

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE
SPÉCIALITÉ
DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

Par Ismaeel ALHADIDI

**ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET
POLITIQUES ÉTATIQUES EN MATIÈRE COMMERCIALE :
L'EXEMPLE DU DROIT DE LA CONCURRENCE**

Sous la direction de : Sandrine SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ

Soutenue le 11 décembre 2019

Membres du jury :

M. Eric KERCKHOVE	Professeur des Universités	Université de Lille	<i>Rapporteur/Président</i>
M. Youssef GUENZOU	Maître de Conférences	Université de la Polynésie française	<i>Rapporteur</i>
Mme Sandrine SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ	Professeur des Universités	Université de Bordeaux	<i>Examineur</i>
M. Jean SAGOT-DUVAUROUX	Maître de Conférences	Université de Bordeaux	<i>Examineur</i>

Titre : Arbitrage commercial international et politiques étatiques en matière commerciale : l'exemple du droit de la concurrence

Résumé : [Lorsqu'il est permis à l'arbitre de statuer sur des matières relevant de l'ordre public, la question de son implication dans la défense des politiques étatiques en matière commerciale, se pose. Prenant le droit de la concurrence en tant qu'exemple sur des politiques étatiques, il convient de partir du principe que l'arbitre est impliqué dans la défense des politiques étatiques de concurrence. Cette étude vise à mesurer cette implication. En effet, l'intensité de cette implication varie en fonction de la matière de concurrence concernée. Il a pu être observé que l'implication de l'arbitre dans la défense de certaines politiques étatiques de concurrence, n'est pas seulement réelle, mais encore spontanée. Dans d'autres matières régies par le droit de la concurrence, l'implication de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques de concurrence, est tout simplement formelle. En outre, la défense de l'arbitre de certaines politiques de concurrence peut être entravée par une autre norme applicable. Quelquefois, la conciliation des normes conflictuelles est possible. D'autres fois, elle ne l'est pas, ce qui incite l'arbitre à exclure la politique de concurrence concernée. Enfin, l'implication de l'arbitre dans la défense de certaines politiques étatiques de concurrence peut est encadrée à l'excès, au point de dire qu'il s'agit d'un arbitrage particulariste.]

Mots clés : [Arbitrage, Concurrence, politiques, étatiques]

Title: International commercial arbitration and State policies in commercial matters: the example of competition law

Abstract: [When it is allowed to an arbitrator to settle disputes considered to be matters of public policies, the issue of his involvement in defending State policies is raised. Taking competition law as an example on these policies, it can be assumed that the arbitrator is involved in defending State competition policies. This study aims at measuring this involvement which varies depending on the relevant subject matter. It can be observed that the involvement of the arbitrator in defending some State competition policies is real and spontaneous. When it comes to other State competition policies, his involvement is almost formal. In addition, the arbitrator's support of some State competition policies can be hindered by other international norms. Sometimes, the reconciliation of these conflicting norms is possible, at other times it is not. Therefore, the arbitrator is prompted to exclude the application of the relevant competition law. Finally, the involvement of the arbitrator in defending certain State competition policies could be heavily supervised, to such an extent that it is considered a particularistic arbitration.]

Keywords: [Arbitration, competition, policies, State]

Unité de recherche

[CRDEI (Centre de recherche et de documentation européennes et internationales),
n° E A 4193, Avenue Léon Duguit, 33608, Pessac CEDEX]

Remerciement

Je voudrais exprimer ma profonde reconnaissance et gratitude à Madame le professeur Sandrine Sana-Chaillé de Néré. Son soutien infailible et ses encouragements continus m'ont permis d'aller au bout de la réalisation de cette thèse. Elle a toujours été là, prête à m'aider et à m'orienter lorsque j'avais besoin d'elle, par ses exigences rédactionnelles, sa profonde gentillesse et son extrême patience à mon égard. Consciente que la langue française n'était pas ma langue maternelle, elle a pris soin de s'exprimer lentement et clairement pour que puisse saisir ses propos. Face à cette personnalité, je ne peux qu'être très obligé. Madame le professeur, je voudrais vous dire que je suis très fier d'avoir travaillé sous votre autorité.

À l'âme de ma mère Monira, à mon cher père Nayef,

à mon oncle Ali,

à ma sœur Haya,

à mes frères Eyad, Abdullah, Abdulazeez, Hammad,

à mes nièces Rasha, Tamara,

à mes neveux Nashmi, Shahm, Salman.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Aff. :	Affaire.
BOCCRF :	Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes.
BRDA :	Bulletin Rapide de droit des Affaires.
Bull. ASA :	Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage.
Bull. CCI :	Bulletin de la Cour international d'arbitrage de la Chambre de commerce international.
C. :	Contre.
CCI :	Chambre de commerce international.
CJCE :	Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes.
CJUE :	Arrêt la Cour de justice de l'Union européenne.
CNRS :	Centre national de la recherche scientifique.
Coll. :	Collection.
Comm. :	Commission européenne.
Con. conc. :	Conseil de concurrence.
Contrats, conc., consom :	Contrats Concurrence Consommation.
Éd. :	Édition.
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais.
GCLR :	Global competition litigation review.
ICC :	International Chamber of Commerce.
JCP G :	Juris-Classeur Périodique, Edition générale.
Journal Officiel :	Journal officiel de l'Union européenne.
JORF :	Journal officiel de la République française.
Obs. :	Observation.
Pas. :	Pasicrisie belge.
RDC :	Revue des contrats.
Rec. :	Recueil de jurisprudence.
Rev. arb. :	Revue de l'arbitrage.
Rev. crit. DIP :	Revue critique de droit international privé.

Rev. dr. aff. int. :	Revue de droit des affaires internationales.
RID éco. :	Revue internationale de droit économique.
RJ com. :	Revue de jurisprudence commerciale.
RJDA :	Revue de jurisprudence de droit des affaires.
RTD civ. :	Revue trimestrielle de droit civil.
RTD com. :	Revue trimestrielle de droit commercial.
RTDE :	Revue trimestrielle de droit européen.
S. :	Suivant.
Spéc. :	Spécifiquement.
TFUE :	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
TPICE :	Arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes.
TUE :	Arrêt du Tribunal.

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE

L'IMPLICATION SPONTANÉE DE L'ARBITRE

DANS LA DÉFENSE DES POLITIQUES ÉTATIQUES DE CONCURRENCE

TITRE I - Le contrôle des ententes prohibées

Chapitre I - La phase de la constatation de l'entente par l'arbitre

Chapitre II - La phase de traitement d'une éventuelle entente par l'arbitre

TITRE II - Le contrôle de l'abus de position dominante

Chapitre I - Les caractéristiques de l'abus de position dominante

Chapitre II - Les conséquences de l'arbitrabilité des dispositions relatives à l'abus de position dominante

DEUXIÈME PARTIE

L'IMPLICATION FORMELLE DE L'ARBITRE

DANS LA DÉFENSE DES POLITIQUES ÉTATIQUES DE CONCURRENCE

TITRE I - Le constat d'une défense insuffisante des politiques étatiques de concurrence

Chapitre I - L'applicabilité des dispositions relatives au déséquilibre contractuel par l'arbitre

Chapitre II - L'applicabilité des dispositions relatives à la rupture brutale de relations commerciales établies

TITRE II - Les fondements d'une défense effective des politiques étatiques de concurrence

Chapitre I - Le soutien de la *soft law* aux politiques étatiques

Chapitre II - Le soutien de la *lex mercatoria* aux politiques étatiques

TROISIÈME PARTIE

L'IMPLICATION ENCADRÉE DE L'ARBITRE

DANS LA DÉFENSE DES POLITIQUES ÉTATIQUES DE CONCURRENCE

TITRE I - L'implication de l'arbitre encadrée par les Traités d'investissement

Chapitre I - La mise à l'écart du droit de la concurrence par le traité d'investissement

Chapitre II - La défense des politiques de concurrence sous couvert du traité d'investissement

TITRE II - L'implication encadrée de l'arbitre par restriction excessive des prérogatives arbitrales

Chapitre I - L'arbitre, un moyen de mise en œuvre de la politique concurrentielle de la commission européenne

Chapitre II - L'empiètement de la commission sur la procédure arbitrale

INTRODUCTION

Il est admis que « *les litiges ne constituent que la pathologie des rapports juridiques* »¹ et l'un des modes destinés à mettre fin à ces litiges est l'arbitrage. De ce fait, l'arbitre est un levier de correction qui contribue à la réparation des rapports juridiques ayant évolué en différends.

« *Classiquement la justice, dit-on, relèverait du "monopole" de l'Etat, ce qui est une manière de dire que la justice sollicite l'intérêt public. Or, avec l'arbitrage international, il existe un modèle différent de justice qui n'est pas une justice marginale ou isolée mais qui se pratique, dans les affaires internationales, comme un véritable système* »². Une telle réussite de la justice arbitrale a des explications.

Il est évident que l'arbitrage international représente des avantages considérables pour les acteurs internationaux qui animent le commerce international³. « *Pour prospérer, le commerce international requiert de la souplesse ; l'arbitrage offre une grande souplesse dans la résolution des litiges qui permet au commerce international de prospérer* »⁴.

En effet, le caractère international des opérations commerciales, voire économiques, requiert plus de liberté contractuelle et plus d'autonomie de volonté. C'est la raison pour laquelle les entreprises internationales font recours à l'arbitrage comme mode de règlement de litige, car il leur donne une marge de manœuvre plus étendue que celle des juridictions étatiques.

En réalité, l'appréhension nationale des questions relevant de la matière commerciale internationale, décourage les acteurs du commerce international de s'engager dans des rapports internationaux. En particulier, « *la "pesée" de la lex fori, s'exerçant notamment par l'application du droit procédural et par la "qualification", préalable à toute mise en jeu d'une loi de fond déterminée, des rapports en cause, apporte au conflit un élément national qui*

¹ **MAYER (P.)**, « L'autonomie de l'arbitre international par rapport aux juges étatiques (217) » : *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 1989, p. 373.

² **RACINE (J.-B.)**, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international » : *Rev. arb.*, 2005, p. 308.

³ « *The costs, inefficiency, and unpredictability of national courts systems has made international arbitration the preferred means of dispute resolution in international business transactions* »: **DIMATTEO (L.)**, « Soft law and principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration »: *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2013, pp. 2-3, published by Oxford University: <http://cjcl.oxfordjournals.org/>

⁴ **JOURDAN-MARQUES (J.)**, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, Thèse, LGDJ, Paris, 2017, p. 2.

rebuter les partenaires »⁵. En outre, la crainte de la partialité des tribunaux nationaux en faveur de l'entreprise nationale, constitue une raison importante incitant au recours à l'arbitrage, notamment si les contractants relèvent d'environnements juridiques différents idéologiquement⁶.

L'existence de points de contact entre le système arbitral et les ordres juridiques étatiques est indubitable. L'arbitre vit parmi les évolutions des ordres juridiques étatiques. Cela se traduit par le fait que « *l'arbitrage international n'est pas, et ne doit pas être, un monde totalement fermé sur lui-même. Il entretient des rapports de collaboration ou de coordination avec les ordres juridiques étatiques. Il y a donc des passerelles, des points de contact, entre l'arbitrage et les ordres juridiques étatiques qui impliquent que l'arbitrage n'est pas un monde renfermé sur lui-même, complètement clos* »⁷. En effet, le tribunal arbitral constitue une juridiction parallèle aux juridictions étatiques, agissant positivement ou négativement, selon des orientations et des points de vue inhérents aux ordres juridiques des Etats. De fait, « *l'arbitrage a dû apprendre à coexister avec la justice étatique* »⁸.

L'implication d'intérêts publics dans un litige tranché par un arbitre international, signifie davantage l'existence de points de contact entre l'arbitrage et les ordres juridiques étatiques. En comparaison, l'implication exclusive d'intérêts privés dans un litige tranché par ce mode de règlement de litiges, est moindre.

En général d'ailleurs, il est plus courant que l'arbitre tranche des litiges n'impliquant que des intérêts privés. Toutefois, il est bien sûr amené à trancher des litiges engageant des intérêts publics ou à la fois, des intérêts privés et publics. L'implication de l'intérêt public dans des procédures d'arbitrage est la conséquence naturelle de l'extension de l'arbitrabilité.

Ce système doit donc être plus ouvert, pour accueillir davantage de notions aspirant à atteindre l'intérêt public, car son succès s'explique en partie, par la prise en compte de ce dernier. En d'autres termes, avec l'évolution spectaculaire de l'arbitrage, l'inclusion de l'intérêt public dans le dynamisme du système arbitral est devenue inéluctable.

⁵ **MOTULSKY (H.)**, « L'évolution récente en matière d'arbitrage international », in *Ecrits II, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, p. 295.

⁶ *idem*.

⁷ **RACINE (J.-B.)**, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 308.

⁸ **JOURDAN-MARQUES (J.)**, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, *op. cit.*, p. 5

Pour mémoire, les ordres juridiques étatiques ont une vision et une orientation principalement concrétisées par des législations nationales et accessoirement, par la jurisprudence étatique interprétante. Elles visent à atteindre des objectifs généraux souvent résumés par "l'intérêt public". Les lois de police en particulier et les lois d'ordre public en général, constituent des exemples de lois consacrant le point de vue et l'orientation étatiques qui s'apparentent naturellement à des politiques étatiques.

Dans sa démarche de résolution de litiges, l'arbitre se prononce principalement, sur les relations contractuelles liant des parties et ne concernant que leurs intérêts privés. Or, des politiques étatiques peuvent revendiquer leur application à ces relations de façon impérative. Elles sont en effet nombreuses aspirant à régir des relations contractuelles internationales dans la matière commerciale. Face à cette situation, l'arbitre ne peut pas rester neutre et inactif. Il doit prendre position pour pouvoir se prononcer quant à la politique étatique impliquée.

Dans ces conditions, il est opportun de s'intéresser à la définition du mot "politique". Il s'agit d'un terme qui « *s'emploie en diverses expressions dans le sens de la ligne d'action, de direction imprimée à une action par le choix des objectifs et des moyens de celle-ci* »⁹. C'est précisément dans ce sens, que les politiques étatiques vont être traitées dans le cadre de cette étude. L'emploi de ce terme vise à mettre l'accent non seulement sur la teneur de la règle juridique étatique ou le moyen de son imposition mais également, sur l'objectif qu'elle souhaite atteindre. Cette perception des règles impératives étatiques permettra à l'arbitre de bénéficier d'une marge de manœuvre pour trancher un litige ayant un intérêt étatique. Allant jusqu'à se doter d'un pouvoir discrétionnaire qui lui donnera d'apprécier la légitimité de la politique étatique concernée.

La sensibilité de certaines matières commerciales rend d'ailleurs l'arbitre attentif à la question de l'imposition des politiques étatiques visant de façon ultime à réaliser un intérêt public, ce qui restreint le libéralisme associé à l'arbitrage. En effet, l'arbitrage permet aux opérateurs économiques internationaux de se libérer de certaines contraintes étatiques. En revanche, d'autres contraintes étatiques qui expriment des politiques étatiques inaliénables, sont et doivent être, imposées par l'arbitre. Il est bien placé pour permettre la prospérité de l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle, sans pour autant sacrifier les contraintes

⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} édition, PUF, Paris, 2016. p. 774.

étatiques jugées cruciales.

Indéniablement, les Etats conservent le contrôle sur certaines matières qui affectent la stabilité de l'ordre public sur leurs territoires, même si l'ère actuelle est l'ère de la mondialisation. Les Etats veillent à ce que des lignes d'action soient respectées dans certains domaines et ne cèdent pas à la pression du libéralisme qui accompagne la mondialisation. L'un des piliers sur lesquels reposent les Etats est l'économie nationale. Par conséquent, les politiques imposées par les Etats pour protéger leur économie sont justifiables. En d'autres termes, il est dans l'intérêt des Etats d'imposer le respect de l'ordre public économique, car le résultat d'un tel cadre est « *la réalisation d'objectifs économiques et sociaux précis* »¹⁰.

Parmi les matières qui ont un impact direct sur l'économie se trouvent les pratiques commerciales prohibées car elles exercent une influence sur la stabilité économique dans les ordres juridiques étatiques. De fait, les pratiques commerciales exercées par certaines entreprises, affectent l'équilibre des marchés constitutifs de l'économie. Elles doivent être surveillées par l'Etat ou les Etats concernés et cela peut se traduire par des mesures concrètes et fermes visant à mettre fin au préjudice subi par l'économie ou l'équilibre nécessaire à une bonne économie. Autrement dit, la matière commerciale n'échappe pas au domaine des Etats puisque l'économie en dépend d'une certaine manière.

Lorsqu'il est question de la matière commerciale, il ne s'agit pas seulement d'une zone très limitée où la liberté contractuelle est prépondérante. Il s'agit également de l'autre facette, celle d'une matière très règlementée par des dispositions légales prohibant toute pratique commerciale de nature à ébranler les économies étatiques sur le court ou le long terme. Cette idée est bien illustrée par un auteur selon qui « [...] *le droit commercial, [...] est la résultante d'une confrontation du politique et de l'économique ; du public et du privé ; du libéralisme des échanges et de la protection des tiers ; du collectif et de l'individuel* »¹¹.

Dès lors, la matière commerciale est régie par des règles étatiques impératives dont l'objectif est de sauvegarder l'équilibre nécessaire à protéger l'économie nationale. C'est la fonction

¹⁰ **SALAH MOHAMED MAHMOUD (M.)**, « Droit économique et droit international privé. Présentation – ouverture » : *RID éco.*, 2010, p. 15.

¹¹ **KESSEDJIAN (C.)**, « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales (Volume 300) » : *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 2002, p. 95.

attribuée au droit de la concurrence¹². En effet, ce droit définit le périmètre dans lequel peuvent manoeuvrer les opérateurs économiques et le dépassement de ce périmètre doit être sanctionné. En fait, ce droit fait partie du droit économique¹³ qui est à son tour présenté « *comme une excroissance du droit public de l'économie ou comme une extension du droit commercial* »¹⁴. Du reste, attacher le droit économique qui englobe le droit de la concurrence, au droit commercial, démontre son champ d'application qui est la matière commerciale.

Appartenant au droit public économique, le droit de la concurrence par sa nature même, ne plie pas devant les relations internationales de droit privé. En principe, pour que le droit de la concurrence trouve à s'appliquer, il faut délimiter le marché concerné de l'Etat ou des Etats concernés. En l'occurrence, le marché concerné d'un Etat est son marché intérieur, alors que le marché de plusieurs Etats est le marché unique qui regroupe les Etats membres de ce marché.

« *De façon générale, on entend par marché la rencontre de l'offre et de la demande pour un certain bien (ou ses substituts) et dans une certaine région* »¹⁵. Lorsque la région qui sert à déterminer le marché d'un bien donné correspond au territoire d'un Etat donné, le marché intérieur de cet Etat est impliqué.

Par conséquent, il existe le marché intérieur d'un seul Etat ou le marché intérieur de plusieurs Etats, comme c'est le cas de l'Union européenne.

Lors de la détermination de ce marché, « *le point décisif n'est pas où se trouvent les demandeurs ou les offrants mais dans quelle région ils font l'offre ou la demande, dans le pays ou à l'étranger. La question cruciale est de savoir dans quel endroit géographique l'offre et la demande se rencontrent. Le marché ne se laisse pas diviser en un "marché de l'offre" situé à l'étranger et un "marché de la demande" situé dans le pays et vice versa. Il comprend toujours l'offre d'où qu'elle vienne ainsi que la demande (quelle que soit sa*

¹² L'habilité de l'arbitre à appliquer le droit de la concurrence ne fait plus de doute : “*The question of whether and if so, to what extent art. 101 TFEU is arbitrable was controversial for a while, but now settled in favour of the full arbitrability of art. 101 TFEU.*” : **BLANKE (G.)**, « The arbitrability of EU competition law: the status quo revisited in the light of recent developments: Part 1 » : *GCLR*, 2017, 10 (2), paragraph 92. « *Le droit de la concurrence a désormais acquis droit de cité au sein de la jurisprudence arbitrale* » : **RACINE (J.-B.)**, « L'arbitre face aux pratiques illicites du commerce international » : *Petites affiches*, 2010, n° 201, p. 8.

¹³ **SALAH MOHAMED MAHMOUD (M.)**, « Droit économique et droit international privé. Présentation – ouverture », *op. cit.*, p. 11.

¹⁴ *idem*, p. 10.

¹⁵ **BASEDOW (J.)**, « Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence » : *Recueil des cours*, n° 264, l'Académie de droit international de la Haye, 1997, p. 42.

provenance) pour une certaine région. Il est ainsi, dans chaque cas, déterminant de constater si l'offre et la demande se rencontrent à l'étranger ou dans le pays, si l'offrant et le demandeur apportent leurs prestations respectives en vue d'une région qui est située dans le pays ou à l'étranger »¹⁶.

« Le marché intérieur est sur la base de ces explications l'endroit où une marchandise trouve un preneur, le marché des débouchés, l'endroit où elle est remise au client, où elle est livrée. Pour une prestation de service, le marché intérieur est constitué par la région pour laquelle elle a été effectuée. Pour une construction, c'est par exemple l'endroit où elle est érigée, pour un brevet d'invention la région pour laquelle il est concédé »¹⁷.

