

COMPETENCE-COMPETENCE A LA MEXICAINE ET A L'AMERICAINE: UNE EVOLUTION DOUTEUSE

*Francisco González de Cossío**

Pour des raisons restant à déterminer, et qui ont quelque chose de mystérieux, des évolutions se manifestent parfois simultanément et dans plusieurs lieux à la fois. Les exemples historiques de ce phénomène abondent, et la science du droit ne fait à cet égard pas exception. Le droit de l'arbitrage vient d'y ajouter une illustration supplémentaire.

Un des principes les plus vénérables et importants du droit de l'arbitrage, celui de *compétence-compétence*, fait actuellement l'objet d'une redéfinition — et ce dans plusieurs *forums* à la fois. Nous nous proposons de commenter cette évolution. Pour ce faire, nous résumerons tout d'abord des affaires récentes avant d'en apprécier la portée.

I. Evolutions récentes de la jurisprudence au Mexique et aux Etats Unis

A. MEXICO

La Cour suprême Mexicaine (la “Cour”) a récemment tranché une divergence entre deux Cours de circuit sur la question de la portée du principe compétence-compétence. Nous relaterons brièvement le contexte de ces décisions ainsi que le raisonnement des juridictions du fond, 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*) soutenait que la décision relative à la validité d'une convention d'arbitrage relevait de la juridiction du tribunal arbitral¹, la Dixième Cour civile du premier circuit (*Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito*) en jugeait autrement : la décision en question relevait de la compétence des juridictions nationales.²

La première affaire³ trouva son origine dans un différend commercial ordinaire devant une Cour fédérale mexicaine de première instance et opposait la société LDC à la société ADT Security Services (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 dernière⁴ ordonna la constitution d'un tribunal

* González de Cossío Abogados, S.C. Professeur en Arbitrage, Arbitrage des Investissements, Droit de la concurrence et analyse économique du droit, Universidad Iberoamericana, Ville de Mexico. Les commentaires sont les bienvenus à l'adresse suivante : fgcossio@gdca.com.mx

¹ *Amparo en revisión* 3836/2004.

² *Amparo en revisión* 31/2005.

³ *Amparo en revisión* 3836/2004

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

arbitral⁵. La décision de donner suite à l'arbitrage fit l'objet d'un recours constitutionnel (*amparo*), et la Cour de district renversa la décision de première instance en maintenant que le renvoi à l'arbitrage ne pouvait avoir lieu lorsque l'action porte sur la nullité de la clause compromissoire⁶. La Sixième Cour de circuit en appel renversa à son tour la décision émanant de la Cour inférieure estimant que cette dernière relevait de la compétence du tribunal arbitral.

Dans la seconde affaire, la société Servicio Electrónico Digital (SED) intenta une action commerciale ordinaire contre ADT et la CANACO⁷. La Cour renvoya les parties à l'arbitrage. SED parvint, en appel, à obtenir l'annulation de cette décision⁸ et cette décision d'appel fit à son tour l'objet d'un recours constitutionnel. La Cour de district⁹ infirma la décision d'appel et la Dixième Cour de circuit estima que le renvoi à l'arbitrage ne devait pas intervenir lorsqu'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 à l'arbitre). La divergence perdura jusqu'à ce que la Cour suprême mexicaine en soit saisie¹⁰.

2. La solution de la Cour suprême mexicaine

La Cour suprême mexicaine estima que la compétence pour connaître d'une action en nullité contre une clause compromissoire prévue au premier paragraphe de l'article 1424 du Code de commerce appartient au juge et non au tribunal arbitral. La décision est ainsi motivée: *“La possibilité de se soustraire à l'intervention de la justice étatique dans un conflit, afin de le soumettre à un arbitrage commercial, est une manifestation du droit des particuliers à renoncer à leurs droits subjectifs et d'établir des dispositions juridiques auxquelles 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 1432 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. 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 à un organe juridictionnel sur la base d'un contrat contenant une clause compromissoire, et quand s'exerce dans le même temps une action contre cette dernière clause 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 contrôle*

⁵ 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*), ordonnant à la juridiction inférieure de procéder à un renvoi des parties à l'arbitrage.

⁶ 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.

⁷ *Amparo en revisión* 31/2005.

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

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

¹⁰ 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.

judiciaire de l'arbitrage ne doit pas être négligée, et d'autre part, la compétence des arbitres provient de l'autonomie de la volonté des parties, de sorte que, si un quelconque vice du 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 intact le droit des parties, aux termes de l'article 1424, d'initier des 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 ».

B. ÉTATS-UNIS

Dans l'affaire *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna et al*¹¹, la Cour suprême américaine a jugé que la compétence pour statuer sur la validité d'une clause compromissoire revient au tribunal arbitral lorsque l'exception d'incompétence repose 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 sa motivation.

1. Contexte

Suite à une action intentée 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'arbitre¹². Il était, en l'espèce, soutenu que le contrat était nul *ab initio* étant donné la nature usurière du taux d'intérêt appliqué.

La Cour d'appel de l'État infirma cette décision par un arrêt qui fut à son tour cassé par la Cour suprême de Floride, cette dernière estimant qu'une décision ordonnant l'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 : « ...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 criminelle... »¹³.

La Cour suprême accorda une action en *certiorari*¹⁴, et cassa la décision de la Cour suprême de Floride.

2. La décision de la Cour suprême

¹¹ 546 U.S. (2006).

¹² Aux États-Unis le renvoi à l'arbitrage s'effectue par le biais d'une "motion to compel arbitration".

¹³ 894 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. ...

¹⁴ 545 U.S. (2005).

La Cour suprême des États-Unis cassa la décision de la Cour suprême de Floride, estimant qu'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.

Dans la continuité de la jurisprudence *Prima Paint*¹⁵ et *Southland*¹⁶, la Cour suprême 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: « *Dans la mesure où 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. En premier lieu, la clause compromissoire est séparable du reste du contrat¹⁷. En second lieu, 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)¹⁸. 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.

Cette décision suscite néanmoins l'interrogation suivante: 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 que celle-ci n'est à aucun moment formulée par la Cour suprême.

C. SIMILARITES

En définitive, les raisonnements des Cours suprêmes mexicaine et américaine se rejoignent 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

¹⁵ *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.

¹⁶ *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984). Cette jurisprudence affirma que la 'loi Fédérale d'Arbitrage' (*Federal Arbitration Act*) constituait une loi fédérale matérielle trouvant à s'appliquer aussi bien dans les cours locales que fédérales.

¹⁷ 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."

¹⁸ L'action se fondait sur la prétention d'une application d'un taux d'intérêt usurier aux paiements différés.

compétent doivent être épuisés avant que la procédure arbitrale 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 donc preuve d'un parallélisme impressionnant. En effet, les deux décisions émanent de juridictions suprêmes, elles partagent un fondement similaire et elles ont été rendues à un mois d'intervalle.

II. CRITIQUE

Selon nous, cette nouvelle limitation du principe de compétence-compétence viole (A) les textes de loi applicables ainsi que (B) les objectifs du principe.

A. LE TEXTE DE LA LOI

Le premier paragraphe de l'article 1424 du Code de Commerce Mexicain dispose : « *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*** »¹⁹.

Le premier paragraphe de l'article 1432 du même Code dispose que: *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. (...)* »²⁰.

Dans le cas mexicain, alors que la Sixième Cour de circuit estima que la compétence de l'arbitre quant à l'étendue de sa juridiction²¹ prévalait sur celle de la cour pour statuer sur la validité de la clause compromissoire avant renvoi à l'arbitrage,²² la Dixième Cour de circuit parvint, quant à elle, à la conclusion contraire et obtint en cela l'aval de la Cour suprême.

Dans le cas Nord-Américain, la Cour suprême de justice estima que, si l'action en nullité vise le contrat dans sa totalité, la compétence pour statuer sur la question revient au tribunal arbitral. Le fondement de cette position est le quatrième paragraphe du *Federal Arbitration Act*, qui dispose 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*

¹⁹ Les passages en gras sont ceux qui donnèrent lieu aux interprétations divergentes. 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").

²⁰ Les passages en gras sont ceux qui donnèrent lieu aux interprétations divergentes. Identique à l'article 16 de la loi-modèle de la CNUDCI.

²¹ Fondée sur l'article 1432 du code de commerce (Art. 16 de la loi-modèle de la CNUDCI).

²² Fondée sur l'article 1424 du code de commerce. (Art. 8 de la loi-modèle de la CNUDCI).

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... ».

Or, il nous semble que les deux Cours ont mal compris l'essence du principe de compétence-compétence. *Celles-ci ont confondu l'exception et la règle*: l'exception au devoir de renvoi a été utilisée comme exception à la règle de compétence-compétence.

En réalité, la nouvelle *compétence à l'américaine et à la mexicaine* transforme l'exception en règle: 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-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, le principe de compétence-compétence établit la règle selon lequel l'arbitre décide de la validité du contrat et de la clause compromissoire, tandis que la décision du juge quant à la validité de la convention d'arbitrage est une exception à l'obligation de renvoi devant l'arbitre. En d'autres termes, tandis que l'article 1432 du Code de Commerce mexicain 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'arbitre²³.

B. LA PORTEE DES PRINCIPES DE COMPETENCE-COMPETENCE ET DE SÉPARABILITÉ DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

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

Même si ces principes ont une origine commune, leurs fins sont différentes. Leur 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 portée, on peut imaginer un instant un monde dans lequel le principe de compétence-compétence n'existerait pas. Dans une relation donnée couverte par une convention d'arbitrage, si un litige survient et que l'une des parties soulève une exception touchant à l'étendue de la compétence de l'arbitre, un recours devant le juge deviendrait nécessaire pour décider si le différend en question relève de ceux que l'arbitre peut légitimement trancher. L'ironie est manifeste : pour *bénéficiaire de l'arbitrage*, il faudrait se *soumettre à une procédure judiciaire*! Pour contourner la compétence du juge, il faudrait avoir recours au juge lui-même afin d'obtenir de ce dernier qu'il ordonne le renvoi à l'arbitre.

Imaginons maintenant l'inexistence du principe d'autonomie. Dans un litige donné, si la demande de l'une des parties comprend une déclaration en nullité du contrat, selon le principe de *compétence-compétence*, la question doit être soumise à l'arbitrage. A l'inverse, en l'absence du

²³ 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).

principe d'autonomie, 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 paradoxale d'une telle solution: 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 une 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-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 privée d'effets. Mais chacun des principes a une portée qui lui est propre: le principe de compétence-compétence permet à l'arbitre d'analyser l'étendue de sa compétence. 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 ne pourrait seul et sans recours à celui de compétence-compétence, permettre à l'arbitre de connaître du différend si la demande en nullité portait sur la clause compromissoire.

Ces deux principes constituent donc le fondement juridique permettant la mise en oeuvre de la clause compromissoire²⁴.

III. CONCLUSION

Il est intéressant de noter que le débat judiciaire qui donna lieu aux deux décisions ici critiquées n'est que la 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 qui était considéré clos. Ces décisions remettent en cause les solutions acquises, et qui sont le fondement de l'arbitrage : c'est à l'arbitre qu'il revient en premier lieu de déterminer l'étendue de sa propre compétence, soumise en dernier ressort, mais en dernier ressort uniquement, au contrôle du juge compétent. Toute solution contraire ignore l'intention des parties de recourir 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, à cet égard, tout simplement aucune incidence.

²⁴ 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'.