

LE DROIT À L'ÉPREUVE DES SIÈCLES ET DES FRONTIÈRES

Mélanges en l'honneur du Professeur
Bertrand Ancel

Ouvrage réalisé à l'initiative de

Marie-Elodie ANCEL
Professeur à l'Université Paris Est Créteil

Louis d'AVOUT
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Professeur à l'Université Complutense de Madrid

Marie GORÉ
Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Jean-Michel JUDE
Maître de conférences à l'Université Le Havre Normandie

LGDJ une marque de
lextenso

lprolex

Paris / Madrid, 2018

ISBN: 978-84-941055-7-9

Impreso en España – Printed in Spain

Torreblanca Impresores. Paseo Imperial, 57, 28005 Madrid (España)

Actualité de l'effet négatif de la compétence-compétence

Emmanuel GAILLARD

1. En bon disciple de Mallarmé, Bertrand Ancel, à qui ces lignes sont amicalement dédiées, s'est souvent ingénié à placer ses écrits à un degré d'abstraction suffisant pour les réserver à une poignée d'initiés¹.

Les initiés du droit de l'arbitrage savent que le principe de compétence-compétence est celui qui permet aux arbitres dont la compétence est contestée de poursuivre leurs travaux et de se prononcer eux-mêmes sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage sur le fondement de laquelle ils sont saisis. C'est ce principe qui permet à un tribunal arbitral de constater son incompétence sans que sa décision ne soit une absurdité, les arbitres risquant, en l'absence de la règle, de nier, par leur décision, la compétence dont ils ont besoin pour se prononcer sur celle-ci. Sans ce principe, tout arbitrage risquerait d'être arrêté à l'initiative d'une partie récalcitrante jusqu'à ce qu'une autorité extérieure aux arbitres, un juge, se soit prononcée sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage. C'est la raison pour laquelle ce principe est essentiel au bon fonctionnement de l'arbitrage².

Dans son effet positif, le principe s'adresse aux arbitres. Ceux-ci sont invités, lorsque leur compétence est contestée, à poursuivre l'arbitrage et se prononcer sur celle-ci. Dans son effet négatif, le principe de compétence-compétence s'adresse au juge qui, en l'absence de convention d'arbitrage, serait susceptible de connaître du litige. S'il respecte le principe, le juge se contentera d'un examen *prima facie* de la convention d'arbitrage pour conclure, si elle semble exister et n'être pas

¹ V. par ex., dans le domaine de l'arbitrage international, B. Ancel, « Tronc commun, logique et expérience dans l'arbitrage international », *Il Foro Padano*, 1990, p. 19 ; « The Tronc commun Doctrine: Logics and Experience in international Arbitration », 7 *Journal of International Arbitration*, 1990, Issue 3, p. 65.

² Sur l'ensemble de la question, v. par ex. M. Boucaron-Nardetto, *Le principe compétence-compétence en droit de l'arbitrage*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013.

manifestement nulle, qu'il appartient aux arbitres de se prononcer les premiers sur cette question, sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation ou de l'exécution de la sentence³. Sans cette règle, l'effet positif du principe de compétence-compétence n'aurait qu'une utilité très réduite. Sachant que sa compétence est également appréciée par un juge dont la décision s'imposera à lui, l'arbitre n'aura, en pratique, aucun intérêt à instruire, puis à trancher la question de compétence sur laquelle il pourrait théoriquement se prononcer en parallèle. Le principe de compétence-compétence n'est donc concrètement satisfait que si, d'une part, l'arbitre peut se prononcer sur sa compétence et si, d'autre part, le juge est invité à attendre que l'arbitre se soit prononcé à ce sujet pour autant qu'il existe *prima facie* une convention d'arbitrage couvrant la matière. En d'autres termes, sans l'effet négatif, l'effet positif n'aurait qu'une portée très limitée, le droit de l'arbitrage reprenant d'un côté, en consacrant la compétence immédiate du juge, ce qu'il donne de l'autre à l'arbitre, en lui permettant de statuer.

2. Tandis que l'effet positif de la compétence-compétence est largement admis en droit comparé⁴, l'effet négatif est moins universel. Seuls les droits manifestant une confiance affichée dans l'arbitrage, conçu comme le mode normal de règlement des différends internationaux, l'admettent. C'est le cas, de longue date, du droit français⁵, et, avec des nuances, du droit suisse⁶. À l'extrême opposé sur l'échelle du libéralisme arbitral, le droit américain, qui conçoit le sujet en termes de *gateway issues*, subordonne l'accès au paradis arbitral au franchissement d'un portail contrôlé par les juges étatiques⁷ et ne reconnaît pas l'effet négatif de la compétence-compétence⁸.

³ E. Gaillard, Y. Banifatemi, « Negative Effect of Competence-Competence - The Rule of Priority in Favour of Arbitrators », in *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* (E. Gaillard, D. Pietro, dir., 2008), p. 257 ; B. Ancel, « Le contrôle de validité de la convention d'arbitrage : l'effet négatif de la compétence-compétence », *IV^e Congrès du Comité Brésilien d'Arbitrage*, « Arbitrage et pouvoir judiciaire », Curitiba, 15-16 sept. 2004 (inédit).

⁴ V. 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.

⁵ Sur la question, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 671 et s. ; J.-B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, Thémis, 2016, n° 351 et s. ; E. Loquin, *L'arbitrage du commerce international*, éd. Joly, 2015, n° 236 et s. En faveur d'un système, à notre sens inadapté, de « litispendance » emprunté à la logique des conflits de compétence des juridictions étatiques entre elles, v. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ Précis Domat, 2013, n° 685.

⁶ V. E. Gaillard, « La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence », in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution - Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, 2005, p. 311.

⁷ Sur la question, v. spéc. G. Bermann, « The 'Gateway' Problem in International Commercial Arbitration », *Yale Journal of International Law*, Vol. 37, 2012, p. 1.

⁸ V. *Restatement of the U.S. Law of International Commercial Arbitration, Tentative Draft No. 4*, 17 avr. 2015, Chapitre 2, Section 2.8, pp. 58 et s.

Dans un environnement mondial qui ne cesse de s'uniformiser, notamment sous l'influence de la loi-type de la CNUDCI⁹, l'effet négatif de la compétence-compétence est probablement l'un des indices les plus significatifs de la faveur qu'un droit est susceptible de réserver à l'arbitrage. C'est la raison pour laquelle il n'est pas sans intérêt d'observer les progrès de la règle dans le monde¹⁰. Ceux-ci sont perceptibles sur tous les continents, particulièrement en Asie (I), en Amérique latine (II), et en Afrique (III), comme on se propose de le montrer tour à tour.

II. LES PROGRÈS DE L'EFFET NÉGATIF EN ASIE

3. En Asie, Hong Kong et Singapour se disputent la place d'État le plus favorable à l'arbitrage. Il n'est donc pas surprenant que l'un et l'autre acceptent résolument l'effet négatif de la compétence-compétence. Celui-ci est également reconnu de la manière la plus claire aux Philippines. On examinera la situation de chacun de ces droits, non sans avoir mentionné au passage la reconnaissance du principe dans un arrêt majeur de la Cour suprême d'Inde en 2005¹¹.

A) Hong Kong

4. Hong Kong a été l'un des premiers États à reconnaître, en Asie, l'effet négatif de la compétence-compétence. Son mérite est d'autant plus grand que l'*Arbitration Ordinance* qui codifie le droit de l'arbitrage a suivi, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, le texte de la loi-type de la CNUDCI qui, comme la Convention de New York¹², se contente d'inviter le juge qui constate l'existence d'une convention d'arbitrage à renvoyer les parties à l'arbitrage à moins qu'il estime la convention d'arbitrage « caduque, inopérante ou non susceptible d'être

⁹ Sans l'exclure, celle-ci ne consacre pas expressément l'effet négatif de la compétence-compétence. Sur le sujet, v. F. Bachand, « Does Article 8 of the Model Law Call for Full or *Prima Facie* Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction », *Arbitration International*, 2006, p. 463. Pour des exemples de droits fondés sur la loi-type qui admettent l'effet négatif, v. *infra* §§ 4, 8, 14 et 18.

¹⁰ V. aussi la communication de F.-X. Train, « L'article II, 3° de la Convention de New York et la réception en droit comparé de l'effet négatif du principe compétence-compétence », 26 sept. 2017, Cercle de l'Union Interalliée, Paris, reproduite sur le site www.newyorkconvention1958.org.

¹¹ V. Supreme Court (Inde), 12 août 2005, *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd v. Aksh Optifibre Ltd*, [2005] 7 SCC 234. V. également E. Gaillard, « *Prima Facie* Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement », *New York Law Journal*, Vol. 225, No. 105, 2005.

¹² V. *Secrétariat de la CNUDCI, Guide sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, New York, 1958 (E. Gaillard et G. Bermann, dir.), Pedone, 2017, pp. 74 et s.

exécutée»¹³. C'est donc à la jurisprudence qu'il est revenu de décider que l'appréciation par le juge saisi du fond du litige de l'éventuelle nullité, du caractère inopérant ou insusceptible d'être exécuté de la convention d'arbitrage invoquée par l'une des parties devait se limiter à un examen *prima facie*.

5. Dans les années quatre-vingt-dix, elle s'est prononcée sur ce point dans le contexte de demandes de nomination d'un arbitre par le juge d'appui en dépit de la résistance d'une partie soucieuse d'échapper à l'application d'une convention d'arbitrage.

