

Le principe compétence – compétence :

Son application par la jurisprudence française¹

Par **Jacques BONNAUD** – Docteur en Droit – Avocat honoraire
Président de la Commission transport de l’UAE

Nos lecteurs trouveront dans la jurisprudence normande de ce numéro l’analyse de l’arrêt de la Cour d’Appel de Rouen du 18 décembre 2014. Celle-ci a jugé « *qu’il n’apparaît pas que la convention d’arbitrage précitée soit manifestement nulle ou inapplicable... par conséquent la clause compromissoire sus visée est valable de sorte que le jugement entrepris doit être confirmé en ce qu’il s’est déclaré incompétent pour statuer sur les demandes* ». Cet arrêt ne fait que confirmer une jurisprudence française désormais bien établie à partir du principe "compétence – compétence". Il la renforce encore en précisant que « *le principe d’autonomie de la clause compromissoire doit être compris comme ne permettant pas d’annuler une telle clause insérée dans un acte nul* ».

Comment en est-on arrivé là ? Comment est-ce possible que les juridictions étatiques aient perdu le pouvoir d’être juge de leur propre compétence et le justiciable français d’être jugé par un tribunal étatique ?

Pour tenter de comprendre et de répondre à ces questions, nous verrons en premier lieu le principe compétence – compétence (I) avant d’étudier le tripode que forment le connaissance, la charte partie et les clauses compromissoires (II).

I.- Le principe "compétence – compétence"

Le moins que l’on puisse dire est que ce principe est bien mal nommé : "un halo d’imprécisions entoure son sens et sa fonction"². Qu’est-ce que cela peut bien vouloir dire : c’est ce que je vais essayer d’expliquer.

Pour la Cour de Cassation, la définition est la suivante : c’est le principe « selon lequel il appartient à l’arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d’arbitrage »³.

Comment en est-on arrivé là ? Quelles sont les conséquences de ce principe ? Interdites, tolérées, limitées, étroitement encadrées, les clauses compromissoires connaissent aujourd’hui un succès stupéfiant. Le balancier de la justice animé par la jurisprudence, tel un peseur juré fou a oscillé d’un extrême à l’autre sans raison garder.

Mais d’abord, quelle est l’origine historique de ce principe compétence – compétence ?

Curieusement, il nous provient du Droit constitutionnel allemand du XIX^{ème} siècle. « Kompetenz – kompetenz » c’était la définition de la souveraineté comme étant la capacité de définir l’étendue de sa propre compétence.

¹ Texte rédigé par l’auteur à partir de ses notes pour une conférence prononcée à Casablanca le 21/01/2015 dans le cadre d’un séminaire « arbitrage maritime, enjeux et perspectives » organisé par l’association marocaine pour la logistique (EMLOG), présidé par le professeur Mustapha EL KHAYAT

² Magali BOUCARON NARDETTO « Le principe compétence – compétence en droit de l’arbitrage » Thèse Aix en Provence PUAM 4^{ème} trimestre 2013 (page 19)

³ Cass. Com. 23/04/2013 Rôle 1212 101 Revue SCAPEL 2013 p.215

Du Droit constitutionnel, le principe est passé dans le droit de la procédure civile allemande, c'est devenu le pouvoir du juge de statuer sur sa propre compétence, pouvoir dont a hérité l'arbitre.

« Kompetenz – kompetenz » c'est une notion de pouvoir définitif alors que compétence – compétence serait une notion temporaire.

Le principe compétence – compétence a été présenté comme un tripode ayant un aspect positif, un aspect négatif et un aspect positif vis-à-vis des juridictions étatiques⁴.

A/ L'aspect positif

Tout juge a le pouvoir de statuer sur sa propre compétence, c'est-à-dire de décider s'il est compétent ou non pour statuer sur le conflit qui lui est soumis. Il est légitime de donner ce pouvoir au Tribunal arbitral. D'abord nié puis admis par la jurisprudence, ce pouvoir a été reconnu par les textes : « Le Tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel » (art. 1465 du CPC).

Largement reconnu en Droit international, l'aspect positif du principe compétence – compétence ne pose pas de problème particulier. Il n'en est pas de même de l'aspect négatif.

B/ Aspect négatif

Cet aspect est quasi exclusivement français par suite je dirais peut-être d'un mot de trop dans l'article 1465 du CPC le Tribunal arbitral est « seul » compétent...

Au cas où on n'aurait pas compris, « Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le Tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable », nous dit l'article 1448 du CPC. Quelles sont les conséquences ?

Le Tribunal étatique, même saisi le premier, doit se déclarer incompétent sauf si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable. Ce texte, assorti d'une jurisprudence d'une extrême rigueur, a pour conséquence que les tribunaux étatiques ne sont plus jamais compétents dès qu'une clause compromissoire est, ne serait-ce que vaguement, évoquée.

Parce que tout juge peut statuer sur sa propre compétence, le collège arbitral était devenu compétent pour statuer sur sa compétence. C'était l'aspect positif mais avec l'aspect négatif, le juge étatique a perdu cette compétence en violation du même principe selon lequel tout juge peut statuer sur sa propre compétence.

Quelque peu gênés par ce constat, les chantres du principe compétence – compétence, ont mis en exergue un troisième aspect du principe compétence – compétence qu'ils intitulent « l'aspect positif du principe vis-à-vis des juridictions étatiques ». De quoi s'agit-il ?

C/ L'aspect positif pour les juridictions étatiques

Le principe positif, négatif et positif vis-à-vis des juridictions étatiques, serait-il un vrai tripode comme le soutient dans sa thèse Magali BOUGARON NARDETTO ?

Compétence – compétence donnerait un avantage chronologique provisoire au Tribunal arbitral mais les juridictions d'Etat auraient le dernier mot si l'appel est ouvert ou en cas de recours en annulation ; ce sont les articles 1491 et 1492 du Code de procédure civile qui prévoient un recours en annulation qui est autorisé si le Tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent. Ce 3^{ème} pilier de notre tripode rétablirait-il un juste équilibre ? Notre principe « funambule » selon le mot de Magali BOUGARON NARDETTO trace-t-il une juste ligne de partage entre juridiction étatique et juridiction arbitrale ?

Au stade post arbitral, celui du 3^{ème} aspect du principe, Magali BOUGARON NARDETTO s'inquiète qu'en définitive ce principe compétence – compétence ne soit qu'un mécanisme moniste étatique. Je considère que le principe compétence – compétence est un monisme arbitral. Le 3^{ème} élément n'est

⁴ Thèse précitée

qu'un leurre, il s'agit d'un contrôle éventuel, aléatoire et qui n'a d'influence que dans l'Etat où il est prononcé. Notre thésarde ne reconnaît-elle pas elle-même : « Quotidiennement et dans la majorité des hypothèses, des tribunaux arbitraux statuent seuls sur leur propre compétence, peu importe les raisons, les recours ne sont pas exercés, jugés irrecevables ou exceptionnellement fermés ».

Le principe compétence – compétence n'est donc pas une simple priorité donnée aux arbitres, c'est une quasi exclusivité, notre tripode n'est même pas un bipède, c'est un unijambiste. Mais comment ce monstre processuel a-t-il pu envahir la mer, après avoir terrassé le principe du consensualisme ?

C'est un autre tripode qui va nous expliquer ce phénomène : celui qui est constitué par le connaissance, la charte partie et les clauses compromissoires.

II.- Le connaissance, la charte partie et les clauses compromissoires

Le contrat de transport, c'est le connaissance. Les clauses compromissoires ne sont pas dans le connaissance mais dans la charte partie. Comment allaient-elles pouvoir s'imposer dans le contentieux maritime du transport de marchandises, régi par le connaissance qui ne comporte pas ladite clause ? Notre monstre y serait-il pour quelque chose ?

A/ la jurisprudence

Il est rare que les connaissances contiennent une clause compromissoire directe, sauf pour des trafics spécifiques. Les clauses compromissoires posent alors les mêmes problèmes que les clauses attributives de compétence, il n'en est pas de même avec les connaissances dits de charte partie, la clause compromissoire est dans la charte partie et le connaissance ne la reproduit pas, faisant simplement référence à la charte partie qui n'est pas jointe au connaissance.

Il n'y a pas de difficulté concernant le chargeur au connaissance qui est aussi affréteur et donc connaît la clause. Le problème c'est avec le destinataire pour qui la clause n'est ni connue ni acceptée et la question est d'importance puisque le plus souvent, c'est le destinataire qui doit faire la réclamation pour compenser les dommages subis par sa marchandise.

La clause compromissoire doit être incorporée au connaissance où la charte partie doit y être jointe. A défaut, la clause ne sera pas opposable, sauf si elle a fait l'objet d'une acceptation certaine, telle fut longtemps la jurisprudence. La Cour de Cassation exerçait un contrôle strict sur le consentement du destinataire.

Incarnant la doctrine, le doyen René RODIERE a écrit : « *Non insérée au connaissance, la clause compromissoire n'est normalement pas opposable au porteur du connaissance qui tient ses droits de ce seul titre* »⁵. La jurisprudence est constante, la clause qui est une clause exorbitante du droit commun, non reproduite au connaissance, n'est pas opposable au destinataire à défaut d'acceptation que la jurisprudence a voulu spéciale. Il en fut ainsi jusqu'au XXIème siècle mais il allait être mis fin à ce régime qui avait été bien caractérisé par l'arrêt STOLT OSPREY : « *Pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un contrat doit avoir été portée à sa connaissance et avoir été acceptée par lui au plus tard au moment où recevant livraison de la marchandise il avait adhéré au contrat de transport* »⁶. Cela a été vrai jusqu'aux jurisprudences LINDOS et PELLA.

C'est la Cour d'Appel d'Aix en Provence qui avait validé une clause compromissoire parce qu'elle considérait que le consentement du destinataire était acquis. Son arrêt fut frappé de pourvoi. La Cour de Cassation a rejeté le pourvoi mais a modifié complètement le raisonnement et elle a introduit la règle matérielle du droit de l'arbitrage pour laquelle il appartient à l'arbitre de se prononcer par priorité sur le contrôle éventuel du juge de l'annulation sur sa compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage⁷.

⁵ René RODIERE, Traité de droit maritime tome 2 p. 353

⁶ Cass. Com. 29/11/1994 DMF 1995 p. 218 (cet arrêt est le pendant de l'arrêt Nagasaki rendu en matière de compétence territoriale)

⁷ Cass. civ. 1^{ère} 22/11/2005 DMF 2006 p. 16, Obs. P. BONASSIES

Par la jurisprudence PELLA la chambre commerciale de la Cour de Cassation se rallie à la chambre civile, priorité à l'arbitre sans avoir à vérifier l'opposabilité de la clause⁸.

Attaquées par la doctrine et notamment par Pierre BONASSIES et Philippe DELBECQUE, ces décisions vont néanmoins continuer toujours dans un sens plus favorable à la compétence prioritaire voire exclusive des arbitres. Les principales critiques sont les suivantes : Cette jurisprudence est contraire au principe régissant les institutions judiciaires, elle n'est reconnue que par le droit français, elle n'accélère pas, bien au contraire, la procédure, elle se heurte en droit maritime à des dispositions d'ordre public que le juge judiciaire est chargé de protéger.

Comment en est-on arrivé là ? Le principe compétence – compétence dans son aspect négatif avait été le cheval de Troie qui allait prendre la compétence aux forteresses étatiques au profit de l'arbitrage. Le monstre processuel avait dévoré le principe du consensualisme. Désormais les clauses compromissaires ignorées et non acceptées allaient envahir le domaine maritime à la remorque du principe compétence – compétence elles allaient conquérir le grand large.

B/ La conquête du grand large

Cette conquête s'est manifestée par la chute des digues qu'ont voulu construire certains demandeurs qui ont toutes été balayées comme par un raz de marée.

Ainsi par exemple l'assureur subrogé se voit opposer ce principe⁹ et une simple référence à la clause figurant dans la charte partie est suffisante¹⁰. Les clauses compromissaires des chartes parties sont opposables aux détenteurs successifs du connaissance¹¹ et surtout l'inopposabilité de la clause ne fait pas obstacle au principe compétence – compétence.

Certes l'arrêt PELLA l'avait annoncé mais avec l'arrêt de principe STEINWEG HANDEL SWEEM / GENERALI France la Cour de Cassation rejetait ainsi totalement sa jurisprudence sur l'opposabilité¹². Dans cet arrêt la clause était potestative et non acceptée. L'inopposabilité n'est plus une clause de nullité. Les solutions sont identiques quel que soit le document, qu'il s'agisse de contrats de réservation, de promesses de contrat de transport, de booking notes...

Le principe allait-il envahir un domaine étranger à l'arbitrage, celui de la saisie ? Eh bien oui, en 2013 la Cour de cassation et dans sa chambre commerciale est allée jusqu'à juger qu'une clause compromissoire stipulée dans un contrat de vente qui n'excluait pas expressément la possibilité de s'appliquer aux conséquences dommageables d'une saisie conservatoire abusive doit être appliquée¹³.

En 2014 c'est notre arrêt de la Cour de Rouen qui statuant sur la clause douteuse d'un contrat d'agence allait appliquer le principe compétence - compétence à une action au fond en validité de saisie parce qu'il n'apparaissait pas que la clause soit manifestement nulle ou inapplicable et ce bien que le contrat d'agence lui-même puisse être nul¹⁴.

Le principe compétence - compétence s'applique donc à tout sauf si la clause compromissoire ne dit elle-même qu'elle ne s'appliquera pas au cas concerné. C'est un comble ! Y a-t-il des limites à cette jurisprudence ?

C/ Les limites

⁸ Cass. Com. 21/02/2006 DMF 2006 p. 379, Obs. Philippe DELBECQUE

⁹ Cass. Civ. 1^{ère} 22/11/2005

¹⁰ CA Paris 05/07/2006

¹¹ Cass. Civ. 1^{ère} 01/07/2006

¹² Cass. Civ. 1^{ère} 28/11/2006 DMF 2007 p. 411, Obs. Martine REMOND-GOUILLOUD

¹³ Cass. Com. 23/04/2013 Revue SCAPEL 2013 p. 215 KURA SHIPPING Ltd / AMLIN CORPORATE INSURANCE NV (navire BERING WIND

¹⁴ CA Rouen 18/12/2014 DMF 2015 p. 197, Obs. C. SCAPEL

C'est seulement lorsque la nullité ou l'inapplicabilité est manifeste, c'est-à-dire certaine, évidente et affiche une apparence ostentatoire que notre principe va trouver des limites.

La jurisprudence nous donne quelques rares exemples d'annulation. Il en est ainsi d'une clause compromissoire insérée dans une réserve de fret remplacée dans le connaissement par une clause attributive de juridiction¹⁵. La clause compromissoire était devenue manifestement inapplicable sans que les juges n'aient à procéder à une quelconque interprétation. De même si la clause est manifestement illisible et ne permet pas sa compréhension¹⁶.

La Cour d'Appel de Versailles emportée par la faveur dont jouit le principe compétence – compétence, après avoir reconnu ne pas être en mesure de vérifier l'existence et le contenu de la clause, n'a pas hésité à en déduire que cela ne suffisait pas à établir le caractère manifestement inapplicable de celle-ci. La Cour de Cassation a malgré tout censuré cet arrêt¹⁷. De même quand l'existence d'une clause compromissoire n'est pas établie par des documents¹⁸.

Cette règle compétence – compétence est devenue une véritable anti suit injonction interne que le juge français s'applique à lui-même alors que pour la Cour de Justice de l'Union Européenne toute juridiction saisie est compétente de sa compétence, tout justiciable a droit à bénéficier d'une protection juridictionnelle gratuite.

Une échappatoire : les lettres de garantie qui présentent avec leur clause de compétence une novation par rapport à la clause compromissoire ne peuvent se voir opposer le principe compétence – compétence¹⁹.

Comment arrêter ce monstre ? En brandissant son illégalité. C'est Pierre BONASSIES qui a développé l'illégalité du principe compétence – compétence dans son aspect négatif²⁰. En effet, pour lui les articles du CPC sont d'origine réglementaires, dans leur dernier état c'est un décret du 13/01/2011 et ces décrets n'ont jamais été confirmés par une loi, donc ils sont ouverts à la critique par une exception de légalité devant le Conseil d'Etat : c'est le recours préjudiciel.

Il y a bien violation de l'article 1134 du Code Civil : nul ne peut se voir opposer une convention qu'il n'a pas conclue, ce qui est un principe législatif général. D'autre part le justiciable a un droit à recours devant son juge naturel, une juridiction de l'ordre judiciaire.

La Cour d'Appel de Paris²¹ a rejeté une demande sur ces bases sans même s'expliquer ni sur la violation de l'article 1134 ni sur le principe constitutionnel selon lequel tout justiciable peut exercer un recours devant une juridiction et que ce recours doit être gratuit. La réponse de la Cour n'est pas seulement courte, elle est scandaleuse : « vu l'importance de la question, on aurait pu s'attendre à un débat approfondi et à une motivation un peu moins grêle » a justement écrit Philippe DELBECQUE²².

On s'étonnera donc qu'il n'y ait pas eu de pourvoi sur cet arrêt de la Cour d'Appel de Paris, mais les plaideurs sont là pour récupérer leur préjudice. Après plusieurs années de procédure, alors que le sinistre a été provisionné, qu'il a vraisemblablement été réglé, qu'il est même sorti de la statistique, les demandeurs sont lassés et n'ont plus envie d'exposer des frais.

Le principe de l'autonomie du juge judiciaire est un principe de valeur constitutionnelle, lui refuser de statuer sur la validité d'une clause compromissoire devrait entraîner une question prioritaire de constitutionnalité.

¹⁵ Cass. civ. 1^{ère} 11/07/2006 n°03 19 838

¹⁶ CA Rouen 17/11/2011 DMF 2012 p. 545

¹⁷ Cass. Civ. 1^{ère} 06/11/2013 DMF 2014 p. 107

¹⁸ Cass. Civ. 1^{ère} 06/11/2013 N° 11 18 709 Revue SCAPEL 2013 p. 276

¹⁹ CA Paris 5^{ème} ch. A 20/11/2007 DMF 2009 p. 260 – Tribunal de Commerce de Marseille 27/06/2008 confirmé par CA Aix en Provence 2^{ème} ch. 07/05/2009 (n°2009/203) « La clause attributive de juridiction insérée dans une lettre de garantie fait novation à la clause compromissoire initiale et se substitue à la clause initiale de la charte partie. Il n'y a pas lieu d'appliquer le principe compétence – compétence. »

²⁰ Pierre BONASSIES Obs. sous société PT ANDHIKA LINES / AXA CORPORATE DMF 2007 p. 399

²¹ CA Paris 5^{ème} CH A 15/10/2008 DMF 2008 p. 1031 UNITED KINGDOM STEAM SHIP INSURANCE / GROUPAMA

²² DMF HS 2009 N° 97 p. 87

Conclusion

Ce principe, tel qu'exacerbé par la jurisprudence française dans son aspect négatif présente comme l'a dit Pierre Bonassies, un caractère pathologique car le droit français ne reconnaît pas l'opposabilité d'une clause qui est en violation de la relativité des conventions.

Ce n'est donc pas un principe funambule qui tracerait une juste limite entre les juridictions étatiques et arbitrales comme essaie de le démontrer Magali Bougaron Nardetto dans sa thèse, c'est un principe anti constitutionnel.

Tout ce qui est exagéré n'est-il pas vain ?

C'était il y a bien longtemps, un siècle avant la Convention de Bruxelles de 1924. Les clauses des connaissements faisaient la loi entre les parties. Elles pouvaient se résumer de la façon suivante : le transporteur maritime n'est responsable de rien, quoi qu'il arrive.

Aujourd'hui vu l'excessive et constante valorisation des clauses compromissaires par la jurisprudence et l'extension du cercle de leur bénéficiaire, on en arrive presque au même résultat.

Quel que soit le Tribunal étatique saisi, le transporteur maritime soulèvera son incompetence du fait d'une clause compromissaire liant n'importe qui pour n'importe quoi. Nous en arrivons à un véritable déni de justice qui est particulièrement choquant vu le caractère impératif de la responsabilité du transporteur maritime.

Mais le droit maritime est un droit international, un droit conventionnel et nous avons les règles de Hambourg et des jurisprudences nationales comme celles du Maroc qui contiennent le principe compétence – compétence que la France seule a accueillie sans limites dans son aspect négatif.

Les règles de Hambourg reconnaissent certes l'arbitrage mais en cas de connaissement ou de charte partie « si le connaissement ne spécifie pas par une clause expresse que cette disposition lie le porteur du connaissement, le transporteur ne peut pas opposer cette disposition au porteur de bonne foi »²³.

Certains ont pu dire peut-être dans une analyse un peu rapide que les règles de Rotterdam qui consacrent leur chapitre 15 à l'arbitrage, apporteraient une solution identique à celle des règles de Hambourg. Nonobstant le fait qu'elles ne sont pas entrées en vigueur, il faut souligner que ce chapitre 15 est un chapitre facultatif et par le jeu des articles 78 et 91 il faut une déclaration spéciale pour qu'il soit applicable. En outre, une clause d'incorporation est suffisante et une acceptation expresse n'est pas exigée.

Avec les règles de Hambourg on revient plus sagement au Droit français classique et au Droit marocain par exemple : une clause ne peut être opposée que si elle a été connue et acceptée.

On observera en outre que les excès ci-dessus dénoncés ne le sont que par la jurisprudence française, nos juges seraient-ils tentés de se débarrasser de bon nombre de dossiers et / ou ... de devenir arbitres ?

* * *

²³ Article 22 arbitrage