A partir de cette définition, le droit de la concurrence édicté pour protéger ce marché, revendique son application lorsque la concurrence est restreinte sur le marché délimité par la rencontre de l'offre et de la demande. Autrement dit, le droit de la concurrence intervient à chaque fois qu'« une influence est exercée sur le marché »¹⁸ pour un bien donné. Il intervient pour protéger la région qui tombe sous son emprise si « des effets se font sentir quand la concurrence entre les offrants ou entre les demandeurs de ce bien et dans cette région est restreinte. Plus précisément : le marché pour ce bien et dans cette région est troublé par le fait que la liberté de la concurrence entre les offrants du bien est restreinte et que par là même, la liberté d'action (la liberté de choix, de détermination, de contracter) des demandeurs pour ce bien et dans cette région est réduite »¹⁹.

Le droit de la concurrence se revendique applicable dès la déstabilisation du marché intérieur dont il assure la protection, c'est à dire dès que l'effet néfaste constaté sur le marché, est défini comme point de rattachement. Concrètement, le droit de la concurrence va se référer au « critère de territorialité objective »²⁰ pour déterminer son champ d'application. Les droits de la concurrence européen et français ont adopté ce critère comme fondement de leur application²¹. Ils utilisent des mécanismes juridiques permettant une application aussi

¹⁶ *idem*

¹⁷ *idem*, pp. 42-43.

¹⁸ *idem*, p. 42.

¹⁹ *idem*

²⁰ *idem*, p. 91.

²¹ Bien que le principe de l'effet incident constitue la position théorique du droit européen de la concurrence et la position de la Commission européenne, la pratique jurisprudentielle de la Cour de Justice a démontré qu'« il existait toujours un lien supplémentaire avec le marché commun, que cela soit au sens de la territorialité subjective grâce à l'endroit où se déroulent les pratiques restrictives de la concurrence ou au

étendue, car ils ont la volonté réelle de repousser les pratiques anticoncurrentielles et ce, dans l'intérêt public, très présent dans ces droits.

Ceci étant, il convient de signaler que "l'intérêt public" doit être pris au-delà de son sens strict car il englobe le résultat escompté de la protection d'un intérêt privé, lorsqu'elle conduit à la stabilisation de l'ordre économique²². Le droit de la concurrence qui protège les opérateurs agissant sur le marché, n'entend pas seulement défendre leurs intérêts privés. Il cherche la réalisation d'un objectif plus global : protéger le consommateur, pris en sa qualité abstraite et non en sa qualité spécifiée, en lui permettant d'acheter des produits et des services aux prix les plus optimisés²³. En outre, le droit de la concurrence inclut l'intérêt de tiers qui se traduit par le droit pour tous les opérateurs économiques agissant sur un marché, d'agir librement, sans subir l'influence d'autres opérateurs, de nature à limiter leur choix. L'objectif est pour l'arbitre de ne pas se focaliser sur la nature privée de l'intérêt invoqué devant lui, sans faire le lien avec l'objectif ultime recherché par les politiques de concurrence qui constitue un intérêt public²⁴.

Les considérations qui peuvent influencer favorablement ou défavorablement l'implication de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques, sont multiples et d'origines différentes. Par exemple, le caractère consensuel de l'arbitrage, son efficacité, son détachement des ordres juridiques étatiques, l'autonomie de la volonté des contractants, la sécurité juridique des opérations économiques internationales exprimée par la prévisibilité et enfin que l'arbitre ne soit pas le garant de la protection des ordres juridiques étatiques, sont autant de considérations qui contribuent à la libéralisation de l'arbitre des politiques étatiques. A l'inverse, l'efficacité de la sentence arbitrale, la non-instrumentalisation de l'arbitrage, la nécessité de combattre les

sens du principe de la personnalité par le biais du rattachement au siège social d'une des entreprises concernées ou de la nationalité des personnes agissantes. » : **BASEDOW (J.)**, « Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence », *op. cit.*, p. 100.

²² Sur l'aspect économique du droit européen de la concurrence, il a été soutenu que « *le droit de la concurrence a fait l'objet d'une remarquable évolution depuis les débuts de la construction européenne. Historiquement appliqué par les juristes, il est le fruit de l'alchimie réalisé entre les sciences juridiques et les sciences économiques : juridiques, car la discipline est constituée d'un ensemble de règles déterminant les pratiques illicites ; économiques, aussi puisque sa visée ultime, par-delà le respect des règles en soi, est la protection du consommateur et l'efficacité économique* » : **GRYNFOGEL (C.)**, *Droit européen de la concurrence*, 4^e édition, LGDJ, 2016, p. 10.

²³ Certains auteurs ne distinguent pas les qualités de consommateur. L'intérêt du consommateur relève de l'intérêt privé et l'intérêt public est de protéger le marché : « *il fait peu de doutes que le droit de la concurrence vise aussi bien à protéger les consommateurs et les opérateurs économiques – intérêts privés – que le marché – intérêt public* » : **JOURDAN-MARQUES (J.)**, *op. cit.*, p. 177.

²⁴ Sur la distinction entre l'intérêt public et l'intérêt général voir : **JOURDAN-MARQUES (J.)**, *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, *op. cit.*, p. 174.

pratiques illicites dans la sphère internationale, la préservation de l'arbitrage en tant que mode de règlement de litiges, l'élargissement de l'arbitrabilité ou la prise en compte des intérêts étatiques par la *soft law*, sont eux, des considérations militant en faveur de la prise en considération, voire l'application par l'arbitre des politiques étatiques. Le principe des attentes légitimes peut être taillé sur mesure pour qu'il soit invoqué en faveur des deux positions contradictoires et ce, en fonction du point de vue à partir duquel la question des politiques étatiques, est examinée.

L'influence exercée par ces considérations contradictoires sur la doctrine et la jurisprudence arbitrales, ne facilite pas la tâche du chercheur qui souhaite prendre position sur le rôle joué ou qui doit être joué, par l'arbitre face aux politiques étatiques en matière commerciale. Il faut garder une sorte d'équilibre entre l'autonomie de l'arbitre nécessaire à l'efficacité, la crédibilité de l'arbitrage et la légitimité des politiques étatiques qui visent l'intérêt public. Face à une telle exigence, l'arbitre ne saurait se montrer indifférent, étant donné les conséquences néfastes qui pourraient s'ensuivre.

En principe, l'implication de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques en matière commerciale et en particulier, dans la défense du droit de la concurrence est indispensable. En effet, l'autonomie de l'arbitre reconnue par le principe dit de "compétence compétence", le pousse à adopter une attitude ralliée aux politiques étatiques de concurrence. En décidant que le litige entre dans le cadre de sa compétence, l'arbitre est amené à appliquer la règle juridique impérative régissant le litige. L'implication de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques de concurrence, résulte également de sa qualité de juge. Dès lors, il doit se garder d'être instrumentalisé par les acteurs économiques qui justement, recourent à l'arbitrage, en validant des pratiques illicites qui affecteraient les économies étatiques. Son statut de juge privé ne doit pas l'empêcher d'agir d'office²⁵ et de condamner des pratiques prohibées par les ordres juridiques étatiques, en employant les moyens à sa disposition. L'arbitre ne peut en aucun cas, prêter main forte à des opérateurs économiques de mauvaise foi.

Dès lors, l'argument selon lequel la protection des ordres juridiques étatiques ne relève pas de la compétence de l'arbitre et que cette mission n'incombe qu'au juge étatique, n'est pas

²⁵ **GOLDMAN (B.)**, « L'arbitrage international et droit de la concurrence » : *ASA Bull.*, 7(3), 1989, pp. 294-295 ; **GOLDMAN (B.)** : « Conclusions », in *Competition and arbitration law*, International Chamber of Commerce, Paris, 1993, pp. 336-337.

réaliste. Les litiges du commerce international impliquant la mise en œuvre du droit de la concurrence ne sont pas négligeables et c'est à l'arbitre qui incombe la résolution de ces litiges. L'arbitre est doté de pouvoirs considérables dans la résolution de litiges internationaux et s'il se désintéresse des préoccupations étatiques, les répercussions négatives en seront ressenties par les Etats. L'impact sera d'autant plus amplifié qu'il existe une tendance des juges étatiques à faire du contrôle de la sentence arbitrale, une formalité.

Le contrôle de la sentence arbitrale par le juge étatique est nécessaire mais ce qui ne l'est pas, c'est que le juge étatique soit obligé de réviser la sentence de l'arbitre. Cela serait contre-productif et subversif pour l'arbitrage. Le respect des ordres publics des Etats par l'arbitre fait de la relation entre le juge étatique et l'arbitre, une relation de coopération et non une relation de méfiance. Par ailleurs, il faut rappeler que l'arbitre « *n'est pas en mesure de s'assurer de la bonne exécution de sa sentence. L'arbitrage serait donc tributaire de la justice étatique* »²⁶.

La qualification juridictionnelle de la mission confiée à l'arbitre suffit à le rendre responsable de la défense des politiques étatiques car il exerce une fonction de juge. A ce titre, il ne peut se dispenser d'appliquer les normes nationales ou internationales, consacrant des politiques étatiques dignes de protection, étant donné les objectifs légitimes qu'elles poursuivent.

Il est vrai que l'internationalité des litiges tranchés par l'arbitre induit des difficultés non négligeables. Par exemple, l'internationalité implique la question du conflit de lois qui naît de l'autonomie de la volonté, dans la mesure où les opérateurs économiques internationaux peuvent choisir le droit applicable à leur contrat. Le problème surgit lorsque ce choix est remis en cause par l'intervention des lois de police qui traduisent habituellement les politiques étatiques. Lorsque l'arbitre examine la justification derrière l'application d'une politique étatique, il doit se montrer souple. S'il estime que la politique examinée ne mérite pas son approbation car les résultats escomptés ne sont pas de nature à représenter un intérêt public, il est en mesure de l'écarter. Il en sera de même s'il y a abus ou impartialité vis-à-vis des entreprises étrangères sous prétexte de politiques étatiques.

L'arbitre comprend qu'il ne peut être indifférent aux politiques étatiques car les Etats ont les moyens de restreindre ses pouvoirs à travers l'arbitrabilité et l'efficacité de la sentence

²⁶ JOURDAN-MARQUES (J.), *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, op. cit., p. 4.

arbitrale, celle-ci passant par des procédures de nullité ou d'exequatur. Certes, de telles mesures extrêmes sont improbables mais nul ne peut garantir à l'arbitre qu'elles ne soient la réaction brutale des ordres juridiques étatiques. Ainsi, « *l'arbitrage doit consolider sa légitimité pour ne pas être remis en cause par les ordres juridiques étatiques* »²⁷.

Pour se soustraire aux critiques concernant son interaction avec les politiques étatiques, l'arbitre a développé des pratiques et des techniques. C'est ainsi qu'il peut être objectif dans le traitement de litiges impliquant des politiques étatiques, en les défendant rationnellement lorsqu'il constate leur violation. Par ailleurs, sa réponse peut être partielle, indiquant chez lui des préjugés sur certaines questions appartenant également aux politiques étatiques. En d'autres termes, il peut accepter l'inclusion de certaines politiques étatiques à sa conception de l'ordre public et en repousser d'autres.

Le droit de la concurrence qui constitue l'objet de cette étude, contient les deux formes de politiques étatiques évoquées, classées selon la perception arbitrale de la matière concernée. C'est-à-dire que la perception arbitrale de la politique étatique de concurrence invoquée permet d'évaluer l'implication de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques de concurrence. Lorsqu'il s'agit d'appliquer des dispositions impérieuses du droit de la concurrence, cette implication peut être qualifiée d'implication spontanée. Lors de l'applicabilité des dispositions constituant la base du droit de la concurrence, telles que les ententes illicites ou les abus de position dominante, l'arbitre semble surmonter les difficultés qui l'entravent de les mettre en œuvre. Lorsque l'arbitre est confronté à ces deux matières impérieuses du droit de la concurrence, il examine l'applicabilité de ces dispositions de façon objective. Si les faits litigieux le conduisent à constater une violation de ces dispositions, il n'hésite pas à la sanctionner. En effet, lorsque l'arbitre examine une question relative au droit de la concurrence sans que l'issue de cet examen soit attendue, on peut dire qu'il est objectif et apprécie les conditions d'application de la disposition invoquée de façon neutre. Dans ce sens, s'il constate que le droit de la concurrence a été violé sur tel ou tel point, il condamnera cette contravention et en appréciera les conséquences. En revanche, s'il constate que le droit de la concurrence n'a pas été violé et que le bien-fondé de l'allégation de l'une des parties ou du tribunal lui-même, n'est pas établi, il déclare l'absence de contravention et en tire également les conclusions qui s'imposent. L'implication de l'arbitre dans l'application des

²⁷ *idem*, p. 7.

dispositions fondamentales du droit de la concurrence, est donc indubitable. Cette implication se traduit par la possibilité réelle de déclarer l'annulation de l'accord contraire au droit de la concurrence ou la possibilité de tirer les conséquences du comportement anticoncurrentiel constaté par lui.

D'un autre côté, les dispositions fondamentales du droit de la concurrence étant notamment composé de politiques étatiques de nature sensible, les Etats ne peuvent accepter aucune méconnaissance de l'arbitre en ces matières. Comme cela a déjà été dit, les conséquences néfastes sur les marchés qui subissent des pratiques prohibées, sont telles que l'arbitre doit exercer un contrôle sur les ententes prohibées et sur l'abus de position dominante spontanément.

De fait, la jurisprudence arbitrale démontre que l'arbitre est plus disposé à accepter d'examiner des arguments fondés sur l'abus de position dominante ou les ententes prohibées par le droit de la concurrence, car il partage les mêmes visions étatiques. Conscient de l'importance de son rôle dans la lutte contre ces pratiques, son implication est bien établie et mérite l'approbation. Il faut signaler à cet égard, que les dispositions portant sur les ententes prohibées, sont plus susceptibles d'être invoquées devant l'arbitre que celles qui portent sur l'abus de position dominante. Cela est dû au fait que les ententes sont plus en contact avec la matière contractuelle qui est le terrain commun ou classique de l'arbitre. Toutefois, ce constat n'empêche pas l'arbitre de se prononcer sur des questions intéressant l'abus de position dominante dans certains contrats ou même, sur des questions relatives à l'abus de position dominante fondées sur la responsabilité délictuelle, en mettant en œuvre une clause de compromis. Cela s'applique également aux ententes prohibées car le contrat n'est pas le seul moyen de mettre en place une entente contrevenant au droit de la concurrence.

Les contrats susceptibles d'éveiller l'application du droit fondamental de la concurrence, notamment les dispositions relatives à l'abus de position dominante et les ententes illicites, sont multiples et variés : contrats de distribution, de fourniture, accords de licence, de joint-ventures, de coopération. Tous sont aptes à impliquer des enjeux concurrentiels dont la résolution des litiges est confiée à l'arbitre, puisque ces contrats sont normalement soumis à l'arbitrage²⁸.

²⁸ **BLANKE (G.)**, « The arbitrability of EU competition law: the status quo revisited in the light of recent developments: Part 1 », *op. cit.*, paragraph 87.

Pour mener sa tâche à bien, l'arbitre étudie précisément une matière technique dont la maîtrise nécessite des compétences particulières. Cette expertise sera notamment tangible lorsqu'il appliquera des dispositions permettant d'exempter des pratiques en principe condamnées, par les dispositions prohibant les ententes illicites. Pour ce faire, il vérifiera l'existence des conditions nécessaires à la validation de ces ententes. Le droit européen de la concurrence fournit un exemple éclairant à cet égard, avec l'article 101 § 3 du TFEU. Selon cet article en effet, la réunion de certaines conditions permet à l'arbitre d'exempter une pratique prohibée malgré le fait qu'elle constitue une entente illicite. Permettre à l'arbitre d'apprécier l'applicabilité de l'exemption légale, signifie qu'il est impliqué dans la réalisation des objectifs, escomptés de ladite exemption. En d'autres termes, c'est l'arbitrabilité de la matière déduite de l'adoption du Règlement (CE) n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 du TFUE²⁹ qui l'a rendu participant dans la défense des politiques de concurrence et dans les dispositions relatives aux ententes prohibées. De plus, l'arbitre est habilité à appliquer les Règlements européens dits Règlements d'exemptions par catégorie, édictés en application de l'article 101 § 3 du TFUE. D'après celui-ci, la réunion de certaines conditions permet de valider des accords, des pratiques concertées et des décisions d'association, tombant objectivement sous le coup de l'article 101 § 1 du TFUE. Il existe par exemple, des Règlements d'exemption par catégorie pour les accords verticaux, de recherche et de développement, de spécialisation, de transfert de technologie ou encore de distribution automobile. Par conséquent, ces Règlements servent de cadre explicatif de l'article 101 § 3 du TFUE que l'arbitre peut mettre en œuvre. Ce faisant, il participe à la mise en œuvre des pratiques étatiques primordiales de concurrence.

A l'évidence, l'arbitre fait face à des obstacles juridiques lorsqu'il décide d'appliquer le droit de la concurrence. L'un de ces obstacles peut être que la loi d'autonomie qui régit le contrat, n'est pas celle qui revendique son application, ce qui pose la question du respect de la volonté des contractants³⁰. Un autre obstacle viendra des parties à l'arbitrage lorsqu'elles veulent

²⁹ Du Conseil du 16 décembre 2002, J. O., n° L 1 du 04/01/2003, pp. 1-25.

³⁰ A cet égard, il a été soutenu que « *le développement simultané de l'arbitrage et des droit de la concurrence est à l'origine d'une rencontre parfois conflictuelle entre l'autonomie de la volonté, sur laquelle est fondé l'arbitrage, et l'impérativité des politiques économiques.* » : **IDOT (L.)**, « Rapport introductif », in *Competition and Arbitration Law*, International Chamber of Commerce, Paris, 1993, p. 13. Un autre auteur a écrit dans le même sens que « *l'application du droit de la concurrence par l'arbitre, en effet, provoque l'affrontement de deux logiques : d'une part l'autonomie des parties à l'arbitrage, d'autre part la nécessité du contrôle de concurrence.* » : **MAILHE (F.)**, « L'arbitrage saisi par le droit de la concurrence : Requiem pour une chimère juridique », *Rev. D. Aff.*, 2008, n° 6.

contourner le droit de la concurrence en interdisant à l'arbitre, d'examiner leur contrat sous cet angle. Enfin, les parties peuvent libérer leur contrat de toute loi étatique en le plaçant sous l'autorité de la *lex mercatoria*.

La volonté de l'arbitre d'imposer les dispositions impérieuses du droit de la concurrence ne doit pas être infléchie par de tels obstacles. L'implication de l'intérêt public lui permet de s'affranchir de tous ces obstacles.

L'implication arbitrale à l'égard de certaines politiques étatiques de concurrence ne trouve pas d'équivalence lorsqu'il s'agit d'autres politiques étatiques de concurrence. Autant l'arbitre sera-t-il impliqué lorsqu'il est confronté à des questions concurrentielles cruciales, autant il ne veillera pas à la mise en œuvre des politiques étatiques de concurrences, considérées comme secondaires ou annexées au droit de la concurrence. Il s'agit là d'une partie du droit de la concurrence où la mise en œuvre de ses dispositions, ne dépend pas de l'affectation du marché concerné dans son ensemble. Il suffit de constater la pratique prohibée en soi, pour que la responsabilité de son auteur soit engagée, en dehors de l'exigence classique du droit de la concurrence traduite par une influence exercée sur le marché, débouchant sur une restriction de la concurrence.

Si l'arbitre examine une question relative au droit de la concurrence et que sa réponse est l'inapplicabilité de la disposition invoquée, l'attitude de l'arbitre équivaut à une implication formelle dans la défense des politiques étatiques de concurrence. L'arbitre déclare la position classique dont il est convaincu et son examen de la question du droit de la concurrence est une formalité visant à éviter la critique de l'*infra petita*. De manière plus générale, c'est une façon d'échapper au contrôle du juge étatique qui voit dans l'étude de l'applicabilité du droit de la concurrence - aboutissant à une réponse négative - un empêchement d'aller plus loin, dans le contrôle de la sentence arbitrale. Par la suite, la sentence échappera à la violation de l'ordre public de l'Etat, édictant le droit de la concurrence.

Cette position arbitrale peut être constatée dans l'interaction entre l'arbitre et des politiques étatiques de concurrence, telles que le déséquilibre contractuel significatif et la rupture brutale de relations commerciales établies. Ces dispositions faisant partie du droit français de la concurrence, donc d'une politique étatique française, seront examinées par un arbitre international.

Il est à noter que l'arbitre se montre parfois flexible dans sa volonté de condamner des pratiques répréhensibles selon la loi française. Il est même possible que la sanction du déséquilibre contractuel significatif, soit absente devant l'arbitre international. Quant à la rupture brutale de relations commerciales établies, l'arbitre ne procédera à une condamnation que si cette rupture correspond à sa conception de la bonne foi devant régir les relations commerciales.

Cette attitude arbitrale est constante malgré le fait qu'elle ait les fondements juridiques lui permettant de mettre en œuvre ces politiques étatiques de concurrence. Il s'agit en premier lieu de la *soft law*. Cette branche du droit soutient les politiques étatiques de façon générale. Il existe en son sein, des dispositions consacrées à la nécessité d'appliquer les politiques étatiques, ce qui équivaut à une mise en garde sur les effets néfastes de la méconnaissance de ces politiques. La *soft law* incite la mise en œuvre des lois de police et le respect des ordres publics étatiques.