La première affaire remonte à 1992. La société Pacific International Lines avait introduit une procédure d'arbitrage contre la société Tsinlien Metals and Minerals sur le fondement de la clause compromissoire contenue dans un contrat d'affrètement. La défenderesse, qui avait refusé de nommer un arbitre, soutenait qu'aucune convention d'arbitrage ne la liait à Pacific International Lines¹⁴. C'est dans ce contexte que la *High Court* a considéré que « *if I am satisfied that there is a plainly arguable case to support [the] proposition that there was an arbitration agreement which complies with Article 7 of the Model Law, I should proceed to appoint the arbitrator in the full knowledge that defendants will not be precluded from raising the point before the arbitrator [...]* »¹⁵, refusant ainsi de procéder à un examen approfondi de l'objection relative à l'existence de la convention d'arbitrage.

Cette solution a été confirmée en 1995, puis en 1997. Dans l'affaire *Triple V* de 1995, la *Court of Appeal* a confirmé que le juge saisi d'une demande de nomination d'un arbitre devait se contenter d'un examen sommaire de la compétence du tribunal arbitral. Se référant au principe de compétence-compétence reconnu par la loi-type de la CNUDCI, le juge Litton VP considère que « *[w]hilst, clearly, the judge had to make a judgment as to whether there existed an underlying agreement to arbitrate, he could do no more than to form a prima facie view* ». Il estime que « *[i]f the judge were to go into the manner more deeply, he would in effect be usurping the function of the arbitrator* »¹⁶. Dans l'affaire *ICC Chemical Corp*, la *High Court* a également estimé, en 1997, que le juge devait se contenter d'un examen *prima facie* de l'existence et de la portée de la

¹³ V. *Arbitration Ordinance* (Cap. 609). La réforme de l'*Arbitration Ordinance* intervenue en 2011 ne modifie pas cette formulation.

¹⁴ Les faits étaient les suivants : une première version du contrat d'affrètement rédigé entre la demanderesse, armateur du navire, et défenderesse, affréteur, n'avait jamais été signée. Une seconde version du contrat, contenant cette fois le nom d'un tiers en tant qu'armateur, avait été signée par ce tiers et par la défenderesse. Selon Pacific International Lines, ce tiers avait agi en qualité d'agent.

¹⁵ High Court (Hong Kong), 6 juill. 1992, *Pacific International Lines (Pte) Ltd and another v. Tsinlien Metals and Minerals Co (HK) Ltd*, [1993] HKCU 0559.

¹⁶ Court of Appeal (Hong Kong), 7 juill. 1995, *Private Company Triple V' Inc v. Star (Universal) Co Ltd & Anor*, [1995] 3 HKC.

convention d'arbitrage. Les objections relatives à sa compétence sont « *something to be considered by the arbitral tribunal* ». Dès lors qu'une partie peut présenter « *a prima facie case that there is an arbitration agreement in writing and [...] a prima facie case that the defendant was a party to it* », il y a lieu de procéder à la nomination de l'arbitre¹⁷.

6. Dans les années 2000, la règle de l'examen *prima facie* de la convention d'arbitrage a également été appliquée par les juges saisis du fond en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage.

La première application de ce principe a été faite dans l'affaire *Pacific Crown* en 2003, dans laquelle l'existence même de la convention d'arbitrage était contestée¹⁸. Après avoir rappelé la jurisprudence antérieure en matière de nomination de l'arbitre, la *Court of First Instance* a jugé que la suspension de la procédure au fond devait être ordonnée s'il existait « *a prima facie or plainly arguable case that the parties were bound by an arbitration clause* », tout en précisant que la charge de la preuve pèse sur la partie qui en invoque l'existence¹⁹. La Cour a ensuite précisé les contours de l'examen sommaire qu'il lui revenait d'appliquer. Il lui suffit de vérifier que les éléments de preuve apportés par la partie qui invoque l'existence d'une convention d'arbitrage, pris dans leur ensemble, soient « *cogent and arguable and not dubious or fanciful* ». Les éléments de preuve invoqués par la partie qui conteste l'existence de la convention d'arbitrage ne sont pris en compte que si, pris dans leur ensemble, ils rendent les éléments de preuve apportés par l'autre partie « *fanciful or dubious to the extent that they relegate them below the threshold required* », leur examen plus approfondi étant renvoyé à l'arbitre.

La solution a été confirmée par la *Court of Appeal* dans l'affaire *PCCW Global* en 2006. Cette juridiction était saisie de l'appel interjeté contre la décision d'un juge de première instance qui avait considéré que, dans la mesure où seule une analyse juridique était nécessaire pour se prononcer sur la contestation relative à l'étendue de la convention d'arbitrage, « *it would be conducive to saving time and cost to determine the question of jurisdiction now* ». Dans ce contexte, la *Court of Appeal* a confirmé que le

¹⁷ High Court (Hong Kong), 23 févr. 1996, *ICC Chemical Corp v. Zhuhai Minmetals International Non-Ferrous Metals Trading Co*, [1996] 2 HKC.

¹⁸ Le litige concernait un projet de construction. *Pacific Crown*, demanderesse, prétendait que des échanges de lettres entre les parties et des notes de réunion constituaient l'accord entre les parties et qu'il ne comportait aucune convention d'arbitrage. *Hyundai Engineering*, défenderesse, prétendait au contraire que les documents auxquels faisait référence la demanderesse n'étaient que des éléments de négociation, l'accord final entre les parties étant reflété par un véritable contrat écrit contenant une clause compromissoire. Selon la défenderesse, le commencement de l'exécution du projet de construction sur la base de ce document ainsi que les échanges postérieurs des parties montraient que ce contrat avait été accepté par les deux parties, même s'il n'avait jamais été signé.

¹⁹ Court of First Instance (Hong Kong), 23 avr. 2003, *Pacific Crown Engineering Ltd v. Hyundai Engineering & Construction Co Ltd*, [2003] 3 HKC.

juge étatique saisi d'une demande de suspension d'une procédure au fond devait se contenter d'un examen *prima facie* des contestations relatives à l'existence, la validité ou l'étendue de la convention d'arbitrage, en précisant que « *[i]t is important for the court not to usurp the function of the arbitrators, and unless the point is clear, the matter should be stayed for arbitration* »²⁰.

7. Très récemment encore, les décisions rendues par la *Court of First Instance* dans l'affaire *Wing Bo* ont confirmé la reconnaissance de l'effet négatif à Hong Kong.

La question litigieuse était de savoir si les parties avaient renoncé à la clause compromissoire contenue dans un contrat de construction en convenant ultérieurement de soumettre leurs points de désaccord à un expert. Dans une première décision du 14 janvier 2016, la *Court of First Instance* a rappelé qu'elle devait se contenter d'un examen *prima facie* des contestations relatives à l'existence et l'étendue de la convention d'arbitrage :

« The onus lies on the defendant to demonstrate, prima facie, that an arbitration agreement exists which covers the scope of the dispute and binds the parties, and that in light of the above background there remains an unresolved bona fide arbitrable dispute. The court should look at the evidence in support of the contention that there is a prima facie or plainly arguable case that the parties are bound by an arbitration clause, and if the evidence is cogent and arguable, and not dubious or fanciful, then the test has been satisfied. To put this in another way, unless the point is clear, the court should not attempt to resolve the issue and the matter should be stayed for arbitration as it is for the arbitral tribunal to rule on its own

²⁰ Court of Appeal (Hong Kong), 16 nov. 2006, *PCCW Global Ltd v. Interactive Communications Service Ltd*, [2007] 1 HKLRD. Dans cette affaire, la société Beyond avait introduit une procédure devant les tribunaux de Hong Kong pour réclamer le paiement de plus de 700 millions de dollars en vertu d'un contrat de prestation de « *international long-distance services* ». La défenderesse, la société Vectone, qui contestait les montants en jeu, avait demandé la suspension de la procédure en invoquant l'existence d'une clause compromissoire dans le contrat. Le contrat, particulièrement mal rédigé, ne contenait pas moins de quatre clauses de règlement des différends :

- Selon l'article 4.3, « *the parties will submit [their billing differences] to the Hong Kong Courts* » ;
- Selon l'article 5, « *[t]he parties hereby submit to the exclusive jurisdiction of the courts of Hong Kong SAR* » ;
- Selon l'article 11.2, « *any dispute shall be submitted to the courts in the State of New York* » ; et
- Enfin, selon l'article 11.3, « *[e]ither Party may require that any dispute arising hereunder be settled by binding arbitration* ».

Dans ce contexte, la *Court of Appeal* a refusé de suspendre la procédure, jugeant qu'il était clair qu'aucune convention d'arbitrage ne liait les parties concernant leurs différends relatifs à la facturation. Elle a en effet considéré que « *[d]espite the force of [Vectone's] argument, we are of the view that reading cl. 4.3. [la disposition relative aux différends liés à la facturation] as a whole it is clear that the parties had agreed that billing disputes should be dealt with differently and separately from cl. 11.3 [la convention d'arbitrage]* ».

jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement ».

Considérant que « *the defendant has established a prima facie case that disputes remained between the parties under the Contract, and the proper approach is to stay proceedings for arbitration as the contractually agreed dispute resolution mechanism* », la cour a fait droit à la demande de suspension²¹.

Cette décision n'étant susceptible d'aucun recours, la société Wing Bo a contesté la constitutionnalité de la disposition de l'*Arbitration Ordinance* l'empêchant d'interjeter appel. Par décision du 18 mars 2016, la *Court of First Instance* a jugé que cette disposition était conforme à la Constitution, dans la mesure où « *whilst the court's decision to refer the parties to arbitration [...] is not subject to appeal, such decision is not final, and there is avenue to challenge such decision (which is made on prima facie premise) before the arbitral tribunal and (in the event of an adverse ruling against the party opposing the stay of proceedings) to return to the court for challenge against the arbitral tribunal's jurisdiction* »²².

