir *infra* note 38.

30 Voir J.-F. Poudret, *supra* note 9, p. 843 et J.-F. Poudret et S. Besson, *supra* note 2, n° 502.

31 Voir par ex., A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1988, n° 138, p. 55 ; P. Y. Tschanz, « Le nouveau droit suisse de l'arbitrage international » RDAI/IBLJ 1988.437, spéc. p. 443.

ne serait régie que par l'article II(3) de la Convention de New York [32]. L'enjeu de la controverse est cependant limité, tout le monde s'accordant à reconnaître que les termes utilisés par l'article 7 LDIP et par la Convention de New York sont identiques sur la question qui nous occupe. On ne saurait mieux dire à ce propos que Jean-François Poudret dans sa note sous l'arrêt *Fomento* : « en l'absence de toute différence sur ce point entre les textes conventionnel et légal, il ne nous paraît pas justifié de faire dépendre l'étendue du pouvoir d'examen du juge du lieu où se déroule l'arbitrage » [33].

Rien ne s'opposerait en conséquence à ce que l'interprétation que le Tribunal fédéral juge, dans son arrêt du 28 avril 1996 « conforme au sens de l'art. 7 let. b LDIP (ainsi qu'à celui de l'art. II al. 3 de la Convention de New York) » [34] prévale également lorsque le siège de l'arbitrage n'est pas fixé en Suisse. Cette solution se justifierait d'autant plus que la raison d'être de la règle est identique dans l'un et l'autre cas.

2. La généralité de la raison d'être de la règle

L'effet négatif de la compétence-compétence peut se prévaloir de trois justifications d'importance inégale. La première, selon nous la plus importante, réside dans la volonté de décourager d'éventuelles manœuvres de déstabilisation de l'arbitrage. La seconde, plus contingente bien que les deniers des plaideurs ne doivent jamais être négligés, tient au désir de respecter, dans toute la mesure du possible, le principe d'économie de moyens. La troisième, que l'on aurait tort de sous-estimer ainsi qu'on a pu le constater [35], réside dans le souci d'éviter que l'ordonnancement des compétences voulues par le droit objectif ne puisse être modifié au gré des initiatives procédurales des plaideurs. Chacune de ces justifications nous paraît également vraie que le siège de l'arbitrage soit situé ou non sur le territoire de la juridiction qu'un plaideur prétend saisir du fond du litige en dépit de l'existence *prima facie* d'une convention d'arbitrage. Dans le cas de la Suisse, elles nous paraissent justifier qu'une juridiction suisse saisie du fond du litige et confrontée à une exception d'arbitrage se limite à « un examen sommaire de l'existence *prima facie* d'une convention d'arbitrage afin de ne pas préjuger de la décision du tribunal arbitral sur sa propre compétence » et n'entre en matière sur le fond que si la caducité, le caractère

32 Voir spéc. J.-F. Poudret et S. Besson, *supra* note 2, n° 499-500; J.-F. Poudret, *supra* note 9, p. 842.
33 J.-F. Poudret, *supra* note 9, p. 844. Voir aussi J.-F. Poudret et S. Besson, *supra* note 2, n° 502 *in fine*.
34 Voir p. 321, ci-dessus.
35 Voir p. 318, ci-dessus.

inopérant ou non susceptible d'être appliqué de la convention d'arbitrage, « apparaît comme évidente sans qu'il soit nécessaire d'approfondir la question », et ce, que l'arbitrage soit censé se dérouler ou non sur le territoire suisse [36].

Avant de le montrer, on observera que la solution consistant à ne faire jouer la règle de l'effet négatif que lorsque le siège de l'arbitrage est fixé en Suisse présente un inconvénient évident dans les cas dans lesquels le siège de l'arbitrage n'a pas encore été fixé au moment où la question se pose. Il suffit pour s'en convaincre d'envisager l'hypothèse dans laquelle une partie domiciliée en Suisse se voit assigner devant les juridictions de droit commun à propos du respect d'un contrat qui contient la clause type d'arbitrage de la CCI. On supposera que, comme dans 13 % des affaires soumises à la CCI [37], cette clause ne précise pas le siège de l'arbitrage. La partie défenderesse soulève une exception d'arbitrage. Si la demanderesse à l'action devant les juridictions conteste la validité, l'étendue de la clause compromissoire ou le fait qu'elle lui soit opposable, le juge saisi du fond du litige doit-il se contenter d'une appréciation *prima facie* de la validité et de l'étendue de la convention d'arbitrage ou doit-il instruire et trancher la question au fond ? Faire dépendre la réponse à cette question du point de savoir si l'arbitrage doit se dérouler ou non en Suisse revient, dans cet exemple, à donner à la Cour internationale d'arbitrage de la CCI le droit d'y répondre elle-même en fixant le siège, ce qui s'harmonise difficilement avec le fait que la question concerne, par définition, l'office du juge suisse. Le fait que les parties n'aient exprimé aucune volonté particulière à propos du siège en fait par ailleurs un critère bien ténu pour lui faire produire des conséquences procédurales aussi importantes. La distinction selon que l'arbitrage se déroule ou non en Suisse est également de nature à engendrer de redoutables conflits transitoires. Une réponse des juridictions étatiques exacte ou incertaine tant que la Cour internationale d'arbitrage de la CCI n'a pas fixé le siège peut devenir fausse le jour où la Cour fixe le siège en Suisse. La même démonstration pourrait naturellement être faite dans les cas, également relativement fréquents, dans lesquels, en matière d'arbitrage *ad hoc*, le siège de l'arbitrage doit être fixé par le tribunal arbitral. Sachant que la mise en place du tribunal arbitral prend fréquemment plusieurs mois, les juridictions saisies du fond du litige ne sauront en réalité pas s'il y a lieu d'entreprendre un examen approfondi de l'exception d'arbitrage ou de s'en tenir à des constatations *prima facie* tant

36 Les formules citées sont empruntées à l'arrêt du Tribunal fédéral du 29 avril 1996, *supra* note 16.

37 Le pourcentage est celui donné par la CCI pour l'année 2003. Voir « Rapport statistique 2003 » (2004) 15 :1 Bull. CIArb. CCI 7, p. 12.

que le tribunal saisi par la partie qui s'efforce de faire respecter la convention d'arbitrage n'aura pas été en mesure de déterminer le lieu où l'arbitrage doit se dérouler. Le moins que l'on puisse dire est que la solution qui, en réalité, fait dépendre l'interprétation des articles 7 de la LDIP et II(3) de la Convention de New York du choix du siège de l'arbitrage, n'est pas plus satisfaisante d'un point de vue pratique que d'un point de vue théorique. Chacune des trois justifications de l'effet négatif de la compétence-compétence se vérifie en effet, que le siège de l'arbitrage ait été ou non fixé en Suisse.

C'est l'évidence en ce qui concerne la volonté de décourager d'éventuelles manœuvres de déstabilisation de l'arbitrage. L'attitude de la partie qui souhaite perturber le déroulement d'un arbitrage, compliquer la tâche de son adversaire et renchérir le coût de la procédure en portant le contentieux de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage non seulement devant les arbitres mais également devant les juridictions qui, en l'absence de convention d'arbitrage, auraient été compétentes pour en connaître, ne mérite pas davantage d'être encouragée lorsque l'arbitrage se déroule en Suisse que lorsqu'il se déroule en France ou en Angleterre. Le même arbitrage entre les mêmes parties, devant les mêmes arbitres et sous l'égide de la même institution n'est pas plus ou moins respectable selon l'endroit où il se déroule.

Il en va de même de la préoccupation d'économie de moyens. Dès lors que l'on reconnaît que les arbitres seront juges de leur propre compétence, comme le veut l'effet positif de la compétence-compétence, l'acceptation par le juge étatique d'entrer dans un débat de fond sur la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage entraîne un double emploi inopportun. Cette constatation n'est pas moins vraie lorsque l'arbitrage se déroule à l'étranger [38].

38 Une logique purement conflictualiste pourrait conduire à objecter que, dans cette dernière hypothèse, l'article 186, para. 1, LDIP, qui concerne l'effet positif de la compétence-compétence, n'est pas directement applicable (art. 176 LDIP) et qu'il n'est pas certain que la règle s'applique à l'arbitrage à propos duquel la question se pose. En réalité, la règle est consacrée non seulement par les principaux règlements d'arbitrage (voir en dernier lieu, l'article 21 du Règlement suisse d'arbitrage international, janvier 2004) mais également par la plupart des législations modernes en matière d'arbitrage (voir *supra* note 2). Le raisonnement conflictualiste qui soumettrait vraisemblablement la matière à la loi du siège conduirait donc, dans la plupart des cas, à la conclusion que le principe s'applique à l'arbitrage en cause. La démarche nous paraît cependant trop indirecte, non seulement parce que, dans son effet positif, le principe de compétence-compétence peut désormais se prévaloir du statut de principe général du droit, mais encore parce que l'enjeu de la question réside ici beaucoup moins dans la faveur à l'arbitrage susceptible de résulter de la loi du siège que de celle dont désire faire preuve le droit suisse lui-même, seul compétent pour déterminer l'attitude que ses juridictions doivent adopter lorsqu'elles se trouvent confrontées à une apparence de convention d'arbitrage valable.

La justification résultant du souci d'éviter que l'ordonnancement des compétences ne puisse être modifié au gré des initiatives procédurales des parties soulève des questions plus délicates. Cette considération est particulièrement forte lorsqu'une concurrence entre diverses juridictions de différents degrés existe au sein d'un même ordre juridique. Les tribunaux de l'Etat concerné auront, dans une telle hypothèse, toujours à cœur d'assurer la cohérence du système dont ils sont les organes [39]. Lorsque les juridictions saisies du fond du litige à titre principal et celles qui seront appelées à exercer le contrôle de la sentence à intervenir appartiennent au contraire à deux systèmes juridiques différents, ce qui est le cas lorsque le siège de l'arbitrage n'est pas dans l'Etat dont les juridictions sont saisies, la solidarité est moins naturelle. Elle ne résulte alors plus que des conventions internationales applicables ou, lorsque aucune convention ne couvre la matière, de la seule *comitas gentium* [40]. En l'absence même de toute convention, il n'est pas illégitime, de la part des autres ordres juridiques, d'attendre que le droit suisse leur fasse, au moins *a priori*, une confiance suffisante pour reconnaître que leurs juridictions sont, jusqu'à preuve du contraire, à même d'assurer le contrôle des arbitrages se déroulant sur leur territoire. Le Tribunal fédéral a montré, avec l'arrêt *Fomento* du 14 mai 2001, qu'il n'était pas insensible à l'argument de la confiance mutuelle que se doivent les juridictions des différents Etats. La décision repose en effet sur la confiance faite par le juge suisse dans l'aptitude des juridictions panaméennes saisies du litige à apprécier la renonciation alléguée par l'une des parties à la convention d'arbitrage litigieuse [41]. La solution, qui repose sur l'application aux tribunaux arbitraux siégeant en Suisse de l'article 9 de la LDIP relatif à la litispendance, a été vivement critiquée [42]. Elle n'est en réalité mal venue qu'en ce qu'elle confond le plan de l'arbitrage et celui du contrôle de la sentence susceptible

39 Voir p. 318, ci-dessus.

40 Bien que la Suisse n'y soit pas partie, la Convention de Genève de 1961 fournit une indication intéressante sur le fait qu'un certain nombre d'Etats considère opportun qu'indépendamment du siège de l'arbitrage, le juge saisi d'une demande portant sur un différend à propos duquel une procédure arbitrale a été introduite sursoie, « sauf motifs graves », à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale. La Convention conserve, il est vrai, un relent de l'idée de litispendance puisqu'elle ne pose la règle que pour le cas dans lequel les arbitres auront été saisis du litige. La même distinction, ultérieurement éliminée par la jurisprudence, se retrouve dans l'article 1458, alinéa 2, du NCPC français issu du décret de 1981. La notion de « motifs graves » participe de la même idée que celle de contrôle *prima facie*.

41 ATF 127 III 279.

42 Voir spéc. J.-M. Vulliemin, « Compétence et pouvoir d'examen du juge sur l'exception d'arbitrage au regard de l'article 9 LDIP » *Bulletin ASA* 1998.372 ; F. Perret, *supra* note 4; et, avec des nuances, E. Geisinger et L. Levy, « La litispendance dans l'arbitrage commercial international » dans *L'arbitrage complexe. Questions de procédure*, Bull. CIArb. CCI, Supplément spécial 2003, p. 55 et s.

d'en résulter. Lorsque l'arbitrage se déroule en Suisse, on ne s'attend pas à ce qu'au nom d'une coopération inter-étatique intempestive, les juridictions suisses abdiquent leur mission de contrôle sur le déroulement de l'arbitrage au profit de juridictions étrangères au seul motif que celles-ci ont été saisies les premières du fond du litige [43]. Cette prime à la course aux juridictions nationales inhérente à la notion de litispendance ne se justifie ni en opportunité, ni sur le plan des principes [44].

En revanche, de la même façon que le juge suisse du fond fait confiance, lorsque le siège de l'arbitrage est en Suisse, au Tribunal fédéral pour s'assurer, le cas échéant, que les arbitres, compétents pour statuer les premiers sur la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage, n'auront pas fait un mauvais usage de ce pouvoir, on peut attendre de lui qu'il fasse confiance aux juridictions compétentes pour assurer ce contrôle lorsque l'arbitrage se déroule à l'étranger. Cette confiance est d'autant plus facile à accorder que si la sentence doit trouver à s'exécuter en Suisse, le juge suisse retrouvera sa compétence pour exercer son contrôle sur la décision des arbitres, chaque Etat restant maître de l'accueil de la décision dans son ordre juridique. L'abdication de compétence des juridictions étatiques au profit des arbitres n'est donc que temporaire.

C'est la raison pour laquelle, la permanence des fondements du principe d'effet négatif de la compétence-compétence étant avérée quel que soit le siège de l'arbitrage, il est permis d'espérer que la solution retenue dans l'arrêt *Fondation M.* du 29 avril 1996 trouvera à s'appliquer également lorsque le siège de l'arbitrage n'aura pas encore été fixé ou aura été fixé en dehors du territoire suisse.

---

43 Sur la nécessité, pour éviter que le juge étatique saisi le premier ne puisse paralyser durablement l'arbitrage se déroulant dans un autre Etat, « de déroger au critère chronologique de la litispendance et d'attribuer priorité à l'arbitre et à la juridiction de recours du siège qui sont les juges naturels de la convention d'arbitrage », voir J.-F. Poudret, *supra* note 9, p. 835 et s., spéc. p. 854.

44 L'application à tout arbitrage se déroulant en Suisse de l'article 9 de la LDIP relatif à la litispendance, non seulement n'est pas conforme au fait qu'aucun renvoi à ce texte n'existe en matière d'arbitrage mais est de nature à réveiller les craintes – infondées – qu'avaient fait naître, après l'adoption de la loi, la perception erronée de certains juristes étrangers selon laquelle le choix d'un arbitrage en Suisse emportait nécessairement application de l'entière LDIP, dont l'inquiétant article 19 relatif aux lois de police étrangères. Voir F. Mann, « New dangers of arbitration in Switzerland » *Financial Times* (24 novembre 1988).