Pour l'arbitre, il est particulièrement aisé de mettre en œuvre une politique étatique et par la suite, de fonder sa décision, sur des dispositions relevant de la *soft law*. Son statut en tant que juge du commerce international lui permet de puiser des règles juridiques dans toutes les sources de droit disponibles. Il le peut également parce que le principe d'autonomie de la volonté des contractants, permet de désigner une norme souple comme un droit régissant le contrat devant l'arbitre. Que cette norme renvoie aux règles juridiques impératives des ordres juridiques étatiques, suffit à ce qu'elles soient prises en considération, voire appliquées. Les Principes d'Unidroit par exemple, incitent le tribunal saisi à mettre en œuvre des règles impératives relevant des ordres juridiques étatiques. Le simple fait que la *soft law* préconise la mise en œuvre des normes impératives étatiques, est une raison de plus pour que l'arbitre tienne compte de ces dispositions. Ne serait-ce que parce qu'elle permet de fonder la légitimité de la sentence arbitrale contenant l'application d'une loi de police étrangère à la loi d'autonomie.

Outre la *soft law*, une certaine conception de la *lex mercatoria* permet à l'arbitre de mettre en œuvre des politiques étatiques de concurrence. La *lex mercatoria* est conçue comme une méthode de résolution du conflit de lois, méthode permettant de désigner la loi à appliquer et contribuant à augmenter les chances d'application d'une politique étatique de concurrence.

Par ailleurs, lorsque le contrat est placé sous l'autorité exclusive de la *lex mercatoria*, celle-ci est capable d'absorber des règles d'ordre public, relevant d'ordres juridiques étatiques et de les regrouper sous la conception d'ordre public transnational. Cette fonction de la *lex mercatoria* est opérable et permet d'imposer le droit de la concurrence dans toutes ses composantes.

De surcroît, l'interaction entre l'arbitre et les politiques étatiques de concurrence s'observe dans les litiges d'investissement, ce qui est visible lorsque l'arbitre est confronté à des questions concurrentielles dans des litiges d'investissements. Dans la mesure où le droit de la concurrence contrevient à un Traité d'investissement, l'arbitre ne peut que faire prévaloir le Traité d'investissement sur le droit de la concurrence. L'arbitre partira de ce principe.

Lorsqu'un Traité d'investissement s'applique à une question qui tombe en même temps sous l'autorité du droit de la concurrence, c'est le Traité qui l'emporte devant l'arbitre. L'arbitre fait primer le Traité d'investissement sur le droit de la concurrence, sans heurter ce dernier frontalement. Il inclut donc dans son raisonnement, le droit de la concurrence en tant que fait susceptible d'influencer sa décision, certaines conditions sont réunies. Toutefois, si l'arbitre trouve une justification dans le Traité d'investissement lui permettant d'appliquer les dispositions du droit de la concurrence, il y procédera. C'est pourquoi il est permis de dire que les pouvoirs de l'arbitre dans ce contexte sont encadrés.

L'exclusion du droit de la concurrence au profit d'un Traité d'investissement a été observée sur le plan européen. C'est l'attitude principale adoptée par l'arbitre en matière d'aides d'Etat, consacrée par le droit européen de la concurrence lorsqu'un Etat membre prend une mesure à l'encontre d'un investisseur, en application du droit européen de la concurrence qui prohibe les aides d'Etat. Cela se traduit concrètement par le fait que l'investissement protégé par le Traité d'investissement bénéficie d'une aide de l'Etat, telle que des avantages fiscaux. L'Etat concerné supprimera cette aide pour préserver la concurrence sur le marché européen et l'arbitre sera ensuite saisi, en vertu du Traité d'investissement applicable.

Dans d'autres litiges d'investissement, l'application du Traité d'investissement n'entraîne pas la mise à l'écart du droit de la concurrence parce que la contradiction fait défaut. D'ailleurs, le Traité permet l'application de ce droit contre le gré de l'Etat l'édicte, car l'arbitre en réalité, se trouve en mesure d'appliquer le droit de la concurrence sous couvert du Traité

d'investissement. Lorsqu'une mesure étatique vise le pouvoir concurrentiel d'un investisseur qui exerce une activité commerciale sur le territoire de l'Etat hôte, il applique certains principes relevant du droit de la concurrence. Encadré par le Traité d'investissement, l'arbitre traite la question concurrentielle sous couvert du principe de traitement national, typiquement inclus dans les Traités d'investissement. Il sanctionne la mesure étatique visant le pouvoir concurrentiel de l'investisseur, en déclarant une violation du principe de traitement national. Selon ce principe, l'Etat hôte ne doit pas privilégier ses entreprises nationales, au détriment de l'investisseur bénéficiant de ce principe.

Plus précisément, l'arbitre va employer le principe du traitement national, afin de protéger le droit de l'investisseur. Ce droit est celui de participer au jeu de la concurrence sur le territoire de l'Etat qui a pris des mesures visant à contenir ou endiguer la puissance concurrentielle de l'investisseur, qui opère sur son territoire et qui fait concurrence aux entreprises nationales. De cette façon, l'arbitre imposera l'application du droit de la concurrence de l'Etat, à l'origine des mesures affectant le pouvoir concurrentiel des investisseurs étrangers. En d'autres termes, le fait de porter atteinte à la position concurrentielle de l'investisseur étranger qui profite à des entreprises nationales, constitue le déclenchement de la mise en œuvre du principe de traitement national. Cette position arbitrale constitue d'ailleurs un rempart empêchant certains Etats d'instrumentaliser leur droit de la concurrence, en l'utilisant contre les investisseurs étrangers.

La mise en œuvre par l'arbitre des politiques étatiques de concurrence peut intervenir à la suite d'une décision rendue par une autorité de concurrence. Décision mettant fin à des pratiques anticoncurrentielle ou atténuant les effets d'une opération de concentration économique. A cet égard, l'arbitre est chargé de la bonne application des engagements prévus par la décision de l'autorité de concurrence incombant à l'entreprise concernée vis-à-vis des tiers. En d'autres termes, l'implication de l'arbitre dans la défense de cette matière prend une forme moins volontaire que son implication spontanée, constatée à l'égard des ententes illicites et de l'abus de position dominante. Dans ce type d'arbitrage, dit arbitrage d'engagements concurrentiels, l'implication de l'arbitre est restreinte dans le sens où sa marge de manœuvre dans l'application du droit de la concurrence, est très étroite. Finalement réduit à un bras opérationnel mettant en œuvre les décisions de l'autorité de la concurrence compétente, il est tenu de suivre celle-ci dans son interaction avec le droit de la concurrence. Dans l'arbitrage d'engagements concurrentiels, l'arbitre est chargé au nom des autorités de la

concurrence, de faire respecter les engagements auxquels les entreprises ont souscrit. Cette action rassurera les autorités sur le statut de la concurrence sur le marché concerné. Ce type d'arbitrage est approuvé par la principale autorité de la concurrence au niveau européen, la Commission européenne. Dans sa mission d'appliquer et de faire respecter les engagements concurrentiels, l'arbitre est totalement impliqué dans la défense des politiques étatiques de concurrence. Néanmoins, cette implication est restreinte étant donné sa subordination à l'autorité de la concurrence en charge de valider ou pas, les engagements des entreprises. Il usera alors de décisions contraignantes pour ces entreprises mais également d'une certaine façon, pour lui-même.

Le traitement arbitral différencié vis-à-vis des politiques étatiques de concurrence, doit trouver une explication. En effet, l'arbitre ne reconnaît pas l'autorité du droit de la concurrence dans toutes ses composantes. Il procède en quelque sorte, à un tri des politiques étatiques de concurrence et il reconnaît la nécessité de la mise en œuvre de certaines d'entre elles. En revanche, sur d'autres politiques étatiques de concurrence, l'arbitre montre un intérêt superficiel pour leur application, encore plus pour leur imposition. La justification avancée par l'arbitre pour se dissocier de ces politiques tient de façon générale, à l'internationalité des litiges concernés, à la nature de l'intérêt privé, au caractère professionnel des opérateurs économiques et enfin, à leur expérience des opérations du commerce international. Dans les litiges d'investissement, l'arbitre n'hésite pas à exclure le droit de la concurrence, en décidant de la primauté du Traité d'investissement sur le droit de la concurrence. Il invoque la nécessité que les Etats respectent leurs obligations internationales nées de ce Traité. Toutefois, cela ne l'empêche pas de tenir compte du droit de la concurrence dans son raisonnement portant sur des litiges d'investissement ou de concilier les deux normes, si cela s'avère possible.

La question qu'il convient de se poser en définitive, est la suivante : quel est le facteur qui marque un tournant dans la position arbitrale vis-à-vis des différentes politiques étatiques de concurrence ?

La réponse se trouve dans la légitimité de la politique étatique de concurrence impliquée. L'arbitre considère que les dispositions fondamentales constituant le droit de la concurrence sont légitimes et méritent d'être défendues. Par conséquent, il ne conteste pas l'application des dispositions relatives à la prohibition des ententes illicites, à l'abus de position dominante.

En revanche, l'arbitre conteste la légitimité de certaines politiques étatiques de concurrence, estimant qu'elles sont de nature à déstabiliser la pratique contractuelle poursuivie dans le commerce international. Ainsi, il ne donne pas d'effet à certaines dispositions annexées au droit de la concurrence et qui touchent le fond du contrat. Il examine l'application de ces dispositions lorsqu'elles sont invoquées par les parties à l'arbitrage, mais il ne retient que la partie des dispositions qu'il juge compatibles avec sa propre perception des transactions internationales.

L'arbitre conteste également la légitimité de certaines dispositions relevant du droit de la concurrence, parce qu'elles sont en contradiction avec un instrument juridique d'un pouvoir normatif, supérieur à celui du droit de la concurrence applicable ou en tout cas, un instrument juridique jouissant de la priorité. Pour l'arbitre international, le Traité d'investissement ne doit pas être remis en cause par le droit de la concurrence, cela rendrait l'application de ce dernier, illégitime.

En revanche, dans certains cas, l'arbitre parvient à appliquer le droit de la concurrence et le Traité d'investissement cumulativement et harmonieusement. Un tel résultat serait atteint lorsque le Traité d'investissement permet l'inclusion de la dimension concurrentielle dans ses dispositions. Dans ce cas de figure, la légitimité du Traité d'investissement n'est pas remise en cause.

Non seulement la légitimité de la politique étatique de concurrence qui dicte le comportement de l'arbitre mais aussi le contexte dans lequel intervient l'arbitre. Lorsque l'arbitre intervient aux côtés de l'autorité public en vue d'imposer ses politiques de concurrence, les prérogatives de l'arbitre seront encadrées par cette autorité et son implication dans la défense de ces politiques, ne serait pas expliquée selon la perception arbitrale de la légitimité. L'arbitre participe dans la mise en œuvre des décisions émises par les autorités de la concurrence sans qu'il y ait appréciation de légitimité vis-à-vis de ces décisions.

Par conséquent, il est possible de soutenir que la position prise par l'arbitre à l'égard des politiques étatiques de concurrence, est tridimensionnelle. En effet, l'arbitre défend certaines politiques étatiques de concurrence de manière spontanée (Partie 1). Mais son implication dans la défense d'autres politiques étatiques de concurrence peut se révéler purement formelle (Partie 2). Enfin, dans d'autres cas, l'arbitre n'a pas une complète marge de manoeuvre et son implication dans la défense des politiques étatiques apparaît encadrée (Partie 3).

Première Partie : L'implication spontanée de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques de concurrence

Deuxième Partie : L'implication formelle de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques de concurrence

Troisième Partie : L'implication encadrée de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques de concurrence

PREMIÈRE PARTIE

L'IMPLICATION SPONTANÉE DE L'ARBITRE DANS LA DÉFENSE DES POLITIQUES ÉTATIQUES DE CONCURRENCE

La légitimité de l'arbitre pour trancher des questions relevant de l'ordre public des Etats est de moins en moins contestée. L'arbitre se reconnaît le droit de se prononcer sur l'application des dispositions relevant de l'ordre public des Etats de façon générale et en matière du droit économique en particulier. En effet, l'appartenance du droit de la concurrence au droit économique, imprégné par des dispositions impératives mais aussi au droit commercial, qui constitue le domaine juridique naturel de l'arbitre rend l'arbitrabilité de cette matière indispensable pour ce dernier.

L'arbitre fait son possible pour s'approprier une grande part des litiges du commerce international. Il a compris que l'expansion de l'arbitrage comme mode de règlement de litiges de commerce international va de pair avec la prise en compte de certaines dispositions du droit de la concurrence dont le respect est crucial pour les Etats. C'est la raison pour laquelle l'arbitre se sent obligé de prêter une attention globale au droit de la concurrence en général et une attention particulière à certaines dispositions de ce droit étant donné l'effet néfaste causé par leur méconnaissance. Il semble que le consensus portant sur l'importance de certaines matières pour le fonctionnement des marchés des Etats rend ces matières dignes de respect intrinsèquement.

Lorsque l'arbitre prête main-forte à des politiques étatiques de concurrence en les rendant efficaces par leur mise en œuvre, il est impliqué dans la défense des politiques étatiques de concurrence. Il convient de qualifier cette attitude arbitrale d'implication spontanée dans la défense des politiques étatiques de concurrence.

L'implication spontanée de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques de concurrence désigne la prédisposition de l'arbitre à accueillir des arguments fondés sur des dispositions relevant du droit de la concurrence et dont l'examen pourrait sceller l'issue d'un litige.

Cette implication désigne également la liberté totale de l'arbitre vis-à-vis des parties au litige lorsqu'il se prononce sur l'applicabilité d'une disposition relevant du droit de la concurrence. Cela veut dire que l'accord, selon lequel les parties à l'arbitrage s'entendent pour ne pas

appliquer le droit de la concurrence, ne doit pas être recevable par l'arbitre³¹. En outre, l'implication spontanée signifie que la désignation d'un droit applicable outre que le droit de la concurrence qui prétend régir le litige n'empêche pas l'arbitre d'appliquer ce dernier.

Il s'y ajoute que, l'implication spontanée de l'arbitre fait référence à l'absence de toute contrainte juridique obligeant l'arbitre à rendre une sentence contrevenant au droit de la concurrence. C'est dire que contrairement à l'implication encadrée, qui va être analysée plus loin, l'implication spontanée de l'arbitre signifie que lorsqu'il applique le droit de la concurrence, ses prérogatives ne dépendent pas de l'application d'une autre norme juridique comme le droit de l'investissement ou une décision administrative comme les décisions rendues par la Commission européenne en matière d'engagements concurrentiels.

Par-dessus tout, l'implication spontanée de l'arbitre désigne son attachement à l'application de certaines dispositions du droit de la concurrence en toute objectivité et sans préjugés. L'objectivité amène l'arbitre à examiner les conditions nécessaires à la mise en œuvre d'une disposition juridique et dès la réunion de ces conditions, il ne saurait pas repousser la condamnation de la pratique prohibée par la disposition en question. L'exclusion par l'arbitre des préjugés, lors de l'application d'une disposition relevant du droit de la concurrence signifie que sa décision ne doit pas être attendue dans le sens où cette décision est prévisible, étant donné le dogmatisme arbitral constaté sur certaines questions qui sera examiné plus loin.

En réalité, l'attitude arbitrale favorable à la défense des politiques étatiques de concurrence est observée vis-à-vis des matières principales constituant le socle du droit de la concurrence, à savoir : les ententes illicites et l'abus de position dominante. A travers ces deux matières impérieuses du droit de la concurrence, il s'agira de cerner l'interaction concrète s'opérant entre elles et l'arbitre, en explorant les points essentiels qui permettent à l'arbitre de parvenir à une issue satisfaisante d'un point de vue du droit de la concurrence.

Prenant toutes ces précisions en compte, il convient d'aborder les matières concernées par

³¹ M. Goldman a écrit à cet égard que « *Naturellement, si la clause [compromissoire] - on parle souvent de clause pathologique et celle-là l'est certainement – reflète la volonté des parties de dire : "Monsieur, vous ne regardez pas les règles de concurrence", cette clause est purement et simplement nulle parce qu'elle manifeste la volonté des parties de contourner des règles impératives.* » : **GOLDMAN (B.)**, « Conclusions », *op. cit.*, p. 337. Face à cette situation, l'arbitre ne doit pas rester passif, il est tenu de regarder la violation du droit de la concurrence sans détours et de prendre sur le fond, la décision appropriée : **GOLDMAN (B.)**, « Conclusions », *op. cit.*, p. 337

cette attitude arbitrale. L'implication spontanée de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques de concurrence est observée dans son contrôle des ententes illicites (Titre1) et dans son contrôle de l'abus de position dominante (Titre2).

TITRE I

LE CONTRÔLE DES ENTENTES PROHIBÉES

Avant d'appréhender le thème des ententes illicites, une définition générale de la notion s'impose. En effet, « *la notion d'entente s'entend en une concertation entre au moins deux entreprises, formalisée dans un accord ayant pour objet et/ou effet de fausser ou entraver le jeu de la concurrence sur les marchés* »³².

Cette définition met l'accent sur la dimension volontaire, considérée comme nécessaire, pour établir la responsabilité des entreprises impliquées dans un accord illicite. De plus, il convient de dire que la tâche de l'arbitre est relativement simple lorsque la concertation est formalisée dans une clause contractuelle. Cela n'exclut pas la possibilité que l'arbitre se prononce sur des ententes illicites sans support matériel. Cela permet de souligner un point essentiel, à savoir : certes, l'arbitre est un juge factuel qui ne va pas au-delà de la convention qui lui est soumise, mais ce n'est pas toujours opportun. En effet, il ne serait pas excessif de lui demander de chercher l'existence de l'accord illicite, en dévoilant la concordance de volontés sous quelque forme que ce soit, en vue de violer le droit de la concurrence.

Il se peut que l'entente existe bel et bien, mais qu'elle ne soit pas formalisée dans le contrat. Tel est le cas lorsque l'entente est orale ou tacite : « *le terme entente appartient au champ sémantique de l'oralité, de la parole et non de l'écrit. L'entente marque une compréhension tacite, une connivence, une complicité qui n'est pas formalisée* »³³. Une telle distinction subtile peut convenir dans certains cas, dans le champ de l'arbitrage, en particulier lorsque les parties à l'arbitrage ont recours à l'arbitre pour contourner les tribunaux étatiques.

Pour que l'arbitre intervienne au nom de l'intérêt public consacré par une législation étatique, il faut le plus souvent qu'un intérêt privé soit associé à cet intérêt public. Cette association d'intérêts est le résultat même de la nature de l'arbitrage. En effet, il est nécessaire que l'arbitre trouve dans le contrat litigieux dénoncé par la partie ayant intérêt, une atteinte à l'intérêt étatique. Et la mesure qu'il prend pour condamner le contrat bénéficie à l'une des

³² MAINGUY (D.), *Dictionnaire de droit du marché : concurrence, distribution, consommation*, Ellipses, Paris, 2008, p. 163.

³³ *idem*, pp.161-162.

parties au contrat et nuit aux intérêts de l'autre partie. L'arbitre est avant tout un juge de contrat, qui tranche les litiges relatifs à celui-ci, ce qui veut dire que la majorité des litiges relatifs aux ententes illicites intéressent des relations purement contractuelles. Par conséquent, il est amené le plus souvent à examiner la compatibilité de certaines clauses ou le contrat dans son ensemble avec les dispositions relatives aux ententes illicites. Lorsque l'une des parties à l'arbitrage dénonce le contrat en précisant qu'il constitue une entente illicite, la nullité est relevée par une partie à l'arbitrage, ce qui veut dire que l'argument de nullité arrange cette partie et qu'elle espère en tirer profit. L'intérêt étatique dans ce cas, coïncide avec un intérêt privé de l'une des parties.

Mais qu'en est-il lorsqu'aucune des parties n'a intérêt à dénoncer le contrat ?

Dans la mesure où aucune des parties à l'arbitrage ne profite de l'application de la prohibition des ententes, il incombe à l'arbitre d'invoquer d'office, l'incompatibilité de l'accord avec le droit de la concurrence applicable. Il s'agit des cas où les parties savent qu'elles enfreignent le droit de la concurrence et qu'elles utilisent l'arbitrage comme outil pour sauver l'accord allant à son encontre. Face à cette situation, si l'arbitre déclare son incompétence, son implication dans la défense des intérêts étatiques est avérée, puisqu'il refuse d'être complice d'une infraction au droit de la concurrence.

La rencontre entre l'arbitre et le droit de la concurrence est forte en matière d'ententes illicites comparativement à la matière d'abus de position dominante. Le lien étroit qu'entretient la matière des ententes illicites avec la matière contractuelle, donne à la première une particularité par rapport à la seconde : l'abus de position dominante. Il est tout à fait envisageable que les parties confèrent à l'arbitre une mission sans rapport avec un contrat, alors que la politique étatique est au cœur du débat. Tel est le cas en matière concurrentielle lorsqu'un opérateur économique agissant sur un marché accuse un autre opérateur économique d'abus de position dominante. Dans ce genre de litiges, il suffit que les deux opérateurs économiques se livrent à des opérations économiques sur le même marché. Autrement dit, une relation directe entre les deux opérateurs n'est pas exigée, il suffit qu'une relation indirecte de nature non contractuelle, soit établie. Il est évident qu'il s'agit de la responsabilité délictuelle dans la présente hypothèse. Ces opérateurs peuvent conclure un compromis pour que leur litige soit tranché par un arbitre. Dans un tel cas de figure, l'arbitre se prononce sur un litige intéressant les intérêts étatiques de premier ordre, sans pour autant qu'il y ait un contrat. Il faut remarquer que contrairement à la situation d'une entente illicite

consacrée par un contrat, la volonté commune des parties est à l'origine de l'intervention de l'arbitre, pour se prononcer sur l'abus de position dominante. Cela signifie qu'à contrario, en présence d'un contrat conclu entre les deux parties litigantes, une seule volonté suffit pour que l'arbitre se prononce sur le litige concurrentiel. D'ailleurs, l'arbitre dispose d'une marge de manœuvre plus importante dans l'appréciation des ententes illicites qu'avec l'abus de position dominante. En effet, à partir du moment où la position dominante est établie, la marge de décision de l'arbitre se réduit, lors de l'appréciation d'un abus commis par l'entreprise en position dominante.

Tout ceci permet de constater que la perception de l'arbitrage, ainsi que la matière concurrentielle face à laquelle se trouve l'arbitre, contribuent significativement à déterminer le rôle de l'arbitre dans ce domaine, à savoir la défense des politiques étatiques et en particulier, la défense du droit de la concurrence.

Par conséquent, il est compréhensible que l'arbitre se trouve fréquemment amené à se prononcer sur une entente illicite. Cette constatation établie, il est nécessaire de trouver le lien entre l'arbitrage et la prohibition des ententes illicites, du point de vue du droit de la concurrence. Lorsque l'arbitre prononce la nullité d'un contrat ou d'une clause constituant une entente prohibée, outre l'intérêt étatique, il protège un opérateur économique qui est à ce moment-là, une partie à l'arbitrage : la partie lésée, qui a tout intérêt à se désengager d'une relation contractuelle illicite. Il se peut également que l'une des parties au contrat trouve un simple intérêt à dénoncer le contrat illicite, sans forcément être lésée. En effet, lorsqu'une partie tenue par un contrat, cherche à le dénoncer, elle a intérêt à ne plus remplir ses engagements, induisant des doutes sur sa bonne foi. Par voie de conséquence, la question qui se pose à l'arbitre est de savoir comment distinguer la protection légitime contre la mauvaise foi et les conséquences des deux situations.

Dans ce contexte, il est primordial de s'attarder sur la façon dont l'arbitre traite la présence probable d'une entente illicite. Pour ce faire, il convient de relever que l'arbitre doit réagir en deux temps. Il s'agit de la phase de la constatation de l'entente (Chapitre 1). Par la suite, il s'agit de la phase du traitement de l'entente (Chapitre 2).

CHAPITRE I

LA PHASE DE LA CONSTATATION DE L'ENTENTE PAR L'ARBITRE

L'arbitre se trouve amené à se prononcer sur l'existence d'une entente illicite dans deux cas : soit il est appelé à le faire par l'une des parties à l'arbitrage (Section 1), soit il se saisit lui-même de cette question (Section 2).

SECTION 1 - L'UNE DES PARTIES RÉVÈLE L'EXISTENCE D'UNE ENTENTE ILLICITE

Il est plus logique de dire que l'une des parties tente de remettre en cause la validité du contrat conclu ou l'une de ses clauses, en invoquant l'incompatibilité avec le droit de la concurrence. Mais il est pourtant concevable que les deux parties prennent l'initiative ensemble et demandent au tribunal arbitral de mesurer la licéité de leur accord, par rapport au droit de la concurrence. Ce faisant, les deux contractants montrent qu'ils ne veulent prendre aucun risque de se voir infliger des amendes par les autorités de la concurrence. Un tel avantage peut être plus à portée lorsque le contrat n'a pas encore commencé à être exécuté. Par ailleurs, la possibilité que les autorités de la concurrence n'aient pas été saisies de l'affaire est plus élevée.

Une autre raison pour formuler une demande au tribunal arbitral, pourrait être que ces contractants cherchent à bénéficier de justifications existant en droit de la concurrence et qui ont pour effet de rendre leur contrat valide, grâce aux pouvoirs reconnus à l'arbitre. Par conséquent, il se peut que la volonté des parties ait pour but de se procurer une protection consacrée par le droit de la concurrence et mise en œuvre par l'arbitre.

Cela a été dit : la plupart du temps, l'une des parties engagées dans un contrat, va tenter d'y mettre fin en avançant son incompatibilité avec le droit de la concurrence. La raison en est simple : la partie dénonçant le contrat estime ne plus y trouver son intérêt. Il se présente alors en défenseur du droit de la concurrence ou il fait valoir la protection fournie par ce dernier. Cette situation va forcément conduire à une procédure arbitrale où l'arbitre sera amené à trancher le bien-fondé de cette revendication.

La première question qui se pose lorsque l'une des parties invoque l'application du droit de la concurrence, est celle de savoir si l'arbitre est compétent pour se prononcer sur cette application. Deux positions s'opposent à cet égard. La première exige qu'un accord exprès soit inséré dans la clause compromissoire pour que l'arbitre se déclare compétent (I). La seconde se contente d'un accord tacite dégagé de la clause compromissoire (II).

§I- Compétence consacrée par un accord exprès

Certains auteurs estiment que l'arbitre ne peut aborder les questions du droit de la concurrence ayant lien avec le contrat unissant les parties, que si elles décident de reconnaître à l'arbitre un tel pouvoir. Ainsi, *« les arbitres ne peuvent trancher les questions antitrust découlant de différends contractuels que si les parties ont décidé que les arbitres devaient le faire. Bien sûr, ce n'est pas là une restriction inhabituelle, car tous les pouvoirs de régler les litiges appartenant aux arbitres découlent exclusivement de l'accord des parties. Le premier devoir d'un tribunal arbitral confronté à un point de droit de la concurrence est donc de déterminer s'il est compétent pour trancher les questions antitrust »*³⁴. Il semble que l'auteur préfère distinguer les questions contractuelles des concurrentielles, en les traitant séparément. De ce fait, il faut que la clause compromissoire évoque les questions concurrentielles expressément. Si la clause compromissoire ne contient pas une telle précision, l'arbitre aura besoin une fois de plus, d'obtenir le consentement des deux parties à l'arbitrage pour traiter le litige sous l'angle du droit de la concurrence.

Une telle position ne paraît guère opportune car elle réduit l'autorité de l'arbitre de façon démesurée, en le rendant dépendant de la volonté des parties, même après que le conflit soit né. Il faut donc examiner les termes de la clause compromissoire pour connaître les limites de la compétence de l'arbitre, sans catégoriser les questions litigieuses.

Ceci dit, l'exigence d'une délimitation assez stricte de l'objet du litige entre les parties à l'arbitrage a un mérite : elle donne à la sentence arbitrale la possibilité d'échapper à de multiples griefs par la suite. De fait, l'arbitre ne pourra pas être accusé de dépasser les limites de sa mission et sa compétence ne pourra être remise en cause sur la base de l'*ultra petita*.

³⁴ **HOLTZMANN (H.)**, « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », in *Competition and Arbitration Law*, International Chamber of Commerce, Paris, 1993, p. 245.

En fin, si la clause compromissoire ne mentionne pas le droit de la concurrence, l'arbitre se trouve dans l'obligation de vérifier s'il est compétent, ce qu'il fera avec la convention d'arbitrage délimitant sa compétence³⁵.

§II- Compétence consacrée par un accord tacite

L'appréhension de la question concurrentielle par l'arbitre ne fait pas toujours l'objet d'un accord exprès. L'abstention des parties d'aborder la prérogative de l'arbitre face à la question concurrentielle, débouche sur une reconnaissance de cette prérogative, au profit de l'arbitre. Cette interprétation de la volonté des parties peut être appelée "reconnaissance passive de compétence". Cela signifie que si les deux parties n'évoquent pas la possibilité d'un litige relatif au droit de la concurrence et que la clause d'arbitrage est imprécise, l'arbitre retient sa compétence pour trancher le litige, sans tenir compte de la contestation éventuelle d'une des parties. Dans une affaire, l'arbitre n'a pas tenu compte de la demande de l'une des parties en ce sens, car il a refusé de se dessaisir ou même de surseoir à statuer, jusqu'à ce que la Commission européenne rende sa décision sur l'existence de l'infraction ou non, eu égard à l'article 85 § 1 du Traité de Rome (actuellement l'article 101 § 1 du TFUE). Il a alors débouté la partie qui avait formulé cette demande. En l'espèce³⁶, il s'agissait d'un contrat de distribution conclu entre un fabricant italien et un distributeur français. Par ce contrat, le Français demandait à son partenaire italien, de lui fournir des produits fabriqués conformément aux modèles mis au point par lui : le Français concevait, l'Italien fabriquait. En vertu du contrat, le Français jouissait de la distribution exclusive des produits italiens et il lui était interdit de vendre en France, des marchandises semblables provenant d'autres fournisseurs. La partie italienne a voulu se désengager de ses obligations énoncées dans le contrat, arguant que ce dernier était nul en vertu de l'article 85 § 1 du Traité de Rome. Par ailleurs, elle s'attendait à ce que l'arbitre renvoie l'affaire devant la Commission européenne, n'ayant pas la compétence de statuer sur le litige. Contrairement à ce qu'elle espérait, l'arbitre a reconnu sa compétence pour trancher le litige et n'a pas renvoyé l'affaire devant la Commission. Il s'est estimé parfaitement apte à vérifier la contrariété du contrat au regard de l'article 85 § 1 du Traité. Il a conclu à la compatibilité de l'accord avec l'article en question.

³⁵ Selon certains auteurs, il est tout à fait envisageable qu'un arbitre ne puisse pas reconnaître un litige du fait que celui-ci lui échappe, en vertu de l'accord des parties : **DERAINS (Y.)**, « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », in *Competition and Arbitration Law*, International Chamber of Commerce, Paris, 1993, p. 255.

³⁶ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 1397 de 1966, *Recueil des sentences arbitrales CCI 1974-1985*, p. 179 ; *JDI*, 1974. 879, note Derains (Y.).

Il est évident que l'arbitre est favorable à l'extension de son champ de compétence, même si cela implique de toucher à des matières sensibles pour les Etats. Il est évident également, que cela a pour effet de renforcer l'institution arbitrale et de la rendre plus efficace dans la mesure où le déroulement de l'arbitrage n'est pas retardé à chaque fois qu'une question relative aux politiques étatiques, est soulevée. Une telle position est ralliée par M. Goldman qui soutient qu'« *il nous semble préférable d'admettre la compétence de l'arbitre saisi, en vertu d'une clause compromissoire, d'un litige relatif à un contrat, s'étend, quelle que soit la formule employée, à tout différend concernant l'application des règles de concurrence relatives aux ententes, dont la solution peut avoir une influence sur la validité, l'exécution ou le sort du contrat ; et en ce qui concerne l'abus de position dominante, à tout différend concernant l'application des règles de concurrence au comportement incriminé* »³⁷.

Etant donné que les problèmes ayant trait au droit de la concurrence sont susceptibles de se poser dans certains types de contrats, les parties doivent être attentives à ces questions et rédiger une clause compromissoire précise, qui détermine la compétence des arbitres en ce domaine³⁸. Cela permet d'éviter la question complexe de l'étendu de la compétence de l'arbitre.

Si l'arbitre estime qu'il est compétent pour statuer sur la question concurrentielle soulevée par l'une des parties, il se trouve dans l'obligation d'y apporter une réponse. Si l'arbitre n'examine pas la question relative au droit de la concurrence, alors qu'elle est invoquée par l'une des parties et que la clause compromissoire lui permet de statuer sur cette question, sa sentence pourra être contestée sur la base du principe *infra petita*. D'autant plus si l'acte de mission de l'arbitre y fait référence. Cette disposition trouve sa base légale dans l'article V (1) (c) de la Convention de New York³⁹.

Etant donné ce qui précède, l'une des parties peut contester la compétence du tribunal arbitral en avançant que les parties n'ont pas exprimé leur volonté expressément, de confier leur litige

³⁷ **GOLDMAN (B.)**, « L'arbitrage international et droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 293.

³⁸ **BOCKSTIEGEL (K.)**, « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », in *Competition and Arbitration Law*, International Chamber of Commerce, Paris, 1993, p. 206.

³⁹ **BLANKE (G.)**, « The Interaction Between Arbitration and Public Enforcement: Clash or Harmony? », in *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham: UK, Northampton, MA: USA, 2015, p. 265.

au tribunal. Mais une rédaction de la clause compromissoire assez générale, notamment en matière des ententes illicites, permettra au tribunal de déclarer sa compétence.

D'ailleurs, il n'existe aucune opposition à ce que l'arbitre lui-même, se saisisse d'office de la question d'une éventuelle contravention au droit de la concurrence, ce qui fera l'objet de l'intitulé suivant.

SECTION 2 - L'ARBITRE RÉVÈLE L'EXISTENCE D'UNE ENTENTE ILLICITE

Dans le cas précédent, l'une des parties était à l'origine de la revendication d'une contravention au droit de la concurrence devant l'arbitre. Dans celui qui suit, il s'agit d'une autre situation : celle où l'arbitre lui-même est à l'origine du signalement d'une violation du droit de la concurrence.

L'application du droit de la concurrence par l'arbitre d'office, fait l'objet d'un vif débat⁴⁰. Alors que certains auteurs – majoritaires – pensent que l'arbitre est en mesure de relever la question relative au droit de la concurrence d'office, d'autres s'y opposent en arguant que cela contrarie la fonction de l'arbitre⁴¹. Selon ce point de vue, il ne relève pas de la mission de l'arbitre d'agir comme un juge étatique dont le rôle est quoi qu'il arrive, de faire régner la loi.

Face à cette question complexe, il faut signaler que la perception de l'institution arbitrale joue un rôle important dans la réponse à l'interrogation, à savoir : l'arbitre a-t-il le pouvoir de se saisir de la contravention éventuelle au droit de la concurrence de son propre chef ?

Pour apporter une réponse satisfaisante, il est indispensable de se pencher sur la nature de la mission de l'arbitre et sa qualification. Certains lui attribuent la qualification juridictionnelle car il dit la loi. Le fait que l'arbitre ne détienne pas de pouvoir public ne l'empêche pas d'exercer une fonction juridictionnelle. En effet, *« la conception de la justice qui permet d'expliquer qu'un juge privé, investi seulement par la volonté des parties, puisse rendre un acte juridictionnel repose sur une dissociation entre la justice et le pouvoir. Plus exactement, il est nécessaire de se rendre compte que rendre la justice n'est pas l'expression d'un pouvoir entendu ici comme synonyme de pouvoir régalien ou dérivé de la force publique. La justice*

⁴⁰ **CISOTTA (R.)**, « Some considerations on arbitrability of competition law disputes and powers and duties of arbitrators in applying EU competition law », in *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham: UK, Northampton, MA: USA, 2015, pp. 256 et s.

⁴¹ Un auteur a soutenu que l'arbitrage est une sorte de transaction : **HEUZE (V.)**, « Une vérité de transaction : la convention d'arbitrage » : *Rev. arb.*, 2015, pp. 3-48.

n'est pas une prérogative de puissance publique. Trancher un litige, exercer la juridictio, ne doit pas être conçu comme un manifeste de pouvoir. C'est une fonction. En disant le droit, c'est-à-dire en tranchant un litige en attribuant ou en refusant des droits, un juge ou un arbitre exerce seulement une fonction juridictionnelle. Il est certes admissible de parler de pouvoir juridictionnel : le juge et l'arbitre ont le pouvoir de rendre une décision en imposant celle-ci aux parties »⁴².

En adoptant une telle qualification de l'arbitrage, rien ne s'oppose à ce que l'arbitre relève d'office une question litigieuse et relative au droit de la concurrence. Sa mission est d'opter pour la solution la plus appropriée au litige opposant les parties, celle-ci devant être compatible avec le droit au sens général du terme. Autrement dit, il relève d'office la question relative au droit de la concurrence pour remplir sa fonction juridictionnelle.

Au demeurant, « le droit de la concurrence est prescripteur de règles d'ordre public. Ces règles qui sont applicables d'office par le juge, sont invocables par tout co-contractant ou tiers, et ce à tout stade du procès »⁴³. La zone d'arbitrage n'est pas une zone de non droit, l'arbitre applique un ensemble de règles pour trancher le litige. Autoriser les parties à ne pas répondre de leurs actes devant la justice étatique ne signifie pas leur permettre d'enfreindre les politiques étatiques consacrées par des règles impératives, ayant cette qualité dans les relations internationales comme les règles du droit de la concurrence.

Cette vision pro-étatique se heurte à des notions et règles relevant du droit de l'arbitrage. Se faisant, l'application du droit de la concurrence d'office par l'arbitre devient délicate. La convention d'arbitrage constitue un obstacle ; le droit choisi par les parties pour régir leur litige en constitue un autre ; l'acte de mission en constitue un troisième. Ces obstacles ont pour effet d'affecter la validité de la sentence arbitrale, dans la mesure où la volonté des parties est contredite. C'est la raison pour laquelle prendre position par rapport à l'office de l'arbitre, nécessite de ne pas ignorer les autres dimensions de l'arbitrage.

⁴² **RACINE (J.-B.)**, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, 2005, pp. 346-347.

⁴³ **BELLET (J.-F.) et PETIT (N.)**, « Le droit de la concurrence : Précautions utiles lors de la rédaction d'un contrat de distribution », in *Actualité en matière de rédaction des contrats de distribution*, Bruylant, 2014, p. 39.

Il est utile de signaler que l'arbitre aborde la violation du droit de la concurrence selon les cas. Plusieurs facteurs pourront l'influencer dans l'application ou non, du droit de la concurrence. En effet, l'arbitre qui décide de sanctionner un contrat contraire au droit de la concurrence, doit le faire selon le contexte de la violation. Cela veut dire qu'il est en capacité de décider de maintenir de sa compétence, après la constatation d'une contravention au droit de la concurrence en général ou la constatation d'une entente, en particulier. Cette viabilité est liée à la notion d'autonomie de la clause compromissoire qui en principe, est autonome par rapport au contrat principal. Or dans certains cas, la séparation de deux conventions peut s'avérer contre-productive.

Il y a deux possibilités par rapport au pouvoir de l'arbitre de déclarer la nullité d'un contrat contraire au droit de la concurrence. La première consiste à dire que l'arbitre n'a la possibilité de déclarer la nullité d'un contrat que si l'une des parties la demande. Si l'arbitre procède à l'annulation du contrat contraire au droit de la concurrence sans qu'il y ait une demande en ce sens, formulée par l'un des plaideurs, sa sentence sera entachée de l'*ultra petita* (I). La deuxième consiste à dire qu'en examinant la situation de l'arbitre sous un autre angle, il sera contraint de prononcer la nullité d'un contrat lorsque celui-ci contreviendra à l'intérêt légitime d'un Etat donné (II).

§I- L'incidence du principe *ultra petita* sur le pouvoir de l'arbitre de déclarer la nullité du contrat

Lorsque la notion de la volonté des parties est évoquée en matière arbitrale, il n'est pas aisé de comprendre immédiatement la phase d'arbitrage à laquelle il est fait référence. La volonté des parties est exprimée lors de la rédaction de la clause d'arbitrage et de l'acte de mission de l'arbitre et elle décide de la loi applicable au contrat. D'ailleurs, elle pourrait prendre une forme négative lorsque les parties s'abstiennent délibérément, d'y inclure la violation du droit de la concurrence, pour échapper à la sanction civile devant l'arbitre. Ce dernier cas est plus fréquent lorsqu'il y a présence d'une entente illicite.

Il s'agit désormais d'examiner les arguments liés à l'attitude des parties, pour étayer l'incapacité de l'arbitre à déclarer la nullité d'un contrat contraire au droit de la concurrence, si aucune demande n'a été formulée en ce sens par l'une des parties. De fait, l'arbitre se trouve dénué de tout pouvoir de déclarer la nullité du contrat illicite (A). Pour contrecarrer

cette abstention de la part des plaideurs, l'arbitre a des moyens à sa disposition, lui permettant de ne pas valider un contrat illicite, du fait qu'il est contraire au droit de la concurrence (B).

A/ Le pouvoir de l'arbitre de déclarer la nullité du contrat est entravé par la passivité des parties

La volonté dans les matières contractuelles, est une notion flexible qui permet d'orienter le raisonnement dans la direction voulue par celui qui raisonne. Elle sera donc utilisée pour nier à l'arbitre, son pouvoir de soulever une question apte à faire l'objet d'un litige.