B) Singapour

8. Comme à Hong Kong, la loi sur l'arbitrage en vigueur à Singapour, l'*International Arbitration Act*, inspirée de la loi-type de la CNUDCI, ne reconnaît pas expressément l'effet négatif de la compétence-compétence, et se contente d'inviter le juge qui constate l'existence d'une convention d'arbitrage à renvoyer les parties à l'arbitrage à moins qu'il estime la convention d'arbitrage « *caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée* ».

Évoquant les solutions adoptées à Hong Kong et en Inde, les juges singapouriens ont considéré qu'ils devaient se contenter d'une analyse *prima facie* de l'existence, la validité ou l'étendue de la convention d'arbitrage.

9. La question s'est posée pour la première fois devant la *High Court* dans l'affaire *Dalian* en 2005. Saisie d'un appel de la décision de l'*Assistant Registrar* ayant fait droit à une demande de suspension d'une procédure au fond, la *High Court* était invitée à se prononcer sur la question de savoir si elle était compétente pour

²¹ Court of First Instance (Hong Kong), 14 janv. 2016, *Wing Bo Building Construction Co Ltd v. Discreet Ltd*, [2016] HKEC 99. V. également Court of First Instance (Hong Kong), 22 mars 2017, *Polytec Overseas Limited and Polytec Holdings International Ltd v. Grand Dragon International Holdings Company Ltd and Guangdong Longhao Group Company Ltd*, [2017] HKCFI 604.

²² Court of First Instance (Hong Kong), 18 mars 2016, *Wing Bo Building Construction Co Ltd v. Discreet Ltd*, [2017] 1 HKC.

déterminer si la demande reconventionnelle de compensation formée par la partie défenderesse était couverte par la clause compromissoire contenue dans le contrat de vente objet du litige. La *High Court* a considéré qu'elle était compétente pour statuer sur la question mais qu'en cas de doute, il lui revenait de suspendre la procédure et référer les parties à l'arbitrage :

*« I was of the view that I had jurisdiction to determine if the matter before the court was the subject of the arbitration agreement between the parties. However, if that issue was arguable in that the outcome was not clear to me, then I should stay the court proceedings »*²³.

La solution a également fait l'objet d'un *obiter dictum* remarqué dans un arrêt rendu par la *Court of Appeal* en 2009 dans l'affaire *Tjong Very Sumito*. La Cour a en effet considéré que :

*« A preliminary point which may sometimes arise (but which was not in issue before us) is whether the court has the jurisdiction to decide whether there is a matter which is the subject of the arbitration agreement. [...] We recognise that the principle of "kompetenz-kompetenz" encapsulated in Art 16 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ("Model Law") may be eroded if the courts take an expansive view of their role when such challenges arise. Unfortunately, there is no silver bullet that can resolve this tension and the best approach to resolving this conceptual difficulty is the robust application of judicial common sense, whilst always bearing in mind the limited role that the courts are expected to play in matters that appear to have been referred to arbitration. [...] We agree with the measured approach taken by Woo J [in Dalian] since the question of whether a matter is the subject of an arbitration agreement is the very threshold to the application of s 6 of the LAA itself. However, it is only in the clearest of cases that the court ought to make a ruling on the inapplicability of an arbitration agreement. [...] This ability to decide on its threshold jurisdiction works in much the same way as the court having the jurisdiction to determine whether an arbitration agreement is "null and void, inoperative or incapable of being performed" »*²⁴.

10. La jurisprudence ultérieure a donné au principe une portée plus large en l'appliquant aux situations dans lesquelles il était allégué qu'il n'existait aucune convention d'arbitrage.

²³ High Court (Singapour), 7 sept. 2005, *Dalian Hualiang Enterprise Group Co Ltd and another v. Louis Dreyfus Asia Pte Ltd*, [2005] SGHC 161.

²⁴ Court of Appeal (Singapour), 26 août 2009, *Tjong Very Sumito and others v Antig Investments Pte Ltd*, [2009] SGCA 41.

Dans l'affaire *Titan Unity*, de 2013, la *High Court* a pleinement reconnu l'effet négatif de la compétence-compétence²⁵.

Le litige concernait la livraison d'une cargaison de fuel-oil. La banque allemande Portigon, qui avait financé l'achat de la cargaison par la société Onsys et qui se présentait comme la véritable détentrice des connaissements correspondants, avait fait arrêter le navire *Titan Unity* au port de Singapour et formé une action contre le propriétaire du navire, Singapore Tankers, et contre l'affrètement, Oceanic, en raison de la livraison de la cargaison à des tiers sans présentation des connaissements. La société Oceanic a demandé la suspension de la procédure engagée à son encontre en invoquant la clause compromissoire contenue dans le contrat d'affrètement conclu avec la société Onsys. Oceanic soutenait que les connaissements incorporaient par référence le contrat d'affrètement ainsi que la convention d'arbitrage qui y était contenue. L'incorporation par référence du contrat d'affrètement était contestée par Portigon qui niait l'existence d'une convention d'arbitrage la liant à Oceanic.

Saisie de cette demande de suspension, la *High Court* a constaté que la section 6 de l'*International Arbitration Act* n'apportait aucune précision quant au degré de contrôle qu'elle devait exercer sur l'existence d'une convention d'arbitrage susceptible de justifier la suspension de la procédure.

Se fondant sur les travaux préparatoires de la loi-type de la CNUDCI – en particulier sur la suppression de l'article 17 qui autorisait les parties à saisir un juge étatique des contestations relatives à l'existence et la validité d'une convention d'arbitrage²⁶ –, elle a considéré qu'il était « *evident that the intention of the drafters of the Model Law was to accord primacy to the negative conception of the doctrine of Kompetenz-Kompetence, in so far as the arbitral tribunal will be given the priority ahead of the courts to decide whether there exists a valid arbitration agreement in the determination of the arbitral tribunal's own jurisdiction* ». Elle a ensuite constaté que ce principe avait été reconnu par la jurisprudence étrangère, notamment par des juridictions appliquant des lois inspirées de la loi-type, telles que Hong Kong et l'Inde.

La *High Court* a en outre estimé que la reconnaissance de l'effet négatif était conforme à l'esprit de l'*International Arbitration Act*, qui cherchait à centraliser le contrôle judiciaire de la compétence du tribunal arbitral postérieurement à la décision des arbitres sur leur propre compétence :

²⁵ High Court (Singapour), 19 déc. 2013, *The Titan Unity*, [2013] SGHCR 28. La décision a été rendue par l'*Assistant Registrar* de la *High Court* dont les décisions sont susceptibles d'un recours devant la *High Court* toute entière. Aucun appel n'a été formé contre la décision de l'*Assistant Registrar* dans cette affaire.

²⁶ V. à ce sujet F. Bachand, art. préc. *supra* note 9.

« It is evident that the statutory framework of the LAA defers the decision on the arbitral tribunal's jurisdiction to the arbitral tribunal itself – not to the extent where it is the sole arbiter of its own jurisdiction, but where it is the first arbiter of its own jurisdiction, with a recourse available for parties to bring that dispute on jurisdiction, which includes the determination of the existence of an arbitration agreement, to the courts only after having had the benefit of the arbitral tribunal's ruling on that question ».

La *High Court* a finalement conclu que, pour faire droit à la demande de suspension de la procédure, il lui suffisait de constater l'existence *prima facie* d'une convention d'arbitrage, sans opérer un examen approfondi des éléments de preuve invoqués par les parties :

« [T]here is no doubt that the court must be satisfied that an arbitration agreement exists before the jurisdiction to grant a stay pursuant to section 6 is invoked. However, it is clear from the analysis above that the court only needs to be satisfied that an arbitration agreement exists on a prima facie level for the purposes of establishing the first precondition under section 6(1). This first precondition will not be met only in the clearest and most obvious of cases. This is not to say that the court should accept prima facie evidence of an arbitration agreement when it is clearly inconsistent with undisputed documentary and contemporaneous evidence, nor should the court accept uncritically every fact placed on the affidavits in support of the stay application. Nevertheless, based on the aforementioned reasons, there is no need for the court to descend into a protracted examination of the evidence to make a finding on the merits that an arbitration agreement exists on a balance of probabilities at the stay stage ».

La *High Court* a eu l'opportunité de réitérer cette position un an plus tard dans l'affaire *FirstLink*, dans laquelle la validité d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de prestation de services de paiements en ligne était contestée. Tout en rappelant le raisonnement adopté dans l'affaire *Titan Unity*, la cour a observé que la section 6(2) de l'*International Arbitral Act* prévoit que la cour saisie de la demande de suspension doit faire droit à la demande « 'unless' the court is satisfied that the arbitration agreement is invalid ». Elle a considéré que cette formulation suggérait qu'il existait une présomption de validité de la convention d'arbitrage. Elle en a conclu que « it would consequently be sufficient for the purposes of a stay application that the court be satisfied of the agreement's validity on a prima facie basis without having to descend to a full review »²⁷.

²⁷ High Court (Singapour), 19 juin 2014, *FirstLink Investments Corp Ltd v GT Payment Pte Ltd and others*, [2014] SGHCR 12.

11. Une décision rendue par la *High Court* en 2014 dans l'affaire *Oei Hong-Leong* a pu faire douter de la détermination des juridictions de Singapour à faire une application inconditionnelle du principe.

Dans cette affaire, le demandeur avait investi dans des options de change sur la base de déclarations prétendument frauduleuses faites par des employés de la défenderesse, Goldman Sachs International. Ayant subi d'importantes pertes, M. Oei Hong Long a assigné en justice la défenderesse réclamant la réparation des dommages subis. En réponse, la défenderesse a demandé la suspension de la procédure sur le fondement de la clause compromissoire contenue dans le *Account Agreement Pack* conclu entre les parties. Pour s'opposer à la suspension de la procédure, le demandeur a fait valoir que l'objet du différend qui l'opposait à Goldman Sachs ne concernait pas cet *Account Agreement Pack* mais un second contrat le liant à Goldman Sachs, qui ne contenait aucune clause d'arbitrage mais une clause d'élection de for.

L'*Assistant Registrar* ayant fait droit à la demande de suspension, l'affaire a été portée devant la *High Court*. Non sans avoir rappelé qu'« [i]n a situation where there is only one contract containing an arbitration clause, I agree that the principle of kompetenz-kompetenz and the principle of judicial non-intervention are applicable », la Cour a semblé vouloir lui apporter une limite lorsque deux clauses contradictoires entrent en conflit.

12. La jurisprudence la plus récente a en revanche donné à l'effet négatif de la compétence-compétence une portée générale.

La *Court of Appeal* a tout d'abord confirmé la reconnaissance du principe de l'effet négatif dans l'affaire *Sim Chay Koon* en matière d'arbitrage interne. Elle a justement jugé que « *the existence and applicability of the doctrine [of kompetenz-kompetenz] means that as a general rule, where a party seeks to avoid its obligation to arbitrate its dispute, the court should undertake a restrained review of the facts and circumstances before it in order to determine whether it appears on a prima facie basis that there is an arbitration clause and that the dispute is caught by that clause* »²⁸.

La *High Court* a ensuite confirmé l'application du principe en matière d'arbitrage international dans l'affaire *Malini Ventura*. Dans cette affaire, l'authenticité de la signature apposée dans le contrat contenant la clause compromissoire invoquée était contestée²⁹. Dans ce contexte, la *High Court* a

²⁸ Court of Appeal (Singapour), 20 août 2015, *Sim Chay Koon and others v. NTUC Income Insurance Co-operative Limited*, [2015] SGCA 46.

²⁹ Dans cette affaire, la société Knight Capital avait accordé un prêt, garanti par une caution prétendument signée par l'actionnaire personne physique de l'emprunteur ainsi que par son épouse, Mme Ventura. En raison du défaut de remboursement du prêt, Knight Capital a introduit une procédure arbitrale devant la SIAC, en

d'abord rappelé que, dans le régime découlant de l'*International Arbitration Act*, « *the role of the court has been deliberately circumscribed so as to promote the efficiency and speediness of the arbitral process* » et que « *under the regime established by the Model Law, generally the court's consideration of whether an arbitration tribunal has jurisdiction or not must come after the tribunal's own examination of the issue* »³⁰.

La Cour a ensuite rejeté l'argument de la demanderesse selon lequel l'existence même du contrat et de la clause d'arbitrage étant contestée, l'effet négatif de la compétence-compétence devait être écarté. La *High Court* a en effet jugé que :

« The regime in force here gives primacy to the tribunal although, of course, the court still has an important role to play. If I were to hold that, in a situation where the conclusion of the arbitration agreement is in issue, the jurisdiction in s 6(2) to stay the court proceedings would not bite unless I could conclude, on the basis of the usual civil standard, that the arbitration agreement had been entered into, I would be imposing too high a burden on the party seeking the implementation of the arbitration agreement. I consider that it would satisfy the rights of both parties if the party applying for the stay was able to show on a prima facie basis that the arbitration agreement existed. The matter would then go to the tribunal to decide whether such existence could be established on the usual civil standard and then, if any party was dissatisfied with the tribunal's decision, such party could come back to the court for the last say on the issue.

[...]

Whilst I recognise that there is some degree of logical discomfort in the notion that an arbitral tribunal can be given authority to decide on its jurisdiction when it may end up deciding that because one party did not sign it, no arbitration agreement ever existed and therefore in fact the tribunal had no authority to decide the question, I think that having accepted and given effect to the principle of "kompetenz-kompetenz" for so many years we must disregard that discomfort. Otherwise we may find ourselves drawing finer and finer distinctions between situations in which the principle applies and situations in which it does not ».

Cette solution a été confirmée par l'arrêt *Tomolugen* rendu par la *Court of Appeal*. La question litigieuse portait sur l'arbitrabilité de litiges concernant un éventuel abus

application de la clause d'arbitrage contenue dans le contrat de cautionnement. Devant le tribunal arbitral, Mme Ventura a contesté l'authenticité de sa signature qui apparaissait dans le contrat de cautionnement. Elle a ensuite introduit une action déclaratoire devant les tribunaux singapouriens pour qu'il soit constaté qu'elle n'avait pas conclu de convention d'arbitrage avec Knight Capital. Le même jour, elle a demandé aux tribunaux singapouriens d'ordonner la suspension de la procédure arbitrale. La banque, défenderesse dans ces procédures, a demandé leur suspension en vertu de l'article 6 de l'*International Arbitration Act*.

³⁰ High Court (Singapour), 27 août 2015, *Malini Ventura v Knight Capital Pte Ltd and others*, [2015] SGHC 225.

de majorité au sein d'une société³¹. Saisie en appel, la *Court of Appeal* a jugé qu'elle devait se limiter à réaliser un examen *prima facie* des questions dont elle était saisie. Elle a en effet considéré que la position contraire, supposant un examen approfondi de l'existence, de la validité et de l'applicabilité de la convention d'arbitrage, reviendrait à vider de toute réalité concrète le principe compétence-compétence :

« [T]o require the court, on a stay application under s. 6 of the LAA, to undertake a full determination of an arbitral tribunal's jurisdiction could significantly hollow the kompetenz-kompetenz principle of its practical effect. The full merits approach has the potential to reduce an arbitral tribunal's kompetenz-kompetenz to a contingency dependent on the strategic choices of the claimant in a putative arbitration »³².

La *Court of Appeal* a ensuite précisé les contours de la mission du juge saisi du fond du litige en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage :

« In our judgment, a court hearing such a stay application should grant a stay in favour of arbitration if the applicant is able to establish a *prima facie* case that:

(a) there is a valid arbitration agreement between the parties to the court proceedings; (b) the dispute in the court proceedings (or any part thereof) falls within the scope of the arbitration agreement; and (c) the arbitration agreement is not null and void, inoperative or incapable of being performed.

Once this burden has been discharged by the party applying for a stay, the court should grant a stay and defer the actual determination of the arbitral tribunal's jurisdiction to the tribunal itself. The court will only refuse to grant a stay when it is clear on the evidence placed before it that one or more of the above three requirements have not been satisfied. The arbitral tribunal's determination of its jurisdiction will nonetheless remain subject to overriding court supervision in the form of an appeal under s 10(3) of the LAA against the arbitral tribunal's jurisdictional ruling, or in proceedings for setting aside or refusing enforcement of the award rendered by the arbitral tribunal ».

³¹ Le litige concernait de prétendus abus de majorité au sein de la société AMRG. Une des défenderesses avait demandé la suspension de la procédure en se fondant sur la convention d'arbitrage contenue dans un contrat de vente de ses actions dans AMRG conclu avec la demanderesse. En première instance, la *High Court* a considéré que la portée de la convention d'arbitrage était suffisamment large pour couvrir des demandes pour abus de majorité et que certaines des demandes présentaient un lien suffisant avec le contrat de vente d'actions pour être couvertes par la convention d'arbitrage qu'il contenait. La demande de suspension avait toutefois été rejetée en raison de la non arbitrabilité du litige.

³² Court of Appeal (Singapour), 26 oct. 2015, *Tomolugen Holdings Ltd and another v Silica Investors Ltd and other appeals*, [2015] SGCA 57.

13. Cette jurisprudence ne laisse place à aucune ambiguïté sur le fait que l'effet négatif de la compétence-compétence est pleinement consacré par le droit de l'arbitrage de Singapour.

C) Les Philippines

14. La politique volontariste du Gouvernement philippin en faveur de l'arbitrage s'est traduite par l'adoption d'une loi sur les modes alternatifs de règlement des différends en 2004³³. Cependant, là encore, l'ambiguïté de la loi-type de la CNUDCI s'est retrouvée à l'article 24 de la loi de 2004 sur la réaction devant être adoptée par une juridiction étatique saisie d'une demande au fond en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage³⁴.

15. C'est à la Cour suprême du pays qu'il a incombé de consacrer très clairement l'effet négatif de la compétence-compétence en droit philippin. Elle ne l'a pas fait à l'occasion d'une affaire déterminée mais en application de la possibilité qui lui a été accordée par la loi de 2004 d'adopter un « Règlement spécial des tribunaux sur les modes alternatifs de règlement des litiges »³⁵, ce qu'elle a fait en septembre 2009. L'objectif de ce Règlement est de fixer la procédure applicable aux recours susceptibles d'être formés devant les juridictions philippines, dans leur rôle de juge d'appui de la procédure arbitrale ou de juge du contrôle de la sentence et de fournir aux magistrats philippins des critères applicables dans ces matières³⁶. Cet ensemble de règles est contraignant et s'impose à toutes les juridictions inférieures³⁷.

³³ V. *Republic Act No. 9285* du 2 avr. 2004, « *Act to institutionalize the use of an alternative dispute resolution system in the Philippines and to establish the Office for alternative dispute resolution, and for other purposes* ». Son article 2 déclare : « *It is hereby declared the policy of the State to actively promote party autonomy in the resolution of disputes or the freedom of the party to make their own arrangements to resolve their disputes. Towards this end, the State shall encourage and actively promote the use of Alternative Dispute Resolution (ADR) as an important means to achieve speedy and impartial justice and declog court dockets. As such, the State shall provide means for the use of ADR as an efficient tool and an alternative procedure for the resolution of appropriate cases. Likewise, the State shall enlist active private sector participation in the settlement of disputes through ADR* ». V. également, sur l'affirmation par la jurisprudence selon laquelle l'arbitrage est « *la voie de l'avenir* », Supreme Court (Philippines), 27 mars 1998, *BF Corporation v. Court of Appeals*, G.R. No. 120105 ; Supreme Court (Philippines), 13 déc. 1999, *Heirs of Augusto Salas v. Laperal Realty Corp.*, G.R. No. 135362 ; Supreme Court (Philippines), 26 mars 2003, *LM Power Eng'g v. Capitol Indus. Constr. Groups*, G.R. No. 141833.

³⁴ V. *supra* §§ 4 et 8.

³⁵ V. l'article 2 de la loi.

³⁶ V. sur le sujet E. Lizares, *Arbitration in the Philippines under the Alternative Dispute Resolution Act of 2004*, R.A. 9285, 2^{ème} éd., 2011, pp. 12 et s.

³⁷ V. l'article 2.1 des « *Special Rules of Court on Alternative Dispute Resolution* », 1^{er} sept. 2009, A.M. No. 07-11-08-SC.

Comme l'a souligné un auteur, « [o]ne of the most significant and important features of the Special ADR Rules is the manner in which the Supreme Court has implemented the competence-competence principle embodied in Article 16 of the Model Law »³⁸. En effet, le Règlement ne se contente pas de rappeler que les arbitres sont compétents pour statuer sur leur propre compétence³⁹, il reconnaît également expressément l'effet négatif de la compétence-compétence, en imposant un devoir de réserve aux juridictions philippines et en limitant leur contrôle de l'existence et de la validité de la convention d'arbitrage à un simple examen *prima facie*. L'article 2.4 du Règlement (*Policy implementing competence-competence principle*) prévoit ainsi que :

« The arbitral tribunal shall be accorded the first opportunity or competence to rule on the issue of whether or not it has the competence or jurisdiction to decide a dispute submitted to it for decision, including any objection with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. When a court is asked to rule upon issue/s affecting the competence or jurisdiction of an arbitral tribunal in a dispute brought before it, either before or after the arbitral tribunal is constituted, the court must exercise judicial restraint and defer to the competence or jurisdiction of the arbitral tribunal by allowing the arbitral tribunal the first opportunity to rule upon such issues.

Where the court is asked to make a determination of whether the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, under this policy of judicial restraint, the court must make no more than a prima facie determination of that issue.

Unless the court, pursuant to such prima facie determination, concludes that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed, the court must suspend the action before it and refer the parties to arbitration pursuant to the arbitration agreement ».

L'article 3.11 manifeste également une faveur à l'arbitrage, en prévoyant qu'aucun recours n'est possible contre la décision d'une juridiction philippine reconnaissant *prima facie* l'existence, la validité et l'applicabilité d'une convention d'arbitrage, tout en permettant un recours à l'encontre des décisions admettant l'inexistence, la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage⁴⁰.

³⁸ E. Lizares, *op. cit.*, p. 13.

³⁹ V. l'article 2.2 du Règlement : « *Policy on Arbitration [...] The Special ADR Rules recognize the principle of competence-competence, which means that the arbitral tribunal may initially rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement or any condition precedent to the filing of a request for arbitration* ».

⁴⁰ E. Lizares, *op. cit.*, pp. 212-213.

Reconnaissant que l'effet négatif de la compétence-compétence ne constitue qu'une règle de priorité en faveur du tribunal arbitral, l'article 3.11 du Règlement prévoit également que :

« Such prima facie determination will not, however, prejudice the right of any party to raise the issue of the existence, validity and enforceability of the arbitration agreement before the arbitral tribunal or the court in an action to vacate or set aside the arbitral award. In the latter case, the court's review of the arbitral tribunal's ruling upholding the existence, validity or enforceability of the arbitration agreement shall no longer be limited to a mere prima facie determination of such issue or issues as prescribed in this Rule, but shall be a full review of such issue or issues with due regard, however, to the standard for review for arbitral awards prescribed in these Special ADR Rules ».

16. Dans la même veine, la Cour suprême des Philippines a rappelé par un *obiter dictum* en 2016 que « *judicial restraint should be exercised pursuant to the competence-competence principle embodied in Rule 2.4 of the Special Rules of Court on Alternative Dispute Resolution* »⁴¹.

II. LES PROGRÈS DE L'EFFET NÉGATIF EN AMÉRIQUE LATINE

17. En Amérique latine, l'effet négatif de la compétence-compétence est reconnu au Venezuela (A), en Argentine (B) et en Colombie (C), notamment⁴².

A) Venezuela

18. Le Venezuela est probablement le pays d'Amérique latine qui a reconnu l'effet négatif de la compétence-compétence de la façon la plus claire. Cette reconnaissance est, comme c'est souvent le cas, l'œuvre de la jurisprudence. La loi sur l'arbitrage commercial en vigueur au Venezuela accorde expressément aux

⁴¹ Supreme Court, Second Division (Philippines), 7 déc. 2016, *Luzon Iron Development Group Corporation and Consolidated Iron Sands Ltd. v. Bridestone Mining and Development Corporation and Anaconda Mining and Development Corporation*, G.R. n° 220546.

⁴² V. à ce sujet E. Gaillard, « América Latina: De la negativa a la competencia del tribunal arbitral al efecto negativo del principio de competencia-competencia », in *Arbitraje Internacional pasado, presente y futuro, Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains, Tomo II*, Editorial Grández Gráficos S.A.C., Perú, 2013, p. 845 ; Y. Banifatemi, « La regla de prioridad: ¿Una prioridad en América Latina? », in *Cuestiones claves del arbitraje internacional* (E. Gaillard et D. Fernández Arroyo, dir.), CEDEP/UR, 2013, p. 81.

tribunaux arbitraux la compétence pour se prononcer sur leur propre compétence⁴³, mais ne contient aucune disposition imposant au juge saisi du fond d'un litige couvert par une convention d'arbitrage de renvoyer les parties à l'arbitrage. L'article II(3) de la Convention de New York incorporée dans l'ordre juridique vénézuélien par une loi de 1994⁴⁴ comble cette lacune, mais ne précise pas le degré de contrôle que doivent appliquer les juges confrontés à une contestation relative à l'existence, la validité ou l'étendue de la convention d'arbitrage.

Ces dispositions doivent être interprétées à la lumière de la faveur à l'arbitrage reflétée dans la Constitution du Venezuela de 1999. Celle-ci reconnaît en effet la légitimité des modes alternatifs de résolution des différends et confie au législateur la mission de les promouvoir⁴⁵. La Chambre constitutionnelle de la Cour suprême du Venezuela a déduit de cette protection constitutionnelle les principes de coopération et de subsidiarité imposant au juge étatique un devoir de réserve à l'égard de l'activité juridictionnelle conférée aux arbitres⁴⁶.

C'est sur le fondement de ces principes que la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême du Venezuela a jugé en 2010 dans l'affaire *Astivenca Astilleros* que l'appréciation par le juge saisi du fond du litige de l'éventuelle nullité, du caractère inopérant ou insusceptible d'être exécuté de la convention d'arbitrage invoquée par l'une des parties devait se limiter à un examen *prima facie*⁴⁷.

La question était de savoir si, en contestant les mesures d'exécution prises par Astivenca sans invoquer la clause compromissoire contenue dans le contrat la liant à celle-ci, la société Oceanlik avait tacitement renoncé à la possibilité de se prévaloir de cette clause. Le juge de première instance et la Chambre politico-administrative de la Cour suprême avaient répondu par la négative et renvoyé les parties à l'arbitrage. Saisie d'un recours en révision de l'arrêt rendu par la Chambre

⁴³ V. les articles 7 et 25 de la loi sur l'arbitrage commercial publiée à la *Gaceta Oficial* n° 36.430 du 7 avr. 1998.

⁴⁴ Publiée à la *Gaceta Oficial* n° 4832 du 29 déc. 1994.

⁴⁵ V. les articles 253 et 258 de la Constitution de 1999 de la République bolivarienne du Venezuela. V. sur le sujet, H. Díaz-Candia, « Non recognition of kompetenz-kompetenz in developing countries », *Journal of International Arbitration*, 2007.25.

⁴⁶ V. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (Venezuela), 5 oct. 2000, *Héctor Luis Quintero Toledo*, n° 1.139/00 ; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (Venezuela), 17 oct. 2008, n° 1.541/08.

⁴⁷ V. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional (Venezuela), 3 nov. 2010, *Astivenca Astilleros de Venezuela C.A. v. Oceanlink Offshore III AS*. Cette décision a mis fin à une jurisprudence en sens contraire de la Chambre politico-administrative de la Cour Suprême : v. par ex. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa (Venezuela), 7 déc. 2006, *Tanning Research Laboratories, Inc. v. Hawaiian Tropic de Venezuela C.A.*

politico-administrative de la Cour suprême, la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême a tout d'abord rappelé que le principe compétence-compétence présentait deux facettes :

« [L]e principe compétence-compétence permet au Tribunal arbitral de se prononcer sur sa propre compétence (indépendamment de ce que déciderait un juge étatique), y compris sur les [contestations] relatives à l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ; par conséquent il est possible d'affirmer que le principe présente deux facettes, sa perspective positive, c'est-à-dire le pouvoir des arbitres de statuer sur leur propre compétence y compris sur des questions relatives à la validité ou l'existence de la convention d'arbitrage (v. g. Articles 7 et 25 de la Loi d'Arbitrage Commercial), ou son aspect négatif, selon lequel les tribunaux [étatiques] doivent s'abstenir de se prononcer en parallèle et avec le même degré d'analyse que les arbitres sur la validité, l'efficacité ou l'applicabilité [de la convention d'arbitrage] (v.g. Article II(3) de la Loi approuvant la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères) ».

Rappelant que le principe compétence-compétence était reconnu en droit vénézuélien, la Chambre constitutionnelle a considéré que la seule question litigieuse était celle du degré de contrôle de l'existence, la validité ou l'étendue d'une convention d'arbitrage que devaient appliquer les juges étatiques saisis d'un litige au fond avant de renvoyer les parties à l'arbitrage.

Sur ce point, la Chambre constitutionnelle a reconnu qu'il existe en droit comparé deux courants, l'un prônant un contrôle immédiat et approfondi de la convention d'arbitrage, l'autre, inspiré du droit français et présenté comme « désormais majoritaire », qui limite le contrôle judiciaire à un examen *prima facie*, limité à la constatation de l'absence de nullité manifeste de la convention d'arbitrage.

La Chambre constitutionnelle a ensuite constaté que l'examen *prima facie* avait été adopté en Suisse, au Canada, à Hong Kong et en Inde, avant d'estimer que le Venezuela devait s'inscrire dans cette tradition. La solution se justifie, selon la Cour suprême, non seulement d'un point de vue conceptuel – en raison de la reconnaissance, en droit vénézuélien, du principe compétence-compétence et des principes de coordination et de subsidiarité – mais également d'un point de vue pratique en raison de l'existence d'un contrôle ultérieur de la compétence du tribunal arbitral au stade du contentieux de l'annulation ou de l'exécution de la sentence.

La Chambre constitutionnelle a en outre estimé que la Convention de New York devait être interprétée à la lumière des principes posés par la Constitution

vénézuélienne et qu'en conséquence son article II(3) devait être lu comme commandant « non la réalisation d'un examen au fond et détaillé de la convention d'arbitrage, mais une vérification '*prima facie*', formelle, préliminaire ou sommaire des conditions de validité, efficacité et applicabilité de la clause compromissoire, raison pour laquelle les juges du pouvoir judiciaire, en l'absence de nullité, inefficacité ou inapplicabilité manifeste, doivent renvoyer à l'arbitrage les litiges desquels ils sont saisis ».

La Cour a précisé les contours de l'examen *prima facie* à appliquer : lorsqu'elles procèdent à un examen *prima facie*, les juridictions vénézuéliennes doivent se contenter d'apprécier s'il existe une convention d'arbitrage écrite, sans analyser la question de savoir si les parties ont consenti à l'arbitrage (c'est-à-dire sans trancher les contestations relatives à l'existence d'éventuels vices de consentement) ni l'arbitrabilité du litige.

19. La solution adoptée par la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême s'impose aux juridictions inférieures. Depuis lors, lorsqu'elles sont saisies de litiges couverts par une convention d'arbitrage, les juridictions vénézuéliennes s'en tiennent à un examen *prima facie* de la convention d'arbitrage⁴⁸.

La reconnaissance de l'effet négatif de la compétence-compétence a été confirmée par la jurisprudence récente de la Chambre politico-administrative de la Cour suprême du Venezuela. Ainsi, par exemple, par arrêt du 9 mars 2016, cette juridiction a rappelé qu'« au regard des relations de coordination et de subsidiarité des organes du pouvoir judiciaire à l'égard du système d'arbitrage, [...] les organes du Pouvoir judiciaire peuvent uniquement réaliser un examen ou vérification préliminaires de la convention d'arbitrage, qui doit être limité à la constatation du caractère écrit de la convention d'arbitrage étant exclue toute analyse liée au consentement qui peut dériver d'une telle clause »⁴⁹.

B) Argentine

20. Avant l'entrée en vigueur du nouveau Code civil et commercial en août 2015, seuls les aspects procéduraux de l'arbitrage étaient réglementés par la loi argentine. Conformément à la division des compétences prévue par le système

⁴⁸ V. en ce sens par ex. Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de Caracas (Venezuela), 8 juill. 2011, *Trevi Cimentaciones C.A. v. Constructora Surco C.A.*

⁴⁹ V. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa (Venezuela), 9 mars 2016, *Banco de Venezuela S.A., Banco Universal s/ fideicomiso constituido por Sudamtex de Venezuela C.A.* V. également Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa (Venezuela), 25 mai 2011, *Inversiones Gerenciales Medicas, C.A. - Ingermed & others v. Constructora Norberto Odebrecht S.A.*

fédéral argentin, le code de procédure civile de chaque province contenait en conséquence des dispositions à ce sujet. Aucun de ces codes ne reconnaissait expressément le principe de compétence-compétence, même dans sa facette positive.

Les juridictions argentines ont comblé cette lacune, en consacrant le principe tant dans son effet positif que dans son effet négatif. À Buenos Aires par exemple, la Cour nationale d'appel en matière commerciale⁵⁰ a estimé en 2009, dans l'affaire *Harz Und Derivate*, que :

« On voit qu'il existe un principe selon lequel il incombe au tribunal arbitral de se prononcer sur sa propre compétence ; [il s'agit d'une] règle essentielle en la matière appelée 'compétence-compétence' et dont l'effet positif s'étend sur deux plans, permettant au tribunal arbitral de se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage et sur la question de savoir si le litige est couvert ou non par la convention d'arbitrage. Cette décision est l'objet d'un contrôle judiciaire ultérieur, la règle n'attribuant pas une compétence exclusive au tribunal arbitral, mais une priorité pour décider de sa compétence [...] »⁵¹.

Dans l'affaire *Carlos Neudorfer v. Club Atlético River Plate* de 2015, cette même juridiction a considéré qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur les contestations relatives à la compétence des tribunaux arbitraux de l'Association argentine de football (AFA) et de la FIFA. En l'espèce, le club de football River Plate avait accordé à un joueur le droit de percevoir 20% du produit de son éventuel transfert. Le joueur avait cédé ses droits à un autre club, qui les avait ensuite cédés à M. Carlos Neudorfer. M. Neudorfer ayant saisi les juges argentins d'un différend survenu avec le club River Plate, ce dernier a soulevé une exception d'incompétence des juges étatiques fondée sur la clause compromissoire contenue dans le contrat conclu avec le joueur de football. M. Neudorfer soutenait, en réponse, que les tribunaux de l'AFA et de la FIFA n'étaient pas compétents pour statuer sur le litige, compte tenu de l'objet de celui-ci et des personnes concernées. Par arrêt du 8 septembre 2015, la Cour nationale d'appel en matière commerciale a confirmé la décision du juge de première instance de se déclarer incompétent et de renvoyer les parties à l'arbitrage :

⁵⁰ La compétence territoriale de la Cour nationale d'appel s'étend à la Ville autonome de Buenos Aires.

⁵¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D (Argentine), 28 oct. 2009, *Harz Und Derivate v. Akzo Novel Coating S.A.*

« [U]ne fois reconnue l'existence d'une convention d'arbitrage, empiéter sur la compétence du tribunal [arbitral] et déterminer si le demandeur est habilité à recourir aux tribunaux de la AFA/FIFA implique de s'aventurer dans une matière dans laquelle cette Chambre ne peut pas émettre d'opinion, dans la mesure où rentre en jeu le principe de '*kompetenz-kompetenz*' selon lequel le tribunal [arbitral] doit être, dans tous les cas, celui qui doit [...] entendre et résoudre les contestations relatives à sa propre compétence et, le cas échéant, faire droit aux arguments du requérant et renvoyer les parties devant le juge étatique »⁵².

21. L'entrée en vigueur en 2015 du nouveau Code civil et commercial applicable sur tout le territoire argentin, qui consacre un chapitre à la « convention d'arbitrage », est venue compléter le droit de l'arbitrage argentin⁵³. Ce Code consacre expressément le principe compétence-compétence dans ses deux aspects. L'article 1654 prévoit que « [s]auf stipulation [contractuelle] contraire, la convention d'arbitrage accorde aux arbitres l'aptitude pour décider sur leur propre compétence, y compris sur les objections relatives à l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou sur n'importe quelle autre objection qui empêcherait de rentrer dans le débat au fond »⁵⁴. L'effet négatif de la compétence-compétence est pour sa part reconnu par l'article 1656 (alinéas 1 et 2) qui prévoit que :

« La convention d'arbitrage oblige les parties à respecter ce qui a été stipulé et exclut la compétence des tribunaux judiciaires sur les litiges soumis à arbitrage, sauf lorsque le tribunal arbitral n'a pas encore été saisi et que la convention apparaît comme étant manifestement nulle ou inapplicable.

En cas de doute, il convient de donner la plus grande efficacité à la convention d'arbitrage »⁵⁵.

⁵² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A (Argentine), 8 septembre 2015, *Carlos Neudorfer v. Club Atlético River Plate*.

⁵³ Les chapitres sur l'arbitrage des codes de procédure civile n'ayant pas été abrogés, ce code complète le régime antérieur.

⁵⁴ Texte original : « *Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje otorga a los árbitros la atribución para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia* ».

⁵⁵ Texte original : « *Efectos. Revisión de los laudos arbitrales. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifestamente nulo o inaplicable.*

En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje [...] ».

22. Ces nouvelles dispositions ont été appliquées en 2016 par la Cour nationale d'appel en matière commerciale dans l'affaire *Ctibor*.

La société Ctibor avait saisi les juges argentins d'une demande de nomination des arbitres en application de la clause compromissoire contenue dans les contrats d'occupation et d'usufruit d'un immeuble qu'elle avait conclus avec la société Wal-mart Argentina. Cette dernière ne contestait pas l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage mais s'opposait à la constitution du tribunal arbitral en soutenant que le litige n'était pas arbitrable car il portait sur des matières d'ordre public. Le juge de première instance ayant ordonné la mise en place du tribunal arbitral, Wal-mart a saisi en appel la Cour nationale d'appel en matière commerciale. La Cour d'appel a tout d'abord estimé que, même si la convention d'arbitrage avait été conclue avant l'entrée en vigueur du nouveau Code, les dispositions de celui-ci étaient applicables à l'affaire.

Elle a ensuite estimé que l'article 1654 consacrait le principe général de la compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa compétence, qui supposait nécessairement l'incompétence des juges étatiques pour se prononcer sur la question avant que le tribunal arbitral ne se soit lui-même prononcé. Elle a ainsi considéré que l'article 1656 posait une exception à la règle de priorité en faveur de l'arbitre, en permettant aux juges étatiques de se prononcer sur la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, à condition que le tribunal arbitral ne soit pas encore saisi du litige :

« À mon sens, il est clair que le nouveau code unifié donne la priorité à la validité et à l'autonomie de la convention d'arbitrage dans la mesure où, en plus d'exiger que la convention d'arbitrage soit 'manifestement nulle ou inapplicable' pour qu'elle puisse être écartée judiciairement, l'article 1656 prévoit également qu'en cas de doute il convient de donner 'la plus grande efficacité à la convention d'arbitrage'.

[...] Je considère ainsi que le législateur a consacré clairement la règle 'compétence-compétence' comme principe général en la matière. [...]

À partir de cette prémisse, il convient d'interpréter l'article 1656 comme une exception à la règle qui ne s'applique que dans la situation particulière décrite : d'un point de vue temporel, lorsque le tribunal arbitral n'a pas encore été constitué ; et du point de vue de la convention d'arbitrage, lorsque celle-ci est 'manifestement nulle ou inapplicable'.

Il n'est possible d'avoir accès à la voie clairement exceptionnelle prévue à l'article 1656 que lorsque la nullité ou l'inapplicabilité de la clause compromissoire est claire (dirai-je [lorsque la clause compromissoire est] grossièrement viciée ou inapplicable).

Il nous semble qu'il s'agit d'une solution visant, substantiellement, une économie procédurale, en permettant l'intromission anticipée des tribunaux étatiques afin d'éviter qu'un arbitrage ne progresse alors qu'il est fatalement condamné à l'échec.

Mais, comme l'indique expressément l'article 1656, l'invalidité ou l'inapplicabilité de la clause compromissoire doit être évidente ; le cas contraire, la question de compétence devra être résolue conformément au principe général reflété dans l'article 1654, qui exige de continuer avec la constitution du tribunal arbitral et de soulever devant lui toutes les objections des parties relatives à la convention d'arbitrage ou à l'aptitude du tribunal arbitral de statuer sur l'un des points qui lui sont soumis »⁵⁶.

C) Colombie

23. Tout comme en Argentine, en Colombie, la reconnaissance de l'effet négatif de la compétence-compétence été d'abord été l'œuvre de la jurisprudence, avant d'être consacrée par la loi.

Avant sa réforme en 2012, le droit de l'arbitrage colombien n'apportait aucune précision sur l'attitude que devaient adopter les juges étatiques saisis de constatations relatives à l'existence, la validité ou l'étendue d'une convention d'arbitrage⁵⁷. Cela n'avait pas empêché la Cour constitutionnelle de consacrer l'effet négatif de la compétence-compétence dans un arrêt du 14 mars 2007 :

« Le principe [de compétence-compétence] est clairement reconnu dans l'ordre juridique colombien. En effet, l'article 147 (2) du Décret 1818 de 1998 [...], prévoit que lors de la première audience, 'le Tribunal se prononcera sur sa propre compétence [...]. Cette compétence fondamentale n'implique bien évidemment pas que les arbitres soient les seuls juges habilités à établir la

⁵⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 20 déc. 2016 (Argentine), *Francisco Citibor S.A.C.I v. Wall-Mart Argentina S.R.L.*, n° 85399/2014.

⁵⁷ V. à ce sujet Y. Banifatemi, « La regla de prioridad: ¿Una prioridad en América Latina? », in *Cuestiones claves del arbitraje internacional* (E. Gaillard et D. Fernández Arroyo, dir.), CEDEP/UR, 2013, pp. 81 et s., spéc. pp. 93-94.

portée de leur compétence. Les décisions du tribunal arbitral sur sa propre compétence peuvent également faire l'objet de recours judiciaires, tel que le recours en annulation [...]. [L]e principe de *kompetenz-kompetenz* permet ainsi aux arbitres d'être les premiers juges de leur propre compétence, préalablement à toute instance judiciaire introduite par les parties »⁵⁸.

24. Entrée en vigueur en 2012, la loi n° 1563 portant « statut de l'arbitrage interne et international » consacre expressément la priorité donnée aux arbitres pour se prononcer sur leur propre compétence.

L'article 70 de la loi, applicable en matière d'arbitrage international, prévoit en effet que « [l']autorité judiciaire saisie d'un litige portant sur une question qui fait l'objet d'une convention d'arbitrage devra renvoyer les parties à l'arbitrage, si l'une d'entre elles le demande au plus tard au moment de déposer ses conclusions en réponse »⁵⁹ et l'article 67 limite l'intervention des autorités judiciaires aux cas expressément prévus par la loi. Il ressort d'une lecture conjointe de ces articles que les juges colombiens ne sont pas habilités à se prononcer, même de manière *prima facie*, sur les contestations relatives à la validité ou à l'étendue d'une convention d'arbitrage.

Cette règle absolue de priorité en faveur de l'arbitre est confirmée par l'article 79 de la loi qui prévoit que, sans préjudice des recours disponibles contre la décision du tribunal arbitral, « [l]e tribunal arbitral est le seul compétent pour décider de sa propre compétence, y compris sur les objections relatives à l'inexistence, la nullité, le caractère annulable, l'invalidité ou l'inefficacité de la convention d'arbitrage ou sur n'importe quelle autre objection qui empêcherait de rentrer dans le débat au fond. Sont également comprises les objections de prescription, de caducité, de chose jugée, et n'importe quelle autre qui a pour objet d'empêcher la poursuite de l'activité arbitrale »⁶⁰.

Si on peut y lire une preuve de la confiance que le droit colombien accorde à l'arbitrage, cette forme absolue de l'effet négatif – que l'on retrouve également

⁵⁸ Corte Constitucional (Colombie), 14 mars 2007, Sentencia de Unificación No. 174/07.

⁵⁹ Texte original : « Artículo 70. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante una autoridad judicial. La autoridad judicial a la que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en la oportunidad para la contestación de la demanda ».

⁶⁰ Texte original : « Artículo 79. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquiera otra que tenga por objeto impedir la continuación de la actuación arbitral ».

dans les arbitrages se déroulant sous l'égide de la Cour commune de justice et d'arbitrage⁶¹ – présente l'inconvénient de contraindre les parties à recourir à l'arbitrage même lorsque celui-ci est manifestement voué à l'échec. Il est, selon nous, préférable, dans l'hypothèse dans laquelle aucun tribunal arbitral n'est encore saisi, de permettre aux juges étatiques de constater la nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage et de se saisir directement du litige.

25. La Cour constitutionnelle de Colombie a confirmé que la loi consacrait l'effet négatif de la compétence-compétence, accordant une priorité à l'arbitre pour se prononcer sur sa propre compétence, dans l'affaire *Sociedad Representaciones Santa María S. en C.* de 2013. La Cour était saisie d'un recours en révision à l'encontre d'un arrêt annulant une sentence au motif que le tribunal s'était déclaré compétent en dépit de l'existence d'une transaction ayant mis fin au litige. La Cour a estimé que :

« La doctrine internationale a identifié un effet positif et un corolaire négatif du principe de compétence-compétence. [...] »

L'effet négatif du principe *Kompetenz-Kompetenz* d'un point de vue théorique, est une conséquence logique de son effet positif. Ainsi, si la faculté des arbitres de se prononcer en priorité sur leur propre compétence est reconnue, l'ingérence des juges étatiques doit être limitée pour éviter que ceux-ci n'analysent la compétence arbitrale en empêchant les arbitres de se prononcer sur le sujet. L'objectif principal de l'effet négatif est de limiter l'utilisation de tactiques dilatoires, afin d'éviter qu'une partie n'ait recours à des procédures judiciaires parallèles à l'arbitrage. Si on accepte que le tribunal arbitral suspende la procédure arbitrale jusqu'à ce que le juge se prononce, l'arbitrage serait relégué au second rang, en contravention avec la volonté originale des parties, qui seraient contraintes à recourir au juge étatique avant de porter le litige devant les arbitres ».

Après avoir rappelé la jurisprudence antérieure à la réforme de 2012, la Cour a considéré qu'« avec la promulgation de la Loi n° 1563 de 2012 [...] le principe de *Kompetenz-Kompetenz* s'est développé de manière plus complète ». La Cour a en effet analysé les articles 67, 70 et 79 de la loi avant de conclure que :

« De l'analyse conjointe de ces trois articles, il est possible de déduire que la loi accorde une confiance absolue et prioritaire aux arbitres pour se prononcer

⁶¹ V. *infra*, § 29.

sur leur propre compétence, ce qui justifie le fait que le juge n'ait pas la faculté de vérifier si la convention d'arbitrage est nulle, inefficace ou non susceptible d'être exécutée. Ainsi, les juges doivent s'abstenir de toute ingérence dans la détermination de la compétence des arbitres tant qu'une décision arbitrale sur ce point n'a pas été rendue »⁶².

La règle de priorité en faveur de l'arbitre a été consacrée en 2014 par la Cour constitutionnelle qui a estimé que « [...] toute contestation relative à la compétence du tribunal arbitral doit être soulevée, en premier lieu, devant le propre tribunal arbitral, qui est chargé de se prononcer sur le sujet »⁶³. Cette solution a encore été rappelée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 17 avril 2015 dans l'affaire *Liberty Seguros*⁶⁴.

III. LES PROGRÈS DE L'EFFET NÉGATIF EN AFRIQUE

26. En Afrique du Nord, l'effet négatif de la compétence-compétence est expressément reconnu par les lois sur l'arbitrage en Tunisie⁶⁵ au Maroc⁶⁶ et, à

⁶² V. Corte Constitucional, 7^{ème} Chambre (Colombie), 20 mai 2013, *Sociedad Representaciones Santa María S. en C. v. Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá*, arrêt n° T-288. Cet arrêt, qui confirmait l'arrêt de la cour d'appel annulant la sentence arbitrale, a été annulé par la Cour constitutionnelle siégeant en assemblée plénière pour des raisons autres que la reconnaissance de l'effet négatif de la compétence-compétence (v. Acte n° 588/16 du 30 nov. 2016 de l'Assemblée plénière de la Cour constitutionnelle). L'Assemblée plénière a confirmé la consécration du principe compétence-compétence en droit colombien, en se référant notamment à l'arrêt du 14 mars 2007 évoqué ci-dessus.

⁶³ Corte Constitucional (Colombie), 30 juill. 2014, Arrêt n° C-572A/14.

⁶⁴ Corte Constitucional (Colombie), 17 avr. 2015, *Liberty Seguros S.A. and Liberty Seguros de Vida S.A.*, Arrêt n° T-186/15.

⁶⁵ V. l'article 327 de la loi n° 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile, applicable en matière d'arbitrage international en l'absence de convention particulière contraire en vertu de l'article 327-43 de la même loi : « Lorsqu'un litige soumis à un tribunal arbitral en vertu d'une convention d'arbitrage, est porté devant une juridiction, celle-ci doit, lorsque le défendeur en fait la requête avant de statuer sur le fond, prononcer l'irrecevabilité jusqu'à épuisement de la procédure d'arbitrage ou annulation de la convention d'arbitrage.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction, à la demande du défendeur, doit également déclarer l'irrecevabilité, à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ». Pour un commentaire, v. K. Zaher, « Le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international », *Rev. arb.*, 2009.71.

⁶⁶ V. l'article 19 du Code de l'arbitrage de la Tunisie: « Lorsqu'un litige pendant devant un tribunal arbitral, en vertu d'une convention d'arbitrage, est porté devant une juridiction, celle-ci doit, à la demande de l'une des parties, se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi du litige, la juridiction doit aussi se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ». Pour un commentaire, v. M. Ammar, « L'arbitrage en Tunisie depuis l'édiction du Code de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2000.247 ; K. Meziou, A. Mezghani, « Le Code tunisien de l'arbitrage », *Rev. arb.*, 1993.521.

propos du contentieux de la mise en place du tribunal arbitral, en Algérie⁶⁷. En présence d'une contestation relative à la convention d'arbitrage, les juges saisis sont ainsi invités à renvoyer les parties à l'arbitrage, à moins qu'ils ne constatent que la convention d'arbitrage est manifestement nulle.

27. L'effet négatif de la compétence-compétence a également été consacré dans le droit de nombreux États d'Afrique subsaharienne, notamment grâce au travail d'harmonisation réalisé par l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (l'« OHADA »).

Depuis son adoption en 1999, l'« Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage de l'OHADA » tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans tous les États membres de l'OHADA⁶⁸. Il s'applique à tout arbitrage ayant son siège dans un État membre, à l'exception des arbitrages conduits sous l'égide de la Cour commune de justice et d'arbitrage⁶⁹.

L'Acte uniforme consacre expressément l'effet négatif de la compétence-compétence. Son article 13 dispose qu'en présence d'une convention d'arbitrage, les juridictions étatiques des États membres doivent se déclarer incompétentes, à moins que le tribunal arbitral n'ait pas encore été saisi – ou qu'aucune demande d'arbitrage n'ait été formulée – et que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable. Cette règle a été adoptée dès 1999⁷⁰. Depuis la réforme de 2017, l'article 13 est formulé de la manière suivante :

⁶⁷ V. l'article 1009 du Code de procédure civile et administrative algérien : « Si la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l'une des parties ou dans la mise en œuvre des modalités de désignation, le président du tribunal du lieu de conclusion du contrat ou de son exécution désigne le ou les arbitres.

Si la clause compromissoire est, soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer le tribunal arbitral, le président du tribunal le constate et déclare n'y avoir lieu à désignation ». Pour un commentaire, v. M. Issad, « La nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 2008.419.

⁶⁸ Le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, les Comores, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, la République centrafricaine, la République du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

⁶⁹ Sur l'existence de deux corps de règles régissant l'arbitrage de droit commun OHADA et les arbitrages CCJA, v. P. Meyer, « Le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA dix ans après l'Acte uniforme », *Rev. arb.*, 2010.467. V. également l'arrêt n° 45 du 17 juill. 2008 de la CCJA dans lequel la Cour a affirmé que « l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ne figure pas au nombre des actes juridiques précités qui sont applicables en l'espèce à l'arbitrage institutionnel spécifique de la CCJA ». Les textes applicables à l'arbitrage CCJA sont, selon la Cour, « le Titre IV du Traité de l'OHADA, le Règlement d'arbitrage de la CCJA, le Règlement intérieur de la Cour, leurs annexes et les barèmes des frais d'arbitrage ». Sur l'ensemble de la question, v. M. Kodo, C. Boismain, H. Saint Dahl (B. Mercadal, dir.), *OHADA : Traité, Actes uniformes et Règlements annotés*, Éditions Francis Lefebvre, 2016, spéc. pp. 185 et s.

⁷⁰ L'article 13 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage dans sa rédaction de 11 mars 1999 prévoyait que : « Lorsqu'un litige, dont un Tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, est porté

« Lorsqu'un différend faisant l'objet d'une procédure arbitrale en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi ou si aucune demande d'arbitrage n'a été formulée, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou manifestement inapplicable à l'espèce. [...] ».

28. La Cour commune de justice et d'arbitrage veille à la bonne application de l'Acte uniforme, en sa qualité de juge de cassation des décisions rendues par les juridictions des États membres dans les domaines couverts par le droit de l'OHADA. C'est à ce titre qu'elle a fait application de l'effet négatif de la compétence-compétence dans l'affaire *M. Dam Sarr c. MATCA* en 2008.

La Mutuelle d'Assurance des Taxis Compteurs d'Abidjan (MATCA) avait saisi le Tribunal de première instance d'Abidjan pour qu'il prononce la nullité d'un protocole transactionnel conclu avec Mr. Dam Sarr. Le Tribunal de première instance d'Abidjan s'était déclaré compétent en dépit de la clause compromissoire contenue dans celui-ci. La Cour d'appel d'Abidjan a confirmé cette décision. En se référant à l'article 13 de l'Acte uniforme dans sa version de 1999, elle a en effet considéré que la clause compromissoire contenue dans le protocole était manifestement nulle, sans toutefois apporter la moindre motivation.

Saisie d'un pourvoi en cassation à l'encontre de la décision de la Cour d'appel d'Abidjan, la Cour commune de justice et d'arbitrage a cassé l'arrêt au motif que la Cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision. Elle a ensuite évoqué la question de la compétence des juridictions étatiques et, en visant l'article 13 de l'Acte uniforme, a estimé que :

« [I]l résulte de la combinaison du principe de validité et de celui de compétence-compétence en matière arbitrale que le juge étatique ne peut procéder à un examen substantiel et approfondi d'une convention d'arbitrage pour se prononcer sur la nullité de celle-ci ; que la nullité

devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ».

manifeste d'une convention d'arbitrage ne doit découler que de l'apparence de celle-ci »⁷¹.

Considérant qu'en l'espèce, l'éventuelle nullité de la convention d'arbitrage ne pouvait s'apprécier qu'après un examen substantiel et approfondi de ladite convention au regard de nombreuses dispositions du droit applicable, la Cour commune de justice et d'arbitrage a déclaré l'incompétence des juridictions étatiques pour connaître du fond du litige et a renvoyé les parties à l'arbitrage.

29. En ce qui concerne les arbitrages se déroulant sous l'égide de la Cour commune de justice et d'arbitrage, l'article 23 du Traité constitutif de l'OHADA dispose que « [t]out tribunal d'un État Partie saisi d'un litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage se déclarera incompétent si l'une des parties le demande, et renverra le cas échéant à la procédure d'arbitrage prévue au présent Traité ». En matière d'« arbitrage CCJA », l'incompétence des juges étatiques pour se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral ne connaît pas d'exception, les juges étatiques n'étant pas habilités à se prononcer, même de manière *prima facie*, sur les contestations relatives à la validité ou à l'étendue d'une telle convention⁷².

30. Ce panorama nécessairement incomplet de droit comparé permet de prendre conscience que la faveur à l'arbitrage que traduit l'acceptation de l'effet négatif de la compétence-compétence a singulièrement progressé au cours de ces dernières années. S'il était peut-être optimiste de présenter ce courant comme majoritaire, comme n'a pas hésité à le faire la Cour suprême du Venezuela⁷³, au moins est-il permis d'espérer qu'il le devienne dans un avenir proche.

⁷¹ Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, 17 juill. 2008, *Monsieur Dam Sarr c. Mutuelle d'Assurances des Taxis Compteurs d'Abidjan dite MAT'CA*, n° 043/2008.

⁷² V. Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, 24 avr. 2008, n° 020/2008.

⁷³ V. *supra*, § 18, note 50.