

# **COMPÉTENCE-COMPÉTENCE A LA MEXICAINE ET A L'AMÉRICAINNE: UNE ÉVOLUTION DOUTEUSE**

*Francisco González de Cossío\**

## **I. INTRODUCTION**

Pour des raisons restant à déterminer, touchant au mystérieux, les changements de paradigmes tendent à se manifester simultanément et dans plusieurs *forums* à la fois. Les exemples historiques abondent, et la science du droit ne fait pas exception. Le droit de l'arbitrage y ajoute une illustration supplémentaire.

Un des principes les plus vénérables et importants du droit arbitral, celui de *compétence-compétence*, fait actuellement l'objet d'une redéfinition — et ce dans plusieurs *forums* à la fois. Nous nous proposons de commenter une telle évolution. Pour ce faire, nous résumerons tout d'abord les affaires récentes (§II), nous apprécierons cette évolution (§III), avant d'émettre quelques remarques en guise de conclusion (§IV).

## **II. LES AFFAIRES**

Deux juridictions ont revisité le principe de *compétence*. Les décisions pertinentes feront l'objet d'un résumé.

### **A. MEXICO**

La Cour suprême Mexicaine (la "Cour") a récemment tranché une divergence entre deux Cours de circuit sur cette question. Nous relaterons

---

\* González de Cossío Abogados, S.C. Professeur en Arbitrage, Arbitrage des Investissements, Pratique anti-concurrentielle et analyse économique du droit, Universidad Iberoamericana, Ville de Mexico. Les commentaires sont les bienvenus à l'adresse suivante : [fgcossio@gdca.com.mx](mailto:fgcossio@gdca.com.mx)

brièvement le contexte ainsi que le raisonnement de ces dernières avant d'examiner la décision de la Cour.

### 1. Les critères (contradictaires) des Cours de circuit

Une divergence jurisprudentielle opposait deux Cours de circuits. Alors que la Sixième Court civile du premier circuit (*Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito*) (“Sixième Court de circuit”) soutenait que la décision relative à la validité d’une convention d’arbitrage relevait de la juridiction du tribunal arbitral;<sup>1</sup> la Dixième Cour civile du premier circuit (*Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito*) (“Dixième Cour de circuit”) en jugeait autrement : la décision en question relevait de la compétence des juridictions nationales.<sup>2</sup>

Sans nous étendre ici sur les détails procéduraux de ces décisions, un certain zigzag en la matière mérite toutefois notre attention: les Cours saisies adoptèrent toute une position différente.

La première affaire<sup>3</sup> trouva son origine dans un différend commercial ordinaire devant une Cour fédérale mexicaine de première instance et opposait la société L.D.C., S.A. de C.V. (“LDC”) à la société ADT Security Services, S.A. de C.V. (“ADT”) ainsi que la Chambre Nationale de Commerce de la ville de Mexico (*Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México* — “CANACO”). La partie défenderesse souleva l’incompétence de la Cour. En réponse, cette dernière<sup>4</sup> ordonna la constitution d’un tribunal arbitral.<sup>5</sup> L’ordre de constitution fit l’objet d’un recours constitutionnel (*amparo*) et la Cour de district reversa

---

<sup>1</sup> *Amparo en revisión* 3836/2004.

<sup>2</sup> *Amparo en revisión* 31/2005.

<sup>3</sup> *Amparo en revisión* 3836/2004

<sup>4</sup> Cinquième Cour civile pour le district fédéral (*Juez Quincuagésimo de lo Civil del Distrito Federal*).

<sup>5</sup> Plus précisément, l’incompétence fut décidée par la Troisième chambre civile de la Cour supérieure de la ville de Mexico (*Tercera Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*), donnant l’ordre à la juridiction inférieure de procéder à un renvoi des parties à l’arbitrage.

l'ordre en maintenant que le renvoi à l'arbitrage ne pouvait avoir lieu lorsque l'action portait sur la nullité de la clause compromissoire.<sup>6</sup> La Sixième Cour de circuit en appel reversa à son tour la décision émanant de la Cour inférieur estimant que cette dernière relevait de la compétence du tribunal arbitral.

Dans la seconde affaire, la société Servicio Electrónico Digital, S.A. de C.V. ("SED") intenta une action commerciale ordinaire contre ADT et la CANACO.<sup>7</sup> La Cour renvoya les parties à l'arbitrage. SED parvint en appel à obtenir l'annulation du renvoi.<sup>8</sup> La décision d'appel fit à son tour l'objet d'un recours constitutionnel. La Cour de district<sup>9</sup> renversa la décision et, en appel, la Dixième Cour de circuit estima que le renvoi à l'arbitrage ne devait intervenir lorsque une question tenant à la validité de la clause compromissoire était soulevée, la compétence revenant dans ce cas à la Cour d'origine (et non l'arbitre).

La divergence perdura jusqu'à sa soumission à la Cour suprême mexicaine.<sup>10</sup>

## **2. La solution de la Cour suprême mexicaine**

La Cour suprême mexicaine estima que la compétence pour statuer sur la validité de la clause compromissoire appartenait à la Cour et non à l'arbitre. Ce faisant, la Court émit la décision suivante : <sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> La cour estima que tout renvoi entraînerait une décision implicite sur la validité de la clause compromissoire ainsi que la soumission des parties à la juridiction d'un tribunal considéré par l'une d'elles comme inexistante.

<sup>7</sup> *Amparo en revisión 31/2005.*

<sup>8</sup> Par la Dixième chambre civile de la Cour supérieur du district fédéral (*Décima Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*).

<sup>9</sup> Huitième Cour de district en matière civile du district fédéral (*Juzgado Octavo de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal*).

<sup>10</sup> Au Mexique, toute divergence entre Cours de circuit peut faire l'objet d'un pourvoi à la Cour suprême selon une procédure semblable à celle du *certiorari* de la Cour suprême américaine. Techniquement, la question est dite 'dénoncée' (*denunciada*) devant la Cour.

ARBITRAGE COMMERCIAL. LA COMPÉTENCE POUR CONNAITRE UNE ACTION EN NULLITÉ CONTRE UNE CLAUSE COMPROMISSOIRE PRÉVUE AU PREMIER PARAGRAPHE DE L'ARTICLE 1.424 DU CODE DE COMMERCE APPARTIENT AU JUGE ET NON AU TRIBUNAL ARBITRAL.

La possibilité de se soustraire à l'intervention de la justice étatique dans un conflit, à fin de le soumettre à un arbitrage commercial, est une manifestation du droit des particuliers à renoncer à leurs droits subjectifs et d'établir les dispositifs légaux auxquels ils souhaitent se soumettre ; Ainsi, une convention d'arbitrage peut être incluse dans un contrat comme clause compromissoire, ce qui en règle générale et aux termes de l'article 1,432 du Code de Commerce, confère compétence aux arbitres pour intervenir, connaître et décider jusqu'à l'existence et la validité du contrat sous-jacent, ainsi que de la clause compromissoire en question. Toute disposition contraire serait contraire à la volonté des parties. Cependant, il existe une exception à cette règle, lorsqu'aux termes de l'article 1424 du Code précité, un différend est soumis devant un organe juridictionnel, sur la base d'un contrat contenant une clause compromissoire, et quand même temps s'exerce une action contre cette dernière visant à la déclarer nulle, inefficace ou d'exécution impossible, ce qui rendrait nécessaire une décision judiciaire préalable concernant l'action en nullité. Une telle conclusion s'impose car d'une part, l'existence du control judiciaire de l'arbitrage ne doit pas être négligé, et d'autre part, la compétence des arbitres provient de l'autonomie de la volonté des parties, de sorte que si un vice quelconque de consentement dans l'acte qui confère compétence à l'arbitre est allégué, l'action en nullité doit être résolue préalablement par l'organe juridictionnel, tout en laissant intacte le droit des parties au termes de l'article 1,424 d'initier les procédures arbitrales relatives au différend sur l'exécution et même l'existence ou la validité du contrat qui contient la clause compromissoire, le tribunal conservant sa compétence exclusive en cette matière. <sup>12</sup>

---

11 Contradiction 51/2005, première chambre de la Cour Suprême, 11 Janvier 2006. (Thèse jurisprudentielle 25/2006, Thèse de contradiction 51/2005-PS entre la Sixième et la Dixième Cour de circuit en matière civile du premier circuit. Majorité de trois votes. Vote dissident par Olga Sánchez Cordero de García Villegas et José Ramón Cossío Díaz. Juan N. Silva Meza rapporta la décision de la cour.)

12 La version en langue originale espagnole de la décision est la suivante :

ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1,424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL. La posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse; de ahí, que un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisorio, lo que por regla general y en términos del artículo 1,432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros

## B. ÉTATS-UNIS

Dans l'affaire *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna et al*<sup>13</sup> la Cour suprême américaine jugea que la compétence pour statuer sur la validité d'une clause compromissoire revenait au tribunal arbitral lorsque l'exception d'incompétence reposait sur une action en nullité portant sur le contrat dans sa totalité.

Certaines subtilités du raisonnement méritent d'être commentées. Nous procéderons donc après avoir résumé la procédure à une évaluation de la décision et de son raisonnement.

### 1. Contexte

Suite à une action intenté par Cardegna contre Buckeye, la Cour de première instance de Floride rejeta la demande de renvoi à l'arbitrage requise par Buckeye, estimant que la compétence pour statuer sur une action en nullité *ab initio* du contrat revenait au juge et non à l'arbitre.<sup>14</sup> (Il était soutenu que le

---

para intervenir, conocer y decidir aún sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la voluntad de las partes. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla, cuando en términos del artículo 1,424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad. Lo anterior porque, por un lado, no debe soslayarse la existencia del debido control judicial sobre el arbitraje y, por el otro, la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional, quedando a salvo los derechos de las partes para que en términos del segundo párrafo del referido artículo 1,424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio contrato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva.

<sup>13</sup> 546 U.S. \_\_\_\_ (2006).

<sup>14</sup> Aux États-Unis le renvoi à l'arbitrage s'effectue par le biais d'une "*motion to compel arbitration*".

contrat était nul *ab initio* étant donné la nature usurière du taux d'intérêt employé.)

La Cour d'appel de l'État infirma la décision, qui fut à son tour infirmée par la Cour suprême de Floride, cette dernière estimant que l'ordre d'exécution d'une clause compromissoire rattachée à un contrat faisant l'objet d'une action en illicéité serait contraire à l'ordre public local (*local public policy*) et au droit contractuel. La Cour s'exprima en ces termes : <sup>15</sup>

...exécuter une clause compromissoire dans un contrat attaqué comme illicite...pourrait donner force à un contrat qui non seulement viole la loi mais est aussi de nature criminel. ...

La Cour suprême accorda une action en *certiorari*<sup>16</sup> et cassa la décision de la Cour suprême de Floride.

## 2. La décision de la Cour suprême

La Cour suprême des États-Unis cassa la décision de la Cour suprême de Floride estimant que:

... une action en nullité du contrat lui même, et non simplement de la clause compromissoire qui s'y trouve incluse, doit être portée devant l'arbitre et non le juge...

La conclusion est fondée sur un fait auquel la Cour accorda une importance primordiale: l'action visait la nullité du contrat *dans sa totalité*, et pas uniquement celle de la clause compromissoire.

---

<sup>15</sup> 894 So. 2d. 860, 862 (2005), citant *Party Yards, Inc. v. Templeton*, 751 So. 2d 121, 123 (Fla. App. 2000): ...to enforce an agreement to arbitrate in a contract challenged as unlawful ...could breathe life into a contract that not only violates state law, but also is criminal in nature. ...

<sup>16</sup> 545 U.S. \_\_\_\_ (2005).

À la suite des affaires *Prima Paint*<sup>17</sup> et *Southland*<sup>18</sup> (formant également partie de la jurisprudence de la Cour suprême) la Cour opéra une distinction entre deux situations : (1) une action en nullité portant uniquement sur la clause compromissoire ; (2) une action en nullité du contrat dans sa totalité, soit en raison de son effet sur la validité du contrat lui-même soit parce que l'illicéité d'une clause contractuelle entraîne la nullité de la totalité du contrat. L'affaire *Buckeye* relevait de la deuxième hypothèse. La Cour fit la remarque suivante:

...En tant donné que la partie défenderesse oppose la nullité du contrat, et ce, sans viser en particulier les clauses relatives à l'arbitrage, ces clauses sont susceptibles d'exécution en dehors du reste du contrat. Le sort de l'action doit dès lors être décidé par un arbitre et non pas par un juge.

La décision repose sur trois prémisses. Dans un premier temps la clause compromissoire est séparable du reste du contrat.<sup>19</sup> Ensuite, à moins que l'action ne vise la clause compromissoire elle-même, la question de la validité du contrat doit d'abord être soumise à l'arbitre. Enfin, l'affaire concernait une action en nullité du contrat dans sa totalité (y compris la clause compromissoire).<sup>20</sup> En conséquence, la Cour estima que la clause compromissoire demeurait susceptible d'exécution indépendamment du reste du contrat et que le sort de l'action relevait de la compétence de l'arbitre et non de celle de la Cour.

---

<sup>17</sup> *Prima Saint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395, 400 (1967). Dans l'affaire *Prima Paint* la Cour estima que si l'action en nullité reposait sur une prétention de dol viciant le consentement de l'une des parties à la totalité du contrat il revenait à l'arbitre de se prononcer. Mais si par contre la même action était limitée à la clause compromissoire, c'est au juge que revenait la décision.

<sup>18</sup> *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984). Cette jurisprudence affirma que la 'loi Fédéral d'Arbitrage' (*Federal Arbitration Act*) constituait une loi fédérale matérielle trouvant à s'appliquer aussi bien dans les cours locales que fédérales.

<sup>19</sup> Le fondement jurisprudentiel était ici *Prima Saint*. Littéralement : "il découle du droit matériel fédéral de l'arbitrage qu'une clause compromissoire est séparable du reste du contrat."

<sup>20</sup> L'action se fondait sur la prétention d'une application d'un taux d'intérêt usurier aux paiements différés.

Un aspect notable de cette décision réside dans l'absence ne serait-ce que d'une ligne sur la question (inverse) que suscite inévitablement un tel raisonnement: si l'action concerne uniquement la clause compromissoire, la Cour – et non l'arbitre – constitue-t-elle l'organe compétent pour statuer sur cette dernière ?

Même si une réponse positive peut être dégagée implicitement à la lecture de la décision, il est important de noter qu'une telle prescription ne fit à aucun moment l'objet d'une formulation expresse.

### C. SIMILARITÉS

Les raisonnements des Cours suprêmes mexicaine et américaine s'accordent – tout en étant formulés de manière inverse- : selon la Cour mexicaine, lorsque la nullité de la clause compromissoire est recherchée, et non celle du contrat en entier, les recours devant le juge compétent doivent être épuisés avant que la procédure arbitrale ne puisse avoir lieu. Pour la Cour suprême américaine, lorsque le contrat dans sa totalité fait l'objet de l'action en nullité, c'est bien l'arbitre, et non la Cour, qui est compétent pour statuer sur la demande. L'énonciation inverse du principe est ici suggérée à défaut d'être exprimée: si la prétendue nullité touche uniquement la clause compromissoire, la décision sur le fond revient à la Cour compétente.

Ces jurisprudences font preuve d'un parallélisme impressionnant. En effet, les deux décisions émanent de juridictions suprêmes, elles partagent un fondement similaire, elles ont été rendues à un mois d'intervalle, toutes deux ont été précédées d'une procédure accidentée : les Cours inférieures parvenant toutes à des décisions opposées.

### III. CRITIQUE

Selon nous, cette nouvelle délimitation du principe de *compétence*, de facture judiciaire, se trouve en violation (a) du texte de la loi; ainsi que (b) des objectifs du principe.

A. LE TEXTE DE LA LOI

Le premier paragraphe de l'article 1424 du Code de Commerce Mexicain énonce:<sup>21</sup>

Un juge auquel est soumis un litige sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage dès lors que demande lui en sera faite par l'une d'entre elles **sauf s'il s'avère que l'accord concerné est nul, inefficace ou d'exécution impossible** [El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, **a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.**]

Le premier paragraphe de l'article 1432 du Code de commerce prévoit que: <sup>22</sup>

Le **tribunal disposera de la faculté de déterminer** sa propre compétence, y compris **en ce qui concerne les exceptions relatives à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage.** (...) [El **tribunal arbitral** estará facultado para **decidir** sobre su propia competencia, incluso **sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.** (...)]

Les passages en gras sont ceux qui donnèrent lieu aux interprétations divergentes.

Dans le cas mexicain, alors que la Sixième Cour de circuit estima que la compétence de l'arbitre quant à l'étendue de sa juridiction<sup>23</sup> prévalait sur celle de la cour pour statuer sur la validité de la clause compromissoire avant renvoi à

---

<sup>21</sup> Cette formulation reprend presque *verbatim* celle de l'article 8 de la loi-modèle de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi-modèle CNUDCI").

<sup>22</sup> Identique à l'article 16 de la loi-modèle de la CNUDCI.

<sup>23</sup> Fondée sur l'article 1432 du code de commerce (Art. 16 de la loi-modèle de la CNUDCI).

l'arbitrage,<sup>24</sup> la Dixième Cour de circuit, quant à elle, parvint à la conclusion contraire — et obtint l'aval de la Cour suprême.

Dans le cas Nord-Américain, la Cour suprême de justice estima que si l'action en nullité visait le contrat dans sa totalité, la compétence pour statuer sur la question revenait au tribunal arbitral. Le point de départ textuel est le quatrième paragraphe du *Federal Arbitration Act*, prévoyant que:

Une partie s'estimant lésée par une inexécution, une négligence, ou un refus de l'autre partie de se soumettre à l'arbitrage en application d'une convention écrite prévue à cet effet pourra saisir toute Cour de district des États-Unis ... afin d'obtenir l'ordre que l'arbitrage soit effectué selon les modalités prévues par l'accord ... Après avoir vérifié que la conclusion de la convention d'arbitrage ou toute inexécution qui y serait relative n'est pas en cause, la Cour ordonnera aux parties de se soumettre à l'arbitrage conformément aux termes de ladite convention. ...

[A party aggrieved by the alleged failure, neglect, or refusal of another to arbitrate under a written agreement for arbitration may petition any United States district court ... for an order directing that such arbitration proceed in a manner provided for in such agreement ... [U]pon being satisfied that the making of the agreement for arbitration or the failure to comply therewith is not in issue, the court shall make an order directing the parties to proceed to arbitration in accordance with the terms of the agreement. ...]

Il nous semble que les deux Cours ont mal compris l'essence du principe de *compétence*. *Elles ont confondu l'exception et la règle*: l'exception au devoir de renvoi a été utilisée comme exception à la règle de *compétence*. Ce faisant, les Cours génèrent une entrave au fonctionnement voulu du principe.

La nouvelle *compétence à l'américaine* et à *la mexicaine* confond l'exception et la règle. En réalité, cette dernière transforme l'exception en règle:

---

<sup>24</sup> Fondée sur l'article 1424 du code de commerce. (Art. 8 de la loi-modèle de la CNUDCI).

le juge statue sur la validité de la clause compromissoire, et l'arbitre sur le contrat dans sa totalité. Cette conception réduit l'étendue du principe de *compétence* – l'arbitre ne décide plus du sort des exceptions touchant à l'existence ou à la validité de la clause compromissoire, mais seulement de celles touchant au contrat sous-jacent.

Correctement compris *alors que le principe de compétence établit la règle (l'arbitre décide de la validité du contrat et de la clause compromissoire), la décision quant à la validité de la convention d'arbitrage est une exception à l'obligation de renvoi devant l'arbitre.* En d'autres termes, et s'appuyant sur les textes du Code de Commerce afin d'ancrer l'explication, *tandis que l'article 1432 établit **qui** décidera de la validité du contrat et de l'accord d'arbitrage, l'article 1424 établit une exception à l'obligation de renvoi devant l'arbitre.*<sup>25</sup> La première faculté revient à l'arbitre, la seconde au juge.

#### B. LEITMOTIF DES PRINCIPES DE COMPÉTENCE-COMPÉTENCE ET SÉPARABILITÉ DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

Les principes de *compétence-compétence* et de l'autonomie de la clause compromissoire sont les institutions les plus typiques du droit de l'arbitrage. Seul un examen simultané permet de saisir leur raison d'être.

Même si ces principes ont une origine commune, leurs fins sont différentes. Le point de départ est le désir de mettre en œuvre l'intention des parties d'avoir recours à l'arbitrage plutôt qu'au contentieux devant les juridictions nationales. Afin d'apprécier leur impact, on peut imaginer un instant un monde dans lequel le principe de *compétence* n'existerait pas. Dans un relation donnée étant couverte par une convention d'arbitrage, si une dispute survient et que l'une des parties met en cause (soulève une exception touchant à) l'étendue de la compétence de l'arbitre, un recours au juge serait nécessaire pour

---

<sup>25</sup> Le verbe "renvoyer" ("remitirá") (à l'arbitrage) à l'article 1424 du code de commerce est employé à l'impératif. Il ne confère aucun pouvoir d'appréciation; uniquement une obligation. La cour doit s'abstenir d'examiner aussi bien le fond du différend que la juridiction du tribunal arbitral (qui serait une question particulière relevant de la catégorie de la validité de la clause compromissoire).

déterminer si le différend en question relève de ceux que l'arbitre peut légitimement trancher. L'ironie est manifeste : pour *bénéficiaire de l'arbitrage* il faut se *soumettre à une procédure contentieuse* ! Pour contourner la compétence du juge, il faut avoir recours au juge afin d'obtenir de ce dernier l'ordre d'un recours à l'arbitre.

Imaginons maintenant l'inexistence du principe d'autonomie. Dans une dispute donnée, si la demande de l'une des parties comprend une déclaration en nullité du contrat, selon le principe de *compétence*, la question devrait être soumise à l'arbitrage et faire l'objet d'une résolution définitive par sentence. Mais une fois de plus, un étrange résultat surviendrait : si le contrat devait être entaché de nullité ou d'inexistence, la clause compromissoire, en tant qu'accessoire, serait irrémédiablement affectée par la nullité. Mais le lecteur aura nul doute identifié une conséquence encore plus défectueuse: la sentence se trouverait dépourvue de tout effet — une conséquence à la fois juridique et logique de l'adage *ex nihilo nil fit*. Une fois de plus, le résultat serait à la fois ironique et contraire à l'intention des parties ; mais il mériterait également une qualification supplémentaire: ridicule. En effet, les parties seraient obligées de se soumettre à l'arbitrage afin d'obtenir une sentence dépourvue de tout effet.

Essentiellement, les deux principes ont pour but la mise en oeuvre de l'intention des parties, qui consiste à avoir recours à l'arbitrage plutôt qu'à la procédure contentieuse pour trancher leurs différends.

Il est certes vrai que les deux principes se recoupent partiellement. C'est bien en vertu du principe d'autonomie que toute action en nullité du contrat ou de la clause compromissoire restera sans effet sur la compétence du tribunal arbitral; et c'est bien en se fondant sur le principe de *compétence* que l'arbitre pourra décider de la validité aussi bien de la clause compromissoire que du contrat lui-même sans que sa décision soit dépourvue d'effets. Mais chacun des principes a une portée singulière: *le principe de compétence* permet à l'arbitre d'analyser l'étendue de sa compétence et de décider qu'il en est dépourvu sans contradiction inhérente. *Le principe d'autonomie*, quant à lui, permet une déclaration constatant le vice affectant le contrat sans déstabiliser le fondement

juridique de la décision (la clause compromissoire). Cependant –et il y a là une subtilité qu’il convient de souligner — alors que le principe d’autonomie permet de surmonter toute nullité de la clause compromissoire fondée sur une nullité du contrat sous-jacent, ce principe seul et sans recours à celui de *compétence* ne pourrait permettre à l’arbitre de connaître le différend si la demande en nullité portait sur la clause compromissoire. Un tel résultat n’est possible que par opération du principe de *compétence*.

Comme il est loisible d’observer, ces deux principes constituent le fondement sur lequel se construira l’édifice qui permettra la mise en œuvre de la clause compromissoire.<sup>26</sup> On voit là des exemples de créativité juridique permettant de surmonter les obstacles sur la voie du but désiré ; du génie juridique dans sa forme la plus parfaite.

#### IV. CONCLUSION

Il est intéressant de noter que le débat judiciaire qui donna naissance au principe de *compétence à l’américaine* et à *la mexicaine* n’est que réitération de celui qui eut lieu il y a plusieurs décennies (qui décide de la juridiction du tribunal arbitral ? – le juge ou l’arbitre ?) et qui entraîna la formulation du principe de *compétence – compétence* dans sa juste acception.

En somme, telle est l’erreur partagée des Cours suprêmes mexicaines et américaines. Elles rouvrent un débat considéré clos. C’est à l’arbitre que revient en premier lieu la détermination de l’étendue de sa compétence, soumise en dernier ressort uniquement à la décision du juge compétent. Une solution contraire ignore l’intention des parties lorsqu’elles s’accordent sur un recours à l’arbitrage. Que l’exception d’incompétence porte sur le contrat dans sa totalité ou qu’elle porte uniquement sur la clause compromissoire n’a tout simplement aucune incidence.

---

<sup>26</sup> Ce résultat découlant non de la clause compromissoire elle-même mais de la loi applicable à l’arbitrage. Dans le cas contraire, nous serions confrontés au dilemme de la ‘poule et de l’œuf’.