La volonté des parties contractantes bénéficie dès le départ d'un contexte idéal en ayant le pouvoir de choisir la loi qui régira leur contrat. Mais cette possibilité de choix ne suffit pas à donner à la volonté sa vraie valeur. Il faut donc rendre cette dernière plus forte que la loi régissant le contrat en faisant du contrat conclu entre les parties, une norme plus forte que la loi, en particulier si le litige est assujéti à un arbitre. C'est pour cette raison, qu'il a été considéré que « *devant les arbitres, le droit étatique choisi serait seulement contractualisé pour compléter ou interpréter le contrat, ou pour le mettre en œuvre* »⁴⁴. Cette mise en infériorité du droit étatique permet au contrat de s'interposer sur le plan du commerce international, au point de dire que « *le contrat est la norme principale et exerce une force centripète sur les autres sources, essentiellement mobilisées selon leur capacité à aider son interprétation et sa réalisation* »⁴⁵. En d'autres termes, le traitement du contrat diffère en fonction de la juridiction. C'est dire qu' « *en schématisant, les arbitres sont globalement plus soucieux du respect du contrat et de la bonne foi. Tandis que les juges étatiques s'estiment tenus par la loi, les arbitres, eux, ne s'estiment réellement tenus qu'envers le contrat* »⁴⁶.

Partant de cette vision référentielle de la volonté, une tendance existe à élargir la marge de manœuvre dont jouit la volonté et à lui permettre de faire le tri entre les normes. A ce titre, selon certains auteurs, si les règles de la loi étatique ou non étatique, choisie par les parties, vont à l'encontre du contenu du contrat, ces règles n'auront pas d'incidence sur leur contrat.

⁴⁴ **LOQUIN (E.), RAVILLON (L.)**, « La volonté des opérateurs vecteurs d'un droit mondialisé », in *La mondialisation du droit*, sous la direction de E. Louquin et C. Kessedjian, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, volume 19, Litec, Dijon, 2000, p. 103.

⁴⁵ **DEUMIER (P.)**, « Les sources du droit et les branches du droit. A propos d'une conception doctrinale des sources du droit du commerce international » : *Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, Paris, 2013, p. 195.

⁴⁶ **RACINE (J.-B.)**, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *op.cit.*, pp. 320-321.

Les parties jouissant d'une liberté de décision sur les règles applicables, elles peuvent écarter celles qui contrarient leur volonté⁴⁷, faisant en cela une application pure et simple de la théorie de « *l'incorporation matérielle* »⁴⁸.

Cette théorie n'est pas sans incidence sur les règles impératives. En effet, la théorie d'incorporation de la loi choisie par les parties au contrat, a pour conséquence de changer la nature des dispositions impératives de la loi applicable. Pour les besoins du contrat, elle dégrade la loi au même rang que les dispositions contractuelles. Cela a pour conséquence de transformer les dispositions impératives de la loi étatique en de simples règles supplétives⁴⁹. Cette opération est l'anéantissement des règles impératives étatiques devant l'arbitre.

Le lien entre l'autonomie de la volonté et la théorie de l'incorporation est très étroit. A cet égard, il a été écrit que « *le principe de l'autonomie de la volonté mis en œuvre devant les arbitres serait nécessairement équivalent au mécanisme de l'incorporation* »⁵⁰.

En règle générale, ce courant de pensée amène à constater que la loi choisie par la volonté des parties, ne saurait modifier les dispositions incluses dans le contrat et dictées par la volonté des parties. A fortiori, l'arbitre ne peut imposer un point litigieux de façon autoritaire aux parties à l'arbitrage. S'il le faisait, il mépriserait leur volonté d'opter pour la non-introduction des questions relatives aux politiques étatiques dans leur litige. En d'autres termes, que les parties décident de l'étendue du litige, détermine le champ d'action de l'arbitre.

Ce courant de pensée entraîne d'autres conséquences, notamment lorsque les parties ne choisissent pas de loi spécifique pour régir leur contrat (fait rare en pratique). Dans ce cas, il revient à l'arbitre de faire appliquer la loi la plus appropriée, mais qu'entend-on par-là ?

Les liens les plus étroits qu'entretient le contrat avec une loi donnée ne suffisent pas à la désigner, voire ne conduisent pas à appliquer la loi la plus appropriée⁵¹. De même, la loi qui

⁴⁷ **LOQUIN (E.), RAVILLON (L.)**, « La volonté des opérateurs vecteurs d'un droit mondialisé », *op. cit.*, pp. 102-103.

⁴⁸ **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) »: *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 2003, p. 171.

⁴⁹ *idem*, p. 163.

⁵⁰ **LOQUIN (E.), RAVILLON (L.)**, « La volonté des opérateurs vecteurs d'un droit mondialisé », *op. cit.*, p. 103.

⁵¹ **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », in *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 2003, p. 172.

conduit à l'inefficacité du contrat n'est pas la loi appropriée⁵². Il faut retenir la loi qui convient aux parties du contrat en leur étant la plus utile. C'est cette loi qui s'avérera la plus appropriée⁵³. L'utilité dans ce sens peut correspondre à la validité du contrat examiné par l'arbitre. Ceci est particulièrement important pour les opérateurs du commerce international contribuant à construire un « *marché globalisé* »⁵⁴. C'est donc la loi la plus permissible qui s'applique.

Etant donné ce qui précède, il semble évident que la loi entraînant la nullité du contrat n'est pas pertinente. Par conséquent, l'arbitre n'est pas en mesure d'opter pour une loi invalidant le contrat. On peut dire également que le pouvoir de l'arbitre de soulever d'office la contrariété du contrat au droit de la concurrence n'est pas compatible avec son enclin à faire échapper le contrat à toute emprise étatique remettant en question la structure contractuelle élaborée par les parties contractantes. D'autant plus que l'« *on observera que les arbitres ont tendance à éluder la norme impérative qui est simplement étatique, lorsqu'elle vient bouleverser une solution purement contractuelle* »⁵⁵.

Si l'arbitre peut relever d'office le moyen d'ordre public, cela pourrait impliquer qu'il le fasse en dehors de la loi choisie par les parties pour régir leur contrat. Puisque le droit de la concurrence est considéré comme une loi de police, l'arbitre a à ce titre, la possibilité de lui donner effet, alors qu'elle n'a pas été choisie par la commune volonté des parties.

Le mécanisme de loi de police se heurte à la notion d'autonomie de la volonté et les parties à l'arbitrage ne conçoivent que l'application de la loi d'autonomie. Si l'arbitre leur impose une autre loi, il détourne leur attente légitime.

La notion d'attente légitime est considérée comme une base suffisamment solide pour respecter l'application de la loi d'autonomie. Elle joue un rôle important dans la

⁵² LOQUIN (E.), RAVILLON (L.), « La volonté des opérateurs vecteurs d'un droit mondialisé », *op. cit.*, p. 104.

⁵³ MEZGHANI (A.), « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », *op. cit.*, p. 172.

⁵⁴ LOQUIN (E.), RAVILLON (L.), « La volonté des opérateurs vecteurs d'un droit mondialisé », *op. cit.*, p. 104.

⁵⁵ FADLALLAH (I.), « L'ordre public dans les sentences arbitrales (Volume 249) »: *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 1994, p. 397.

détermination de la loi applicable « *dans le système fonctionnaliste* »⁵⁶ et la réduction des cas de nullité fait partie de ses enseignements. « *C'est parce qu'elle a pour objectif de développer les échanges que l'attente doit être prise en considération* »⁵⁷. Il est communément admis que l'autonomie de la volonté reconnue dans le choix de la juridiction mais aussi dans la loi applicable, est une grande source de sécurité juridique, à condition que ce choix soit libre et effectué en connaissance de cause⁵⁸.

Ce mode de raisonnement a été adopté par des arbitres : l'un d'eux s'est ainsi abstenu d'examiner la validité d'un contrat sous l'angle du droit européen de la concurrence, en avançant qu'il ne saurait modifier la volonté des parties à l'arbitrage. Dans cette affaire⁵⁹, un contrat de distribution avait été conclu entre un concédant américain et un distributeur allemand. Plus tard, le concédant avait décidé de rompre le contrat car le distributeur ne payait plus les factures, ce dernier estimant que les produits reçus n'étaient pas conformes au contrat. Soulevant une exception de compensation, il a ajouté que l'autre partie n'avait pas respecté la clause d'exclusivité territoriale.

Lorsque la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, a examiné le projet de la sentence, elle a attiré l'attention de l'arbitre sur la possibilité d'une violation éventuelle du droit européen de la concurrence et dans ce cas, il fallait inviter les parties à s'exprimer sur ce point.

L'arbitre n'a pas suivi cet argument, se prévalant de l'acte de mission : aucune des parties ne lui ayant demandé d'examiner le contrat sous cet angle, il ne pouvait soulever cette éventuelle violation d'office et se devait d'appliquer le droit de l'Etat de l'Illinois choisi par les parties. Le fait que le droit allemand et le droit européen soient potentiellement non respectés, n'emportait pas la conviction de l'arbitre. De son point de vue, soulever une telle question

⁵⁶ **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », *op. cit.*, p. 189.

⁵⁷ *idem*.

⁵⁸ **GAUDEMONT-TALLON (H.)**, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? » : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, p. 261.

⁵⁹ Sentence arbitrale partielle CCI, aff. n° 7707, 1995, (lieu de l'arbitrage : New York – droit applicable : droit américain), inédite, citée par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Litec, Paris, 2002, p. 121.

d'office, aurait modifié l'accord des parties sans leur autorisation. Or, la crainte de statuer en *ultra petita* n'est pas de nature à justifier la décision de l'arbitre selon un auteur⁶⁰.

En cherchant des justifications de la primauté de la volonté des parties à l'arbitrage, il apparaît que les politiques étatiques sont impliquées. Il n'est pas rare de voir des textes législatifs prônant un libéralisme accordé aux parties à l'arbitrage. En effet, la tendance des arbitres d'obéir à la volonté des parties, même s'il y a un risque de ne pas respecter les règles impératives, ne vient pas seulement des arguments relatifs à la prospérité du commerce international, mais aussi de la volonté des Etats à travers leurs législations arbitrales. Lorsque les législations étatiques permettent aux tribunaux étatiques de vérifier que l'arbitre ne dépasse pas les limites de sa mission, elles établissent une barrière infranchissable avec les arbitres. En suivant ce raisonnement, si un arbitre va contre la volonté des parties à l'arbitrage en prononçant la nullité du contrat, il sera censuré par les tribunaux étatiques.

De fait, abandonner la compétence de reconnaître des litiges internationaux à des arbitres, contribue à affaiblir l'imposition des règles impératives par les Etats. Au demeurant, l'internationalité du litige a également contribué à libérer les opérateurs de commerce international de l'impératif. A ce propos, « *en dépit des difficultés extrêmes que soulève la définition du domaine de la liberté des parties par la seule référence à l'internationalité du contrat, cette distinction sert toujours en effet à légitimer, une fois franchies les frontières de l'Etat du for, la faculté des parties de mettre à l'écart des dispositions dont l'impérativité ne se justifierait que dans des situations totalement intégrées à la sphère de compétence de celui-ci. L'argument relève plus du dogme que du raisonnement* »⁶¹.

Il est frappant de constater la contradiction qui réside entre la demande faite à l'arbitre de respecter l'intérêt étatique et en même temps, continuer à restreindre ses pouvoirs dans la sanction du contrat illicite, notamment en le privant de statuer *ultra petita*.

Ayant pris en compte toutes ces considérations, peut-on conclure que l'arbitre n'a pas les moyens de mettre en évidence une violation du droit de la concurrence et en particulier

⁶⁰ **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI, Litec*, Paris, 2002., pp. 121-122.

⁶¹ **MUIR WATT (H.)**, « Aspects économiques du droit international privé : Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions » : *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 2004, p. 125.

déceler une entente prohibée ? Il convient désormais de mettre en lumière un autre point de vue.

B/ Les moyens permettant à l'arbitre de se libérer de la passivité des parties

L'autonomie de la volonté des parties doit être largement reconnue au sein de l'arbitrage, à condition que cette notion ne dépasse pas les cadres légaux. Sur ce constat, il a été envisageable de promouvoir l'autonomie de la volonté dans l'arbitrage, tout en permettant à l'arbitre d'intervenir dans certaines situations, afin que l'arbitrage préserve ses qualités en général et son développement dans le commerce international en particulier.

L'autonomie de la volonté de l'arbitre, est l'arsenal qui protège son pouvoir d'intervenir efficacement dans le déroulement de l'arbitrage. Il peut par exemple, introduire un point dans les débats que les deux parties à l'arbitrage n'entendaient pas introduire ou avaient oublié.

L'arbitre doit avoir la possibilité de jouer un rôle positif dans la résolution du litige et les arguments militant en faveur de ce rôle sont nombreux. Il a été vu que la volonté des parties exprimée lors de la rédaction de l'acte de mission de l'arbitre, n'est pas la même volonté exprimée lors de la conclusion du contrat principal. Ainsi, *« un mouvement se dessine cependant depuis quelques années en faveur de l'application par les arbitres internationaux de la méthode des lois de police. On fait valoir que, si la volonté des parties s'impose à l'arbitre, il s'agit seulement de celle qui définit la mission qu'il accepte, et non celle qui s'est exprimée dans le contrat litigieux qui lui est soumis. Dès lors que l'une des parties conteste la validité ou la pleine efficacité d'une clause de ce contrat, apparaît un élément du différend, que l'arbitre doit trancher »*⁶².

Une autre notion relative à la volonté des parties peut apparaître pour accorder à l'arbitre la faculté de soulever une question de son propre chef : la volonté implicite. En effet, lorsque les parties confient à un tribunal arbitral le pouvoir de trancher un litige, elles concluent un accord implicite, en vertu duquel la sentence arbitrale doit être apte à recevoir l'exequatur. L'arbitre ne peut répondre à cette attente que s'il bénéficie des moyens juridiques le lui permettant, y compris celui de signaler une violation du droit de la concurrence.

⁶² **MAYER (P.)**, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belge*, LGDJ, 1996, p. 550.

L'arbitre est doté d'une expertise et d'une compétence certaines dans le domaine sur lequel il a à se prononcer. En trouvant un point d'équilibre au sein de l'arbitrage, après avoir entendu les arguments des parties, il a le dernier mot. L'arbitre n'est pas un juge privé qui statue à partir des arguments présentés par les parties. C'est un juge privé qui impose sa compétence et son expertise qu'il utilise dans son arbitrage dès que les parties décident de conférer la résolution du litige à l'arbitrage. Il prendra soin de donner à chaque partie, la possibilité de s'exprimer sur les points qu'il entend utiliser pour fonder l'issue du litige⁶³.

Parallèlement, il est dans l'intérêt des parties que la sentence soit compatible avec l'environnement juridique dans lequel elle va prendre place, notamment au niveau européen : « *It is ultimately in the parties' interest to obtain an enforceable award that is in compliance with the prevailing EU competition law provisions* »⁶⁴.

Le lieu de l'arbitrage est effectivement une autre dimension arbitrale à prendre en compte, car il informera sur la culture juridique dont l'arbitre est issu et expliquera le choix du système inquisitoire ou accusatoire pour lequel il opte. Au Royaume-Uni par exemple, le système accusatoire tel que les juristes le pratiquent, prive les parties des connaissances de l'arbitre. En effet, dans le droit anglais de l'arbitrage, un article permet aux parties de contrôler le pouvoir de l'arbitre et d'atténuer l'emprise du système anglo-saxon, lorsqu'il s'agit d'établir et de vérifier les faits et le droit, en se basant sur sa propre initiative. L'*Arbitration Act* de 1996 dans sa section 34 intitulée « Procedural and evidential matters » prévoit que « (1) *It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter. (2) Procedural and evidential matters include: (g) whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law* ».

Ce texte législatif prend en considération l'importance de donner à l'arbitre, un pouvoir discrétionnaire pour se prononcer sur le litige. Par ailleurs, l'absence d'un accord des parties allant à l'encontre de cette faculté arbitrale ne laisse aucun doute sur la faculté de l'arbitre à apporter au débat, une question qui pourrait être jugée par les parties, étrangère à leur litige.

⁶³ **BLANKE (G.)**, « EU Competition Arbitration in England and Wales: Some notes on practice and procedure: Part 2 »: *GCLR*, 2012, 5 (2), paragraph 78.

⁶⁴ **BLANKE (G.)**, « The Interaction Between Arbitration and Public Enforcement: Clash or Harmony? », *op. cit.*, p. 278.

Le fait que le droit anglais contient une telle disposition prouve l'utilité d'un rôle positif de l'arbitre dans la résolution de certains litiges. Ce rôle arbitral est compatible avec le droit de la concurrence. En effet, l'implication du droit de la concurrence ne justifie pas la préférence du système accusatoire. Cela signifie que l'approche inquisitoire assure une application satisfaisante du droit de la concurrence, d'autant plus que ce dernier relève de la matière technique⁶⁵.

Selon certains, l'arbitre peut être à l'origine de l'application du droit de la concurrence, si celui-ci fait partie du droit applicable désigné par les parties de façon assez générale, c'est-à-dire, sans apporter plus de précision⁶⁶. Il est vrai qu'*« en principe, la loi désignée par les règles ordinaires de conflit doit être prise dans son ensemble, sans distinction, y compris les règles ayant le caractère de lois de police ou d'application immédiate. Il y va de l'unité de l'ordre juridique en cause »*⁶⁷. De la même façon, les règles de police de la loi contractuelle ne peuvent être écartées que s'il existe une règle complémentaire du droit commun y figurant et contenant la solution du litige. Dans le cas inverse, les règles de police s'appliquent nécessairement⁶⁸.

Néanmoins, cette position a déjà été contredite par recours à l'interprétation de la volonté des parties, arguant que le choix de la loi régissant le contrat, ne signifie pas que l'ensemble des règles incluses dans celle-ci, soit applicable. Sur la base de l'autonomie de la volonté, ce sont d'ailleurs des règles contraignantes qui ne trouvent pas à s'appliquer⁶⁹. L'autonomie donne sa légitimité à la loi choisie et ne peut, par la suite, subir une quelconque disposition allant à son encontre. Autrement dit, lorsque les parties choisissent une loi applicable, *« ce n'est pas l'ensemble de l'ordre juridique qui est rendu applicable »*⁷⁰, faciliter en cela par l'idée que

⁶⁵ **BLANKE (G.)**, « EU Competition Arbitration in England and Wales: Some notes on practice and procedure: Part 2 », *op. cit.*, paragraph 78.

⁶⁶ Voir : **CISOTTA (R.)**, « Some considerations on arbitrability of competition law disputes and powers and duties of arbitrators in applying EU competition law », *op. cit.*, p. 258.

⁶⁷ **NUYTS (A.)**, « L'application des lois de police dans l'espace réflexion au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire » : *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 31, spéc., point 23.

⁶⁸ *idem*, p. 31, spéc., point 26.

⁶⁹ En ce sens : **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », *op. cit.*, pp. 153-154.

⁷⁰ **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », *op. cit.*, p. 154.

pour « éloigner le contrat des contraintes étatiques, la volonté doit avoir préséance sur la loi »⁷¹.

Le risque encouru par l'adoption d'une telle méthode est flagrant : à force de plaider pour une règle matérielle, en vertu de laquelle le contrat international conclu par les parties ne peut se voir invalider par l'application de la loi choisie, apparaît le risque non négligeable que les intérêts étatiques ne soient plus respectés. Par elle, le contrat doit survivre coûte que coûte, même s'il constitue une violation évidente des intérêts étatiques⁷².

Quoi qu'il en soit, il semble que l'arbitre soit la clé pour résoudre cette question controversée. C'est la raison pour laquelle, il est préférable de lui accorder la possibilité de jouer un rôle positif dans le règlement des litiges, même si ce rôle est jugé très incompatible avec la fonction d'un juge privé.

Il semble également que l'arbitrage sache distinguer et concilier deux idées différentes : l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle⁷³, en retenant que « *la liberté contractuelle s'exerce toujours dans les limites de la loi* »⁷⁴. En outre, lorsque l'arbitre applique une loi de police, il ne croit pas à l'autonomie de la volonté en dehors de toute contrainte. Il procède à concilier les deux idées, en appliquant la loi choisie par les parties, aux effets produits de l'intervention de la loi de police.

Deux situations sont susceptibles de se présenter devant l'arbitre, lorsqu'il mesure sa compétence vis-à-vis d'un contrat dont l'illicéité ne fait pas de doute. Soit il constate que les parties organisent leur entente, sans compter contester sa compétence et recourent à lui pour résoudre les conflits entravant sa mise en œuvre ; face à cette situation, l'arbitre doit trouver une solution pour ne pas valider leur contrat. Soit il constate que l'une des parties fait entrer

⁷¹ *idem.*

⁷² *idem*, p. 186.

⁷³ « *qu'on parle de "liberté contractuelle", rien de plus légitime, mais qu'on prétende la volonté autonome, c'est-à-dire affranchie de toute contrainte extérieure, voilà qui est aussi injustifiable philosophiquement que politiquement et économiquement. La volonté est libre dans le domaine où le législateur n'est pas intervenu : c'est la distinction classique des lois impératives et des lois facultatives ou supplétives ; elle vaut en droit interne, pourquoi disparaîtrait-elle en droit international ? Il faudra, dans l'avenir, limiter en droit international la liberté de choisir entre différentes lois au domaine que la loi applicable d'office en matière impérative veut bien abandonner à la liberté des parties.* » : **BATIFOL (H.)**, *Les conflits de lois en matière de contrats : Etudes de droit international privé comparé*, Sirey, Paris, 1938, p. 11.

⁷⁴ **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », *op. cit.*, p. 155.

dans le débat un point litigieux, sans invoquer son lien avec le droit de la concurrence et l'arbitre décide de l'examiner sous l'angle de ce droit. Ce faisant, l'*ultra petita* ne peut lui être reproché. Ces deux situations entraînent deux conséquences distinctes. La première est que le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage devient inopérant, ce qui correspond à la première situation (1°). La seconde est que le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage reste opérant (2°).

1°- L'autonomie inopérante de la clause compromissoire

La question de savoir si l'arbitre peut déclarer d'office la nullité du contrat sur lequel il se prononce parce qu'il est contraire aux dispositions de l'ordre public, ne cesse pas de se poser en différentes hypothèses. Si la réponse est en général positive, le risque se profile de finir par imposer une réponse qui ne correspond pas toujours à la réalité. En effet, s'il est admis que l'arbitre n'a pas le pouvoir de déclarer d'office, la nullité d'un contrat contraire au droit de la concurrence, il lui est par contre donné la possibilité de déclarer son incompétence pour trancher le litige. Certes, la compétence de l'arbitre dépend de la volonté des parties, mais, une fois cette compétence est établie, il n'est pas obligé de trancher à leur guise, le litige les opposant. Cette autonomie dont jouit l'arbitre, constitue une compensation pour équilibrer le fait qu'il ne pourrait pas prononcer la nullité du contrat, sans être sollicité par l'une des parties. Cependant, il est permis à l'arbitre de faire allusion à la nullité du contrat principal. En effet, en déclarant la nullité de la clause compromissoire, il fait référence à la forte probabilité de la nullité du contrat principal qui constitue l'objet de la clause compromissoire. Cela veut dire que l'arbitre va cesser d'appliquer la notion de l'autonomie de la clause compromissoire, par rapport au contrat principal. Plus précisément, l'arbitre fait étendre la nullité supposée du contrat principal à la clause compromissoire et décline en conséquence, sa compétence.

Ce raisonnement peut être néanmoins nuancé à travers l'affaire suivante. Dans un contrat qui constituait une violation de l'article 81 du Traité instituant la Communauté européenne [actuellement 101 § 1 du TFUE], le problème s'est posé. Ce contrat est une application exemplaire de la notion d'entente, dont l'objet et l'effet sont l'incarnation d'une entente prohibée par le droit européen de la concurrence. Le tribunal arbitral chargé de se prononcer sur une violation des dispositions du contrat, s'est trouvé dans une situation délicate car aucune des parties litigantes (deux sociétés néerlandaises) ne demandait au tribunal de

prononcer la nullité du contrat, alors qu'il était contraire à l'article 101 § 1 du TFUE. Ce contrat de distribution était exclusivement réservé aux membres participant à l'opération économique. Lesdits membres étaient les « *importateurs établis aux Pays-Bas, d'un certain produit Z ("dits importateurs Z"), les usagers-consommateurs hollandais du produits ("consommateurs Z") et les agents de producteurs et exportateurs étrangers ("agents Z") pour la réglementation de l'importation et de la vente de Z sur le marché hollandais. Le contrat n'était ouvert qu'à ceux admis par les membres existants. Les membres ne devaient traiter qu'avec d'autres membres. Un importateur Z avait été mis à l'amende par l'autorité contractuelle compétente pour avoir acheté directement à une entreprise belge des Z russes déjà importé dans la CE. L'importateur fit appel contre la perception de l'amende et le contrat stipulait qu'aux fins d'appel il convenait de s'adresser à des arbitres* »⁷⁵.

Les arbitres s'étant effectivement saisis du litige, ont constaté que la nullité du contrat n'avait été demandée par aucune des parties. Le même constat s'est imposé à l'égard de la compétence des arbitres, dans la mesure où aucune partie n'a contesté leur compétence. Or, ces constats n'empêchaient pas les arbitres de faire allusion à la nullité du contrat, du seul fait qu'il contrariait l'article 81 CE (actuellement 101 § 1 du TFUE). De surcroît, les arbitres se sont d'emblée penchés sur une autre question très importante : la validité de la clause leur attribuant la compétence de connaître du litige. Ils ont considéré que la clause compromissoire ne pouvait être séparée du contrat principal et que l'autonomie de la clause ne trouvait pas à s'appliquer, car celle-ci à l'instar du contrat principal, était destinée à violer le droit de la concurrence. Le même vice qui atteignait le contrat principal s'étendait à la clause d'arbitrage⁷⁶. Selon M. Mayer « *Certes, en raison de son autonomie, cette clause n'est pas nécessairement atteinte par la nullité qui frappe la convention dans laquelle elle est insérée, mais il en est autrement lorsqu'elle n'apparaît que comme une modalité de mise en œuvre des dispositions contractuelles contraires au droit de la concurrence* »⁷⁷. En fin de compte, les arbitres ont déclaré leur incompétence et se sont abstenus de trancher le litige.

⁷⁵ **SCHULTSZ (J.-C.)**, « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », in *Competition and Arbitration Law*, International Chamber of Commerce, Paris, 1993, p. 223.

⁷⁶ Sentence arbitrale, 22 juillet, 1964, inédite, citée par **SCHULTSZ (J.-C.)**, « Rapport sur pouvoirs et obligations des arbitres », in *Competition and Arbitration Law*, International Chamber of Commerce, Paris, 1993, p. 224.

⁷⁷ **MAYER (P.)**, propos cité par **SCHULTSZ (J.-C.)**, « Rapport sur pouvoirs et obligations des arbitres », in *Competition and Arbitration Law*, International, Chamber of Commerce, Paris, 1993, p. 224.

Ceci dit, l'arbitre a dénoncé le contrat principal sans aller jusqu'à le déclarer nul, car il aurait fallu que l'une des parties au moins, fasse cette demande de nullité. Le tribunal arbitral a fait allusion à la nullité du contrat principal et ce, en déclarant la nullité de la clause compromissoire et en faisant le lien entre cette dernière et le contrat principal. En effet, l'arbitre a déclaré la nullité de la clause d'arbitrage puisque son objet était illicite. Etant donné que la même illicéité entachait le contrat principal, l'arbitre a renvoyé le contrat principal à la nullité, sans pouvoir en tirer les conséquences qui s'imposaient.

La raison pour laquelle pouvoir est donné à l'arbitre de déclarer son incompétence, est concrète : la non instrumentalisation de l'arbitrage à des fins illicites, donc illégales. Cette mesure a été expliquée à l'égard du droit européen de la concurrence en général et les ententes prohibées en particulier, par un auteur lorsqu'il écrit « *in keeping with their obligations under EU law, contracting parties must not abuse their recourse to arbitration in order to circumvent the application of EU competition law to disputes between them, nor may an arbitrator – who arguably qualifies as an "undertaking" within the meaning of EU law – enforce EU competition law violations through a non-compliant award without attracting liability for complicity in illicit cartel activities or facilitating the circumvention of the EU competition law rules more generally* »⁷⁸.

Il arrive que l'autonomie de la clause compromissoire ne soit pas remise en cause parce que l'opération économique sur laquelle se prononce l'arbitre, n'est pas entièrement élaborée dans le but de détourner le droit de la concurrence. Même s'il y a contravention au droit de la concurrence à travers une entente illicite.

2°- L'autonomie opérante de la clause compromissoire

Si personne ne demande la déclaration de nullité du contrat, la déclaration de l'incompétence de l'arbitre peut être retenue. C'est la position prise par M. Mayer lorsqu'il écrit que « *l'arbitre ne peut pas prononcer la nullité [du contrat illicite], parce que personne ne le lui demande ; ce serait statuer ultra petita. S'il était un juge étatique, il pourrait au moins refuser de condamner à exécuter, parce qu'un juge étatique ne doit pas ordonner un comportement contraire à l'ordre public. Dans le cas de l'arbitre, le principal dispositif est*

⁷⁸ **BLANKE (G.)**, « The Interaction Between Arbitration and Public Enforcement: Clash or Harmony? », *op. cit.*, p. 264.

plus exigeant : si les parties ont voulu exclure des débats la question de la licéité, l'arbitre ne peut pas l'y introduire. Néanmoins, je ne vois pas l'arbitre – du moins je ne voudrais pas le voir – ordonner l'exécution d'un contrat qu'il sait manifestement illicite, [...]. Il ne lui reste qu'une seule issue : se déclarer incompetent. Le fondement de cette incompetence n'est pas difficile à trouver, l'objet du compromis tend à l'exécution d'un contrat illicite, donc cet objet lui-même est illicite et le compromis est nul, donc l'arbitre est incompetent »⁷⁹.

Par ailleurs, l'arbitre peut saisir l'occasion la plus opportune pour affirmer sa compétence sans se voir reproché l'*ultra petita*. Dans le cas du droit de la distribution par exemple qui entretient des liens étroits avec le droit de la concurrence, ce dernier s'oppose à ce que l'une des parties au contrat de distribution, obtienne de son cocontractant un bénéfice sans contrepartie. Ainsi, « *si l'une des parties demande à l'arbitre de constater qu'une redevance n'est pas due, – au motif, d'après cette partie qu'un contrat de distribution n'est jamais entré en vigueur – l'arbitre peut très bien prendre la décision qui lui est demandée en constatant la nullité du contrat au regard du droit de la concurrence. Sa décision ne sera pas ultra petita. L'arbitre devra bien entendu, appeler les parties à se déterminer sur ce moyen soulevé d'office. [...] Mais un arbitre invité par les parties à se prononcer sur l'assiette de cette redevance que les deux parties estimerait due sans s'entendre sur son montant, ne pourrait déclarer qu'elle ne l'est pas en raison de l'illicéité du contrat. Ce faisant, il dépasserait les limites de sa mission et statuerait ultra petita. Dans cette dernière hypothèse, de même lorsque la convention d'arbitrage lui interdit de se prononcer sur la validité du contrat, l'arbitre n'a d'autre solution que de se déclarer incompetent »⁸⁰.*

Il peut être déduit de ce raisonnement que l'arbitre doit distinguer deux situations. D'une part, si aucune des parties ne conteste la validité de leur accord principal, l'arbitre aura des difficultés à fonder sa compétence pour prononcer la nullité du contrat. Dans ce cas, il se déclare incompetent pour ne pas participer à la violation des politiques étatiques. D'autre part, si l'arbitre constate en revanche, que l'une des parties remet en cause l'objet de leur contrat principal, sans invoquer l'application droit de la concurrence, il aura parfaitement la compétence de déclarer sa nullité en se référant au droit de la concurrence, à condition que la clause compromissoire ne limite pas cette compétence. En un mot, la déclaration de nullité du contrat principal est le gage de la volonté des parties, voire de l'une des parties, alors que la

⁷⁹ **MAYER (P.)**, « Le contrat illicite » : *Rev. arb.*, n° 2, 1984, pp. 215-216.

⁸⁰ **DERAINS (Y.)**, « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », *op. cit.*, p. 256.

déclaration d'incompétence relève de la liberté de l'arbitre et n'est conditionnée à aucune demande.

Reste un point essentiel dans le pouvoir de l'arbitre de prononcer son incompétence : l'arbitre doit informer les parties de sa décision avant de l'annoncer. Cette mesure reconnaît que « *les arbitres ne devraient pas prendre les partis au dépourvu en statuant sur des problèmes de droit de la concurrence, mais donner aux parties l'occasion de se prononcer avant que toute décision ne soit prise* »⁸¹. Si par exemple l'arbitre décide de déclarer son incompétence parce qu'un droit de la concurrence a été enfreint par les parties, il est dans l'obligation de leur expliquer qu'il se trouve être incompétent pour trancher leur litige. Alors, il est tout à fait envisageable que les parties lui donnent l'autorisation de se prononcer sur la violation du droit de la concurrence qu'il aura constatée. Ce faisant, il ne surprend pas les deux parties à l'arbitrage et il remplit une obligation professionnelle relative à la fonction de l'arbitre. L'institution arbitrale est conçue pour répondre aux besoins des opérateurs de commerce international et il est logique de réduire autant que faire se peut les situations dans lesquelles l'arbitre prononce son incompétence.

L'autonomie de la clause d'arbitrage par rapport au contrat principal, ne met pas un terme à l'emprise de la volonté des parties exprimée lors de la rédaction de cette clause. Bien que la clause d'arbitrage bénéficie d'une autonomie vis-à-vis du contrat principal, d'autres difficultés peuvent empêcher l'arbitre de posséder le plein contrôle. Tel est le cas lorsque les parties restreignent le pouvoir de l'arbitre : « *Ainsi, si la convention d'arbitrage confie la compétence de l'arbitre "aux difficultés relatives à l'interprétation du contrat", l'arbitre ne pourra statuer sur une demande tendant au prononcé de la nullité du contrat en vertu du droit de la concurrence* »⁸². Pour autant, cela n'oblige pas l'arbitre à interpréter les dispositions d'un contrat contraire au droit de la concurrence. Il peut déclarer son incompétence dès qu'il se rend compte de l'illicéité du contrat.

Il découle de tous ces arguments que la volonté des parties à l'arbitrage et de l'arbitre joue un rôle notable dans le règlement des litiges touchant aux politiques étatiques de concurrence.

⁸¹ **BOCKSTIEGEL (K.)**, « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », *op. cit.*, p. 206.

⁸² **DERAINS (Y.)**, « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », *op. cit.*, pp. 255-256

A ce qui précède, il faut ajouter un élément qui influence l'estimation et l'appréciation de l'arbitre : les intérêts étatiques et l'effet qu'ils peuvent avoir dans le bouleversement de l'institution arbitrale. Ces intérêts imposent aux arbitres de sortir de toute limite naturelle entourant leur compétence et leur mission.

§II- Le pouvoir de l'arbitre de déclarer la nullité est dicté par les intérêts étatiques

L'invocation d'office de l'application du droit de la concurrence n'est pas une option pour l'arbitre mais une obligation. Il a été vu que l'autonomie de l'arbitre lui permet d'introduire au débat une question relevant du droit de la concurrence et si les parties à l'arbitrage refusent d'en débattre, il doit déclarer son incompétence. Il s'agit désormais de tenter de démontrer que la déclaration de la nullité d'un contrat illicite, ne doit pas être suspendue à l'invocation de cette nullité par l'une des parties à l'arbitrage.

La reconnaissance de l'arbitrabilité des matières relevant de l'ordre public implique le devoir de l'arbitre de considérer les intérêts légitimes des Etats. Le statut de l'arbitre en tant que juge privé exerçant une fonction juridictionnelle et n'appartenant à aucun ordre juridique étatique, lui permet de considérer les intérêts étatiques légitimes avec plus de souplesse qu'un juge étatique (A). Dès que l'arbitre identifie un intérêt légitime étatique et cherche à le défendre, il doit faire la part des choses entre l'attente légitime des parties à l'arbitrage et l'attente légitime de l'Etat en cause (B).

A/ La compatibilité du statut de l'arbitre avec la prise en compte des intérêts étatiques

« L'arbitre a le devoir d'appliquer le droit de la concurrence d'un ordre juridique autre que celui qui régit le contrat à titre principal, si cette application correspond à un intérêt légitime de l'Etat dont émane ce droit »⁸³. Ces propos indiquent qu'outre la volonté des parties à l'arbitrage et celle de l'arbitre, il y a une troisième dimension à prendre en considération : les intérêts étatiques. L'arbitre et les parties au contrat international agissent dans un contexte juridique. Le système arbitral est un système côtoyant les systèmes juridiques étatiques, il y a donc des interactions entre eux. A ce titre, il est primordial que l'arbitrage n'empiète pas sur les autres ordres juridiques étatiques au nom de la volonté des parties. L'équilibre entre

⁸³ *idem*, p. 258.

l'arbitrage et les autres ordres juridiques étatiques n'est assuré que si l'arbitre attache de l'importance aux intérêts étatiques.

Il y a trois raisons relatives au statut de l'arbitre l'incitant à faire respecter les intérêts étatiques. Tout d'abord, l'autonomie dont jouit l'arbitre ne doit pas être comprise comme synonyme d'hostilité aux politiques étatiques. En d'autres termes, l'autonomie de l'arbitre est implicitement limitée par les intérêts étatiques légitimes (1°). Ensuite, la fonction juridictionnelle exercée par l'arbitre lui impose d'invoquer des questions relatives à l'ordre public dépassant les intérêts privés des parties et en tirer les conséquences (2°). Enfin, l'arbitrage est réceptif des notions telles que l'ordre public véritablement international et cette notion comprend dans ses composants, les intérêts étatiques les plus impérieux comme ceux dictés par le droit de la concurrence (3°).

1°- *L'autonomie de l'arbitre n'est pas synonyme d'hostilité aux politiques étatiques*

Il est vrai que le statut de l'arbitre lui permet d'être plus autonome que dans un ordre juridique étatique particulier. Grâce à cette autonomie, il sera plus engagé dans l'application des lois de police, n'étant pas un juge étatique tenu de faire respecter les règles impératives relevant de son propre ordre juridique. L'arbitre est en mesure d'appliquer les lois de police appartenant aux ordres juridiques étatiques plus aisément qu'un juge étatique. Dans un contexte européen, l'arbitre applique le droit européen de la concurrence, ce qui à l'évidence, correspond à l'affirmation de son autonomie, même si c'est l'argument d'« *une meilleur conformité des sentences arbitrales au droit communautaire, noyau dur aujourd'hui de l'ordre public économique* »⁸⁴, qui est avancé.

L'autonomie de l'arbitre ici ne signifie pas la facilité d'écarter des politiques étatiques, mais plutôt la nécessité d'en tenir compte lorsqu'elles sont légitimes. Cette autonomie correspond à l'affranchissement de l'arbitre de toute règle de source étatique affectant l'efficacité de la procédure arbitrale ou visant à imposer des intérêts étatiques dénués de toute légitimité. L'arbitrage est souvent présenté comme un mode de règlement de litiges détaché des ordres juridiques étatiques : « *la juridiction arbitrale [...], de caractère privé et sans lien organique avec le détenteur de la souveraineté, ne s'insère dans aucun ordre préétabli et jouit d'une*

⁸⁴ **RACINE (J.-B.)**, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, pp. 322-323.

parfaite autonomie dans le cadre des règles contractuelles, statutaires ou légales qui la gouvernent »⁸⁵. Il n'en demeure pas moins que des limites à l'autonomie existent avec les intérêts étatiques légitimes et que « *l'autonomie de l'arbitrage ne se conçoit que limitée par les intérêts légitimes des Etats [...]. L'arbitrage, en tant que justice parallèle à la justice étatique, ne doit pas être indifférent et devenir hostile par indifférence aux politiques menées par les Etats* »⁸⁶. Cela veut dire donc que l'autonomie de l'arbitre se traduit par un refus de prêter main forte à des opérateurs économiques entendant enfreindre des politiques étatiques légitimes.

Il est indéniable que les Etats tendent à contrôler leur ordre public économique à travers l'imposition de certaines politiques visant à atteindre certains objectifs. De fait, les Etats ne renoncent pas à leurs objectifs parce qu'un litige est confié à un tribunal arbitral et les arbitres ont parfaitement compris l'importance des lois de police parmi lesquelles figure le droit de la concurrence. Avec le temps, ce droit est de plus en plus pris en considération dans les sentences arbitrales, ce qui induit la question de l'autonomie et de l'indépendance des arbitres. Pour certains, « *c'est parce que l'arbitrage international est autonome que les arbitres doivent respecter l'ordre public. Il existe un lien de cause à effet entre les deux orientations. L'arbitrage ne peut se concevoir comme étant autonome que dans le respect, non pas scrupuleux le terme serait trop fort, mais attentif de l'ordre public. [...] L'arbitrage ne peut être autonome que dans la mesure du respect de l'ordre public [...]. Une vision maximaliste du respect de l'ordre public se justifie, à la fois devant les arbitres eux même et devant les juges du contrôle de la sentence* »⁸⁷.

L'autonomie de l'arbitrage nécessite l'aptitude de l'arbitre à appliquer une loi de police sans être obligé de se dessaisir au profit d'un juge étatique à chaque fois qu'une loi de police s'invite devant lui. Au demeurant, l'autonomie de l'arbitrage exige de l'arbitre de remplir un rôle important sur la scène internationale. L'arbitre est tenu de contribuer à l'imposition de la légalité au sein du commerce international, rendant sa légitimité dans l'application des lois de police incontestable. En effet « *il n'est pas certain qu'ils appliquent moins souvent ou plus mal qu'un juge national les lois de police étatiques. D'évidence, ils ne sont pas les défenseurs naturels des politiques législatives poursuivies par les Etats. Mais l'intérêt bien compris des*

⁸⁵ **OPETIT (B.)**, « Justice étatique et justice arbitrale » : *Etudes offertes à Bellet P.*, Litec, Paris, 1991, p. 422.

⁸⁶ **RACINE (J.-B.)**, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ Paris, 1999 p. 271.

⁸⁷ **RACINE (J.-B.)**, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 324.

arbitres dans le cadre de ce que nous pouvons appeler "l'ordre juridique arbitral" est de respecter les intérêts que les Etats entendent défendre dans l'ordre international par le biais des lois de police. Il en va de la crédibilité de l'arbitrage, de son aptitude à allier les intérêts privés et les intérêts publics. Même si l'arbitrage est loin d'être en danger, les arbitres, étant devenus les juges de droit commun des litiges commerciaux internationaux, doivent selon nous endosser de nouvelles tâches : ne plus être exclusivement les juges du contrat, mais également participer, à leur manière, à la régulation de l'économie mondialisée »⁸⁸.

Par conséquent, l'autonomie de l'arbitre ne s'interprète pas comme prétexte pour violer les ordres publics des Etats. L'arbitre exerce une fonction juridictionnelle de dimension internationale, ce qui le pousse à s'approprier de toutes les questions liées aux intérêts qui s'opposent dans la sphère internationale. Indubitablement, les intérêts étatiques viennent heurter les intérêts privés des opérateurs économiques, à tel point que l'arbitre ne peut pas se tenir à distance en adoptant une attitude passive.

2°- Le rôle positif de l'arbitre correspond à sa fonction juridictionnelle

Lors du règlement de litiges internationaux, l'arbitre exerce une fonction juridictionnelle. L'un des points forts prouvant le pouvoir juridique du tribunal arbitral, est l'exception d'incompétence à laquelle peut faire recours le défendeur, si l'autre partie au contrat porte le litige devant une juridiction étatique⁸⁹. Cette analyse est étayée par les juristes pour la raison suivante : la nature contractuelle de l'arbitrage conduit à affaiblir cette institution et « à vider la mission de l'arbitre d'une partie essentielle de son contenu »⁹⁰. En ayant la qualité de juge, l'arbitre a la latitude de ne pas suivre les parties dans leurs revendications⁹¹. A ce titre et en démontrant la spécificité de la matière à la fois juridique et économique, il est reconnu que : « [...] les arbitres tiennent leur compétence de la convention d'arbitrage, qui leur confère une mission d'intérêt privé, il n'en demeure pas moins qu'ils sont appelés à s'immiscer dans l'ordre public économique applicable »⁹².

⁸⁸ **RACINE (J.-B.)**, « Droit économique et lois de police » : *RID éco.*, 2010/1 (t. XXIV, 1), p. 76.

⁸⁹ **RIGAUX (F.)**, « Souveraineté des Etats et arbitrage transnational » : *Etudes offertes à Berthold Goldman*, « Le droit des relations économiques internationales », Litec, Paris 1987, p. 264.

⁹⁰ **SALAH MOHAMED MAHMOUD (M.)**, « Droit économique et droit international privé. Présentation – ouverture », *op. cit.*, p. 31.

⁹¹ *idem*.

⁹² **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, *op. cit.*, p. 117.

Ce raisonnement ouvre la voie à une interrogation importante : si la volonté des parties contractantes occupait une place primordiale devant l'arbitre international, qu'en est-il aujourd'hui ? Le respect de l'intérêt étatique nécessite que soit sacrifiée la volonté des parties contractantes recourant à l'arbitrage. En d'autres termes, « *le devoir de l'arbitre de respecter l'ordre public étatique implique le pouvoir corrélatif d'aller à l'encontre de la volonté des parties exprimée dans la clause d'élection de droit* »⁹³. La volonté des parties sera tout simplement contredite par l'arbitre, voire ignorée, en ce qui concerne la loi choisie pour régler leur litige.

Il est vrai que l'arbitrage se voit attribuer de plus nombreuses attentes et fonctions qu'auparavant. Il est plausible de dire que l'accès de l'arbitrage aux matières relevant de l'ordre public, a ébranlé les piliers classiques de cette institution. Dans ce nouveau cadre, « *l'existence de règles impératives, dont l'application immédiate est nécessaire à la sauvegarde d'intérêts considérés comme majeurs par les Etats ou la communauté internationale peut empêcher l'application de la loi choisie par les parties* »⁹⁴. L'arbitre a maintenant la liberté de ne pas appliquer la loi désignée par les parties afin de régir leur contrat, ce qui peut mécontenter les partisans d'une autonomie absolue de la volonté des contractants. Etant en mesure d'opter pour l'application d'une loi de police au détriment de la loi choisie par les parties, il est soutenu par le fait que « *lorsque l'intérêt général est en cause, la dérogation à la lex contractus au profit de la loi de police qui "se veut" légitimement applicable est vivement souhaitable. L'arbitrage ne doit pas devenir un moyen pour les parties de faire prévaloir effectivement leur volonté sur l'intérêt général, avec la complicité de l'arbitre* »⁹⁵.

En fait, l'arbitre peut contredire la volonté des parties en appréciant la validité de leur contrat à l'aune d'une loi de police étrangère à la loi d'autonomie. En revanche, il ne peut déclarer la nullité d'un contrat violant l'ordre public d'un Etat donné, parce que les parties s'abstiennent de revendiquer la nullité du contrat. Une question se pose donc : pourquoi est-il admis qu'à la demande de l'une des parties à l'arbitrage, l'arbitre déclare la nullité du contrat en se fondant sur une loi de police étrangère à la loi d'autonomie, alors qu'il n'est pas admis qu'il puisse déclarer la nullité du contrat sans être sollicité par l'une des parties ?

⁹³ **RACINE (J.-B.)**, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 284.

⁹⁴ **VOGEL (L.) et VOGEL (J.)**, *Traité de droit économique*, Tome 2, droit de la distribution : droits européen et français, Lawlex, Paris, 2015, p. 19.

⁹⁵ **MAYER (P.)**, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belge*, LGDJ, 1996, p. 551.

S'il est attendu de l'arbitre qu'il agisse en fonction des intérêts défendus par les Etats, la doctrine arbitrale attend aussi de lui qu'il prenne l'initiative d'introduire dans le débat litigieux, les questions d'ordre public. Par conséquent, le statut de l'arbitre est assimilé à celui du juge étatique lorsqu'il est question d'ordre public, car *« en invoquant d'office un principe d'ordre public, l'arbitre s'élève au-dessus des parties. Sa mission est certes déterminée par celles-ci. Mais pour l'accomplir, il décide en toute indépendance. Il s'érige en protecteur d'un système de droit dans les relations internationales. Il n'est pas un simple instrument entre les mains des parties »*⁹⁶.

L'arbitre exerce une fonction juridictionnelle et à ce titre, il n'est pas admissible qu'il constate une illicéité entachant un contrat et s'abstienne d'agir. S'il est cohérent qu'un juge international, ce qu'est l'arbitre, ait la possibilité de se déclarer incompétent s'il constate une violation du droit de la concurrence lorsque les parties passent cette violation sous silence, il serait plus cohérent qu'il soit dans l'obligation de déclarer la nullité du contrat entaché d'illicéité, causée par la violation du droit de la concurrence, parce que la nature de la matière relevant de l'ordre public lui permet de déroger aux constantes arbitrales.

Il s'y ajoute le fait que la séparation n'est pas clairement définie entre les obligations contractuelles, constituant le champ principal dans lequel l'arbitre exerce sa fonction et les dispositions impératives du droit de la concurrence. Des obligations contractuelles peuvent en fait cacher une violation des règles impératives de la concurrence. Cette remarque a d'ailleurs été développée : *« sans vouloir prôner une assimilation pure et parfaite des pouvoirs de l'arbitre sur ceux du juge, nous estimons qu'en matière de droit de la concurrence, la règle d'ordre public est trop étroitement liée à la substance même de l'obligation contractuelle pour être considérée comme exogène à l'objet du litige. Il rentre alors dans la mission du juge de rechercher si l'objet du litige requiert l'application de la norme du droit de la concurrence. La doctrine favorable à l'application d'office du droit de la concurrence doit être approuvée, et peut tirer argument de l'identification croissante des rôles et missions du juge et de l'arbitre caractérisée par une attraction mutuelle de leur modèle respectif »*⁹⁷. Tant qu'il est permis à l'arbitre de relever d'office la contrariété du contrat au droit de la concurrence, son pouvoir de déclarer la nullité du contrat devient une prérogative accessoire.

⁹⁶ **FADLALLAH (I.)**, « L'ordre public dans les sentences arbitrales (Volume 249) » : *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 1994, p. 402.

⁹⁷ **MOITRY (J.-H.)**, « Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la Lex Mercatoria ? » : *Rev. arb.*, 1989, pp. 11-12.

La doctrine arbitrale peut être qualifiée de créative. Elle contient des notions visant à affirmer l'autonomie et l'efficacité de l'arbitrage. La notion d'ordre public véritablement international en fait partie. Il est à constater que cette notion est apte à accueillir les intérêts étatiques légitimes, ce qui permet à l'arbitre d'avoir un rôle positif dans la sanction des pratiques illicites.

3°- *La notion d'ordre public véritablement international absorbe l'intérêt étatique*

Il est primordial de rappeler que l'application du droit de la concurrence par l'arbitre d'office, est la corrélation d'une théorie défendue par la doctrine arbitrale : la théorie de l'ordre public transnational. « *Parce que les Etats délèguent de plus en plus à l'ordre mercatique la gestion de l'intérêt général, les arbitres sont habilités à en sanctionner les atteintes. Ainsi, la sanction de l'illicéité des contrats n'est pas déterminée par la loi d'un Etat mais par référence à un ordre public transnational partagé par la plupart des législations* »⁹⁸. Or, le recours à cette notion ne répond pas entièrement aux aspirations des Etats, car cette même notion permet de neutraliser une bonne partie des politiques étatiques. C'est la raison pour laquelle la principale critique qui lui est faite, est son insuffisance : « *L'ordre public transnational ne peut remplir seul la fonction de limite à illicite car il ne peut être question de sacrifier les intérêts étatiques. Il en serait d'autant moins question que l'ordre public transnational est lui-même puisé dans les ordres étatiques* »⁹⁹.

Cette vérité n'empêche pas que la théorie de l'ordre public transnational puisse être employée pour la défense et contre des intérêts étatiques. De fait, il a été mis en évidence que l'ordre public international pouvait aussi servir à éviter l'application de lois impératives, en élaborant une hiérarchie de normes au sein du commerce international. Pour parvenir à manier les normes, la meilleure solution pourrait être un ordre public véritablement international, car « *l'ultima ratio des arbitres, pour écarter une loi impérative applicable, est de lui opposer une norme supérieure d'ordre public international* »¹⁰⁰.

Il est vraisemblable que c'est l'imprécision entourant la notion de l'ordre public transnational qui a incité certains auteurs à tout concentrer entre les mains de l'arbitre. Ainsi, il a été écrit

⁹⁸ **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », *op. cit.*, p. 173.

⁹⁹ *idem.*

¹⁰⁰ **FADLALLAH (I)**, « L'ordre public dans les sentences arbitrales (Volume 249) », *op. cit.* p. 422.

que « *l'arbitre quant à lui n'est pas le serviteur de la loi. Il n'en est pas pour autant "au-dessus" de la loi, pas plus qu'il n'en est "au-dessous", pour la simple raison qu'il est générateur de droit* »¹⁰¹. Pour prouver cette liberté presque parfaite de l'arbitrage, il a fallu tenter de justifier la source du pouvoir arbitral. Pour cela, il a été soutenu que « *l'arbitre ne tient-il pas sa légitimité d'un quelconque ordre juridique, mais de sa fonction* »¹⁰². Par ailleurs, les règles qu'applique l'arbitre « *ne lui sont pas dictées par la loi ou par les parties. Elles sont inhérentes à sa fonction et, partant, le meilleur rempart contre une liberté qui se dévoierait en arbitraire. Plus que de règles, il s'agit en réalité de vertus. Elles nourrissent la conscience de l'arbitre* »¹⁰³.

Compte tenu de l'état actuel de l'arbitrage international, ce constat consistant à dire que l'arbitre est générateur du droit, est difficile à contester. La pratique arbitrale montre qu'une certaine règle juridique observée lors d'un arbitrage, peut être ignorée lors d'un autre arbitrage impliquant la même question. Dans les deux cas, les justifications ainsi que les explications, ne manquent pas à l'arbitre.

Etant donné les différents cas possibles, le rôle de l'arbitre est multiple : réconciliateur d'intérêts, il doit aussi créer des règles sur mesure, au cas par cas, car « *l'arbitre peut décider qu'une règle d'ordre public de la lex causae n'est pas adaptée aux besoins du commerce international. De la sorte, l'arbitre façonne, de son propre chef, une règle matérielle de droit international privé* »¹⁰⁴. Par conséquent, les arbitres peuvent en vertu de cette qualité, dépasser les règles impératives en vigueur dans un Etat dont le droit est applicable. Ainsi, un tribunal arbitral a considéré que l'interdiction des intérêts composés, prévue par le droit d'un Etat était incompatible avec le droit international. En l'occurrence, l'Etat était l'une des parties à cet arbitrage ; l'autre partie étant une entreprise et le contrat, un contrat de financement. Dans ce cas précis, le tribunal arbitral a décidé : « *le contrat de financement est soumis aux règles du droit international de l'Etat et les interdictions du droit interne - en supposant qu'elles existent - ne sont pas justifiées à un niveau international et l'ordre public dans les relations internes, sur ce point n'intervient pas dans les contrats internationaux* »¹⁰⁵. Pour M. Racine, « *les arbitres ont dégagé une règle matérielle de droit international privé consacrant*

¹⁰¹ HENRY (M.), « La place de l'arbitre » : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, p. 284.

¹⁰² *idem*, p. 287.

¹⁰³ *idem*, pp. 287-288.

¹⁰⁴ RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 265.

¹⁰⁵ Sentence CCI n° 5514, 1992 : *JDI*, 1022, obs., Derains (Y.).

la validité, en matière internationale, des intérêts composés. Une telle solution s'appuie non seulement sur l'inadaptation de l'interdiction de tels intérêts à la sphère internationale, mais aussi sur la conformité de la règle aux usages du commerce international »¹⁰⁶.

A vrai dire, les politiques étatiques peuvent être catégorisées. La protection des marchés des Etats consacrée par des droits de concurrence doit constituer une priorité pour les arbitres par rapport aux autres politiques étatiques. Les arbitres sont habilités à établir une hiérarchie des normes en invoquant l'internationalité du contrat et la sensibilité étatique sur la question dont ils sont saisis.

La catégorisation des politiques étatiques est facilitée par la théorie de l'ordre public transnational. Ainsi, l'arbitre verse dans cette notion toutes les règles juridiques qu'il souhaite imposer et exclut celles jugées incompatibles avec le commerce international. Or, il est assez aisé de soutenir que les dispositions du droit de la concurrence appartiennent à la catégorie de règles dont l'imposition doit prévaloir, même dans la sphère internationale et notamment, s'il s'agit d'une question aussi grave telle que la question des ententes illicites.

Le fait de reconnaître à l'arbitre le pouvoir de porter un jugement sur les politiques étatiques en les catégorisant, semble être excessif et créer de l'instabilité dans la décision arbitrale. En revanche, l'appréciation de la légitimité de la politique étatique examinée par l'arbitre peut paraître fructueuse. C'est la légitimité de la politique étatique qui peut rapprocher la position de l'arbitre de celle d'un juge étatique et c'est également la légitimité qui peut diverger les deux positions.

Malgré la création de notions juridiques ayant pour effet de distinguer l'institution arbitrale des juridictions étatiques, il n'en reste pas moins que l'arbitre fait preuve d'attachement aux solutions consacrées par les juridictions étatiques dont la légitimité et la justesse sont apparentes. En effet, *« l'activité juridique génère un droit positif constitué des solutions juridiques données par les juristes dans leur activité de juridictio et par les lois dont l'objectif est de généraliser des solutions juridiques pour faciliter la sécurité dans les rapports de droit. L'arbitre se convaincra d'autant plus de la solution juste qu'elle reflètera l'expérience de la juridiction et se trouvera confirmée dans la loi. L'arbitre aura naturellement à cœur d'inscrire sa solution dans une logique de cohérence, dont on sait qu'elle est un gage de sécurité juridique et partant de bonne justice »¹⁰⁷.* Par conséquent, il ne paraît pas judicieux

¹⁰⁶ **RACINE (J.-B.)**, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 266.

¹⁰⁷ **HENRY (M.)**, « La place de l'arbitre », op. cit., p. 289.

que l'arbitre se hasarde dans l'adoption de solutions juridiques allant à l'encontre des politiques étatiques les plus sensibles, comme le droit de la concurrence. Par ailleurs, l'arbitre comme le juge doit être à la recherche de la sécurité juridique dans les solutions qu'il consacre. Ce faisant, l'arbitre contribue à l'uniformité de solutions retenues vis-à-vis des matières, relevant à la fois de l'ordre public international de l'Etat concerné et de l'ordre public véritablement international.

Puisque l'arbitre cherche à suivre les juridictions étatiques lorsqu'un intérêt public est en jeu, il doit avoir le pouvoir de déclarer la nullité du contrat même en l'absence de toute demande de l'un des plaideurs en ce sens. La violation du contrat de l'ordre public transnational est apte à fonder le pouvoir de l'arbitre de déclarer la nullité du contrat illicite. Lorsque le contrat constitue une violation de l'ordre public transnational, la déclaration de l'incompétence de l'arbitre peut paraître insuffisante.

La tentative de l'arbitre de concilier des intérêts antagonistes est alors particulièrement délicate, étant donné qu'il lui incombe de ne pas trahir deux devoirs : « *les arbitres doivent répondre non seulement à l'attente légitime des parties, mais à celle des Etats qui leur reconnaissent le pouvoir de trancher même des litiges mettant en cause l'intérêt général* »¹⁰⁸.

B/ La notion d'attente légitime et son impact sur le rôle positif de l'arbitre

La notion d'attente légitime se trouve dans différentes situations : elle a sa place vis-à-vis des parties au contrat, l'une des parties pouvant opposer cette notion à son cocontractant, pour obtenir un bénéfice. La même notion s'applique à l'arbitre qui ne doit pas utiliser de dispositions juridiques conduisant à la nullité du contrat, parce que cela briserait l'attente légitime des parties. Enfin, la notion d'attente légitime trouve sa place quant à la question relative à l'application des politiques étatiques par l'arbitre.

Dès lors que les Etats admettent l'arbitrabilité des questions relevant de l'ordre public, il est plausible que les Etats s'attendent à ce que l'arbitre prenne en compte les politiques consacrées par les matières relevant de l'ordre public. L'arbitre doit donc reconnaître l'existence d'attente légitime étatique (1°). Toutefois, l'attente légitime étatique peut être

¹⁰⁸ **POUDRET (J.-F.)** et **BESSON (S.)**, *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ, Paris, 2002, p. 648.

conçue comme étant incompatible avec l'attente légitime des parties à l'arbitrage. De ce fait, un examen de la cohabitation de deux notions s'impose (2°).

1°- *La reconnaissance de l'attente légitime étatique par l'arbitre*

Il faut partir du principe que l'application des dispositions impératives appartenant à un ordre juridique étatique en particulier, n'est jamais aussi garantie que si la compétence juridictionnelle est attribuée au juge étatique relevant du même ordre juridique. A partir du moment où on permet, à un autre juge étatique étranger à l'ordre juridique concerné ou à un arbitre, de trancher une question d'ordre public, il y a un risque de méconnaissance vis-à-vis de l'ordre juridique concerné.

Cela explique en fait que les Etats ont leur part de responsabilité si leurs politiques ont été méconnues par un juge étatique étranger ou un arbitre. En effet, outre « *la libéralisation du régime des clauses attributives de juridiction* », « *l'arbitrabilité de contentieux relevant de réglementations économiques* » a joué un rôle central dans le degré d'impérativité de ces dernières, c'est-à-dire que ces réglementations subissent une « *dilution de l'impérativité* »¹⁰⁹.

Ce résultat est la conséquence de la concurrence entre les législations. L'accès de l'arbitre aux litiges impliquant des intérêts étatiques n'est pas l'effet d'un développement purement arbitral, les Etats y ayant joué un rôle très important. En effet, « *la distinction entre la sphère des intérêts impératifs des Etats et celle des intérêts purement privés* » a été atténuée du fait que les législations sont entrées en concurrence. La concurrence des législations ne se borne pas aux relations « *de pur droit privé* », la place est désormais réservée aux lois de police « *en matière contractuelle* »¹¹⁰.

Il ne s'agit pas de justifier la méconnaissance des politiques étatiques par les arbitres. Mais, il s'agit de démontrer que le risque de méconnaissance existe et que les Etats encourent ce risque dès la reconnaissance de l'arbitrabilité des questions relevant de l'ordre public. L'arbitre se reconnaît un droit de regard sur les politiques poursuivies par les Etats et ce contrairement au juge étatique qui est tenu de faire respecter les politiques de son Etat, exprimées par des règles impératives. Ce, sans pouvoir apprécier la légitimité de telles

¹⁰⁹ **MUIR WATT (H.)**, « Aspects économiques du droit international privé : (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) (Volume 307) », *op. cit.*, p. 141.

¹¹⁰ *idem*, pp. 119-120.

politiques dès que l'application de ces politiques s'impose à l'égard d'une relation internationale privée.

Pour reconnaître la légitimité de l'application d'un droit étatique, une condition est requise : l'Etat doit établir l'intérêt de cette application à régir la relation internationale. Il ne suffit pas qu'un droit étatique soit pertinent, il faut que son application apporte un intérêt réel. Si l'Etat dont la loi de police revendique application cherche un intérêt réel pour imposer son droit, il relève du bon sens que l'arbitre cherche un tel intérêt avant de déclarer la compétence de tel ou tel droit. C'est la raison pour laquelle on a pu dire que l'application des lois de police par l'arbitre « *dépend des circonstances de l'espèce* »¹¹¹.

Plus précisément, « *les règles de concurrence se caractérisent par leur champ d'application dans l'espace. Le critère communément utilisé par les législations modernes pour délimiter leur champ d'application est celui de la localisation des effets anticoncurrentiels sur le territoire ou le marché du pays en question, sans égard à la nationalité, au domicile ou au siège des entreprises concernées* »¹¹². De la même façon que l'espace est considéré dans la détermination de la loi applicable, il l'est dans le processus de l'exequatur de la sentence arbitrale. Sur le plan européen, les tribunaux arbitraux siégeant hors de l'Union européenne, pourront se voir dans l'obligation d'appliquer le droit de la concurrence européen, si l'exécution de la sentence est susceptible d'être demandée dans l'espace européen¹¹³.

L'arbitre n'a pas seulement la latitude d'invoquer la question de nullité d'un contrat sans que l'une des parties ne l'ait demandé, mais il a l'obligation de le faire, sans distinction de source de nullité, dans la mesure où cette nullité vient de la loi d'autonomie ou d'une loi de police. En définitive, « *l'arbitrage ne constitue nullement un ordre juridique situé hors d'atteinte des principes les mieux établis des systèmes juridiques qui le reconnaissent, l'organisent, le structurent, et dont, au fond, il dépend en tout point* »¹¹⁴. Par conséquent, il n'est pas cohérent de permettre à l'arbitrage de prêter main forte aux entreprises, pour enfreindre les législations étatiques dont l'importance est cruciale et la compétence incontestée. A cela s'ajoute que

¹¹¹ **FAUVARQUE-COSSON (B.)**, « Règles impératives et instruments de droit souple » : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, p. 200.

¹¹² **MAIRE (J.-P.) et HAHN (D.)**, « Réglementation de la concurrence et évolution du concept d'arbitrabilité », in *Competition and Arbitration Law*, ICC, Paris, 1993, p. 82.

¹¹³ **BLANKE (G.)**, « The Interaction Between Arbitration and Public Enforcement: Clash or Harmony? », *op. cit.*, p. 265.

¹¹⁴ **CHILSTEIN (D.)**, « Le juge des référés face à l'arbitrage frauduleux » : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, p. 113.

l'observation stricte de la loi d'autonomie par les arbitres, n'est pas absolue. Les arbitres tendent naturellement à prendre en compte outre les dispositions contractuelles, les principes généraux du droit et ce, malgré la présence d'une loi d'autonomie déclarée applicable. A cet égard, il a été soutenu que « *common sense dictates that, consciously or not, the arbitrators will tend to rely more heavily on the contract provisions themselves and seek guidance from familiar legal concepts and general principles of law, to the detriment of the particularities or idiosyncrasies of the applicable law* »¹¹⁵. A partir de ce constat, il serait raisonnable d'exiger que l'arbitre sanctionne une pratique prohibée et condamnée par un grand nombre d'Etats et qu'il y prête une attention particulière.

Par extension, si l'on prend pour acquis qu'il est interdit à l'arbitre de déclarer la nullité du contrat de sa propre initiative, selon la notion de l'*ultra petita*, l'arbitre manque à son rôle dans la défense des intérêts légitimes des Etats. Si une partie à l'arbitrage demande à l'arbitre de se prononcer sur la nullité du contrat ou l'application potentielle d'une loi de police, il a le pouvoir de déclarer la nullité du contrat, sinon, il est privé de ce pouvoir. Il paraît que cette situation n'est ni efficace, ni pragmatique et qu'elle conduit à ce que les procédures durent. A propos de l'application du droit européen de la concurrence, un auteur a écrit que « *if the duty to apply EU competition rules ex officio were recognized, arbitrators would behave as protectors of the needs of public policy by which they would be actually, albeit indirectly, bound* »¹¹⁶. Ce point de vue ne peut que rallier l'adhésion, car l'arbitre est effectivement tenu de respecter ce droit de façon indirecte. L'un des aspects de ce respect est le pouvoir de déclarer la nullité du contrat illicite sans reprocher à l'arbitre l'*ultra petita*.

En se considérant tenu de faire respecter le droit de la concurrence indépendamment d'une demande formulée par l'une des parties à l'arbitrage, l'arbitre ne déçoit pas l'attente légitime étatique. Mais qu'en est-il de l'attente légitime des parties à l'arbitrage ?

2°- *La compatibilité de l'attente légitime des parties avec l'imposition d'intérêts étatiques légitimes*

L'arbitre veille à protéger les marchés des Etats en appliquant leur droit de concurrence et

¹¹⁵ KAUFMANN-KOHLER (G.), « The transnationalization of national contract law by the international arbitrator » : *Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, Paris, 2013, p. 109.

¹¹⁶ CISOTTA (R.), « Some considerations on arbitrability of competition law disputes and powers and duties of arbitrators in applying EU competition law », *op. cit.*, p. 259.

d'ailleurs, « il est [...] *de plus en plus largement admis dans les milieux de l'arbitrage, qu'un arbitre doit appliquer les règles protectrices de la concurrence de l'Etat dont le marché est affecté par l'accord litigieux, même si les parties ont soumis celui-ci à une loi différente* »¹¹⁷. De surcroît, le consentement des parties n'est pas requis selon certains auteurs, pour pouvoir appliquer le droit de la concurrence par l'arbitre¹¹⁸. Plus précisément, l'arbitre appliquera le droit de la concurrence contre le gré des parties à l'arbitrage, lorsqu'il se sait face à une entente illicite. Qui plus est, l'entente prohibée par le droit de la concurrence est parfois le contrat même, unissant les contractants et non certaines clauses du contrat en question. Si les deux parties à l'arbitrage refusent de se soumettre à la volonté de l'arbitre, traduite par l'examen de la licéité de leur contrat, selon le droit de la concurrence qui revendique son application, il doit déclarer la nullité du contrat au nom de l'intérêt légitime de l'Etat concerné.

Cette attitude arbitrale est-elle conforme à l'attente légitime des parties à l'arbitrage ?

En principe, la notion d'attente légitime des parties ne doit pas trouver d'écho en présence d'obligations contractuelles bien précises et d'une loi d'autonomie validant de telles obligations. Le fait que les parties se mettent d'accord sur la loi qui va régir leur contrat, signifie qu'elles ont l'intention de respecter leurs engagements. Par conséquent, il est difficile d'admettre que l'une des parties puisse arguer qu'elle ne s'attend pas à être liée par telle ou telle obligation. C'est-à-dire qu'il y a deux raisons pour que le principe d'attente légitime ne trouve pas à s'appliquer entre les parties contractantes. Tout d'abord, les obligations convenues par les deux contractants doivent être précises et dénuées de toute ambiguïté. Ensuite, il faut que la loi choisie par les parties valide les obligations contestées par l'une des parties et que cette loi soit compétente grâce à une clause inscrite dans le contrat¹¹⁹. Ce raisonnement s'applique à des obligations liées aux intérêts privés, mais cela ne signifie pas que toutes les obligations consenties seront liées qu'à des intérêts privés. L'implication d'un intérêt public rend la validation des obligations contractuelles par la loi d'autonomie insuffisante.

En d'autres termes, même dans l'hypothèse où la loi d'autonomie valide des obligations contractuelles constitutives des pratiques anticoncurrentielles, l'attente légitime des parties ne

¹¹⁷ **MAYER (P.)**, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 551.

¹¹⁸ **CISOTTA (R.)**, « Some considerations on arbitrability of competition law disputes and powers and duties of arbitrators in applying EU competition law », *op. cit.*, p. 259.

¹¹⁹ **FERRY (C.)**, *La validité des contrats en droit international privé : France/U. S. A*, t. 206, LGDJ, Paris, 1989, p. 198.

peut pas empêcher la mise en œuvre du droit de la concurrence, en tant que loi de police étrangère à la loi d'autonomie. Dès le moment où les parties contractantes concluent un contrat contraire au droit de la concurrence, elles doivent s'attendre à l'application du droit de la concurrence qui a été violé. De fait, l'arbitre ne porte pas atteinte à l'attente légitime des parties à l'arbitrage lorsqu'il décide d'introduire la contrariété du contrat à une loi de police, en l'occurrence, un droit de concurrence étranger à la loi d'autonomie, puis en tirer les conséquences.

Un auteur fait le lien entre l'attente légitime des parties et le respect des intérêts étatiques. Il motive la possibilité de sanctionner un comportement anticoncurrentiel, à la condition de ne pas porter atteinte à l'attente légitime des parties. Ainsi, considérer que le droit de la concurrence s'applique, en vertu de l'effet anticoncurrentiel produit ou susceptible de se produire, sur le marché de l'Etat concerné, est insuffisant pour que l'arbitre l'applique. L'arbitre ne doit décider d'appliquer le droit de l'Etat dont le droit de la concurrence revendique l'application, que s'il estime que l'application de ce droit correspond à l'attente légitime des parties¹²⁰.

A cet égard, la question de savoir comment détecter l'existence d'une attente légitime des parties se pose. Il se peut que l'attente légitime soit provoquée par les circonstances entourant l'affaire sur laquelle se prononce l'arbitre de façon objective. Il est possible que les parties concluant un contrat, ne sachent pas que leur contrat constitue une violation du droit de concurrence d'un Etat donné. Dans ce cas, elles ne peuvent pas s'attendre à l'application de ce droit. Par conséquent, l'attente légitime des parties, dans ce sens, devrait empêcher l'arbitre d'appliquer le droit de la concurrence. En revanche, si la violation du droit de la concurrence est évidente dans la mesure où les parties ne peuvent pas l'ignorer, les parties ne pourront pas invoquer une attente légitime devant l'arbitre pour exclure l'application de ce droit car leur attente légitime fait défaut.

Cette tentative d'expliquer la protection de l'intérêt étatique en fonction de l'attente légitime des parties n'est pas convaincante. Dès l'instant qu'une violation du droit de la concurrence est constatée, il faut prendre position. Soit il est demandé à l'arbitre de sanctionner cette violation, soit il est privé de ce pouvoir. Il n'est pas opportun d'avancer des notions juridiques imprécises pour décider de la décision de l'arbitre par la suite.

¹²⁰ DERAIS (Y.), « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », *op. cit.*, p. 258.

Autrement, il peut y être procédé en considérant que la conclusion d'un contrat contraire au droit de la concurrence, doit aller de pair avec l'existence d'une attente légitime chez les parties contractantes, permettant l'application de ce droit.

En outre, la notion d'attente légitime des parties peut être utilisée pour justifier l'intervention de l'arbitre dans la défense d'intérêts étatiques et sanctionner la violation du droit de la concurrence. A ce titre, l'attente légitime des parties semble être apte à justifier l'existence d'une obligation implicite de l'arbitre, dans le sens où ce dernier est tenu de rendre une sentence efficace. Cela veut dire que l'intention des parties était dès le départ, d'obtenir une sentence susceptible d'être exécutée. Autrement dit, l'attente légitime des parties qui consiste à obtenir une sentence efficace engendre une obligation implicite à la charge de l'arbitre¹²¹. De plus, dans l'hypothèse où le tribunal arbitral détecterait des agissements anticoncurrentiels, sans en tirer les conséquences, au premier rang desquelles la déclaration de nullité de l'accord, le tribunal étatique qui contrôle la sentence arbitrale serait en mesure de rejeter la sentence¹²².

Cette proposition semble être admise dans la mesure où l'intervention de l'arbitre en faveur des politiques étatiques est basée sur une concordance entre l'attente légitime des parties et l'intérêt étatique légitime. La notion d'attente légitime des parties doit trouver à s'appliquer, lorsque l'arbitre envisage la possibilité de prononcer la nullité du contrat contrevenant au droit de la concurrence. Ce cas de figure suppose que l'arbitre n'est pas en mesure de surprendre l'attente légitime des deux parties à l'arbitrage, en prononçant la nullité de leur contrat de façon brutale. Le respect d'un intérêt supérieur à celui des parties ne dispense pas l'arbitre de prévenir les parties de son intention de déclarer la nullité de leur contrat. Il semble donc qu'une mise en garde soit nécessaire à l'égard des parties, avant que l'arbitre ne déclare la nullité du contrat concrétisant une entente illicite. En d'autres termes, l'arbitre doit permettre aux plaideurs de s'expliquer sur la licéité de leur contrat avant de prendre position.

Pour conclure sur le pouvoir de l'arbitre de relever une question d'ordre public d'office, en l'occurrence une question relative au droit de la concurrence, il apparaît que les avantages de

¹²¹ **BLANKE (G.)**, « The Interaction Between Arbitration and Public Enforcement: Clash or Harmony? », *op. cit.*, pp. 265-266.

¹²² **BIAGIONI (G.)**, « Review by national courts of arbitral awards dealing with EU competition law », in *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham: UK, Northampton, MA: USA, 2015, pp. 295-296.

ce pouvoir dépassent de loin ses inconvénients qui peuvent en découler. Un tel pouvoir doit être associé au pouvoir de l'arbitre de déclarer la nullité du contrat indépendamment de l'invocation de cette nullité par l'une des parties à l'arbitrage. Ainsi, ce pouvoir arbitral est l'ultime recours permettant à l'arbitre de faire l'équilibre entre les intérêts très divergents auxquels il doit faire face : *« En exerçant sa liberté dans son office de juge arbitral, l'arbitre doit rechercher un point d'équilibre. La notion d'équilibre suppose l'existence de forces contraires : liberté de l'arbitre, volonté des parties, ordres juridiques éventuellement concernés. L'office de l'arbitre est d'en trouver le point d'équilibre afin d'aboutir à la solution juste »*¹²³.

¹²³ HENRY (M.), « La place de l'arbitre », *op. cit.*, p. 291.

CHAPITRE II

LA PHASE DU TRAITEMENT DE L'ENTENTE PAR L'ARBITRE

Dès que l'arbitre décide qu'il est compétent pour se prononcer sur un problème relevant du droit de la concurrence, il est tenu d'apporter une réponse claire et de prendre position. Autrement dit, « *le devoir d'un tribunal arbitral en train de préparer sa sentence dans une affaire comportant des problèmes antitrust est de veiller à ce que la sentence décrive expressément la nature des questions antitrust qui lui ont été présentées et les décisions prises par le tribunal sur chacun de ces points* »¹²⁴. A ce titre, dès lors que l'existence d'une entente illicite est introduite dans le débat, l'arbitre doit en vérifier l'existence ou pas et en tirer les conséquences.

Tout au long de son raisonnement, l'arbitre renforcera sa décision en puisant ses arguments dans la jurisprudence étatique et ce, parce que les parties y font référence. A cet égard un arbitre a prononcé que : « *notre propre pratique montre que lorsque le droit applicable est un droit étatique, les parties ne se réfèrent pas à d'autres sentences ayant pu appliquer le même droit, mais uniquement à la jurisprudence des tribunaux nationaux du droit applicable* »¹²⁵. C'est pourquoi, il est pertinent de se pencher sur la jurisprudence étatique en la matière, principalement la jurisprudence européenne et française.

Soit la décision de l'arbitre débouche sur la compatibilité de l'accord en question avec le droit de la concurrence, l'entente illicite fait défaut ou elle existe bel et bien, mais elle est justifiée (Section 1). Soit sa décision de l'arbitre débouche sur l'incompatibilité de l'accord avec le droit de la concurrence. C'est le moment à partir duquel la déclaration de nullité de l'accord par l'arbitre est envisagée (Section 2).

SECTION 1- LA COMPATIBILITÉ DE L'ACCORD AVEC LE DROIT DE LA CONCURRENCE

L'examen des problèmes concurrentiels ne constitue pas une tâche facile pour le tribunal arbitral, les affaires contenant des questions concurrentielles requièrent une analyse

¹²⁴ HOLTZMANN (H.), « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », *op. cit.*, p. 249.

¹²⁵ KESSEDJIAN (C.), « La pratique arbitrale » : *Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, Paris, 2013, p. 125.

approfondie à la fois économique et juridique¹²⁶. En effet, l'*imperium* dont dispose le juge étatique facilite sa mission lorsqu'il se prononce sur un litige portant sur une question du droit de la concurrence. Le droit américain à l'origine des principes de la matière concurrentielle, contraint par exemple, les justiciables à produire des documents devant le juge, ce qui lui permet d'établir ou d'exclure la contravention du droit antitrust. A ce titre, « *une longue procédure de "discovery"¹²⁷ de documents est typique des procès antitrust aux Etats-Unis* »¹²⁸.

Conséquemment, la question se pose de savoir si l'arbitre a les capacités de surmonter l'obstacle que représente la "discovery" : « *Bien qu'un tribunal arbitral soit moins équipé qu'un tribunal national pour imposer cette "discovery" qui ressemble souvent dans les procès antitrust américains à une guerre prolongée où l'on se bat à coup de boîtes remplies de documents, il peut tirer des conclusions négatives du refus d'une partie de produire des pièces requises par le tribunal arbitral. Si l'une des partis (ou les deux) essaie(nt) de submerger les arbitres sous une masse de documents, ou si les problèmes, économiques ou autres, sont particulièrement complexes, le tribunal arbitral peut envisager de nommer un ou plusieurs experts pour l'aider à traiter ces questions* »¹²⁹.

Ces experts ne se substituent pas à l'arbitre comme un tribunal l'a laissé entendre : « *si qualifié que soit un expert [...] il est fondamental que le tribunal arbitral ne puisse pas lui déléguer le devoir de trancher l'affaire. Le rapport de l'expert est plutôt un simple élément que le tribunal doit prendre en considération et peser en même temps toutes les autres circonstances de la cause* »¹³⁰.

Après que le tribunal arbitral ait collecté toutes les pièces qui l'aideront dans la construction de sa conviction, il vérifiera si les conditions nécessaires pour constater l'entente prohibée par

¹²⁶ **HOLTZMANN (H.)**, « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », *op. cit.*, pp. 246-247.

¹²⁷ La divulgation de documents pertinents au procès auxquels l'autre justiciable fait référence.

¹²⁸ **HOLTZMANN (H.)**, « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », *op. cit.*, pp. 246-247.

¹²⁹ *idem*, p. 246-247.

¹³⁰ Sentence arbitrale, n° 314-24-1, 14 août 1987, Starret Housing Corp. et al. c. / Government of the Islamic Republic of Iran, paragraphe 266, reproduite dans 16 Iran-U.S. CTR. 112, 197, cité par **HOLTZMANN (H.)**, « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », in *Competition and Arbitration Law, International Chamber of Commerce*, Paris, 1993, p. 247. Le texte d'origine est le suivant : "No matter how well qualified an expert may be, however, it is fundamental that an arbitral tribunal cannot delegate to him the duty of deciding the case. Rather, the Expert's Report is simply one element to be considered and weighed by the Tribunal along with all of the other circumstances of the Case." : disponible sur : <https://www.trans-lex.org/232100/iran-us-claims-tribunal-starrett-housing-corp-v-iran-16-iran-us-ctr-at-112-et-seq/>

le droit de la concurrence, sont réunies. S'il s'avère que ces conditions ne le sont pas, l'accord sera compatible avec le droit de la concurrence (I). En revanche, l'examen des faits peut amener l'arbitre à recenser tous les éléments de l'entente illicite, mais que cette dernière se trouve justifiée par référence aux dispositions du même droit de la concurrence, qui a servi à établir l'existence de l'entente (II).

§I- La non réunion des conditions de l'entente devant l'arbitre

Pour retenir l'entente illicite, l'arbitre doit s'assurer que les conditions nécessaires pour la constater sont réunies. C'est la raison pour laquelle il convient d'aborder ces conditions (A). Dans cette optique, l'arbitre fait usage des prérogatives particulières lui permettant de déceler l'ensemble de ces conditions (B).

A/ Les conditions de l'entente illicite

« L'interdiction d'une entente est subordonnée à deux éléments constitutifs : le concours de volontés, la restriction de concurrence »¹³¹. La volonté de s'entendre au sens de la théorie des ententes illicites, c'est-à-dire qu'une « volonté commune de se comporter de façon qui porte atteinte à la concurrence »¹³² est présentée comme un fait à rechercher pour être constaté.

Les deux textes – européen et français – se recoupent sur deux points essentiels qui traduisent les conditions de l'entente illicite : le premier est que l'entente doit avoir pour objet ou effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ; le second se traduit par la nécessité de l'existence d'une atteinte à la concurrence¹³³, peu importe si l'entente « *porte atteinte à une situation de concurrence existante (concurrence actuelle) [ou] qu'elle empêche le jeu d'une concurrence future (concurrence potentielle)* »¹³⁴.

L'arbitre devra donc vérifier si l'entente a pour objet d'empêcher, de restreindre ou de

¹³¹ **IDOT (L.)** « La qualification de la restriction de concurrence : A propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, § 3 CE », disponible sur : https://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2004_2034/acceder_texte_conference_8172.html

¹³² **DECOCQ (A.), et DECOCQ (G.)**, *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, 7^e éd., LGDJ, Paris, 2016, p. 277.

¹³³ *idem*, p. 277.

¹³⁴ **VOGEL (L.)**, *Droit de la concurrence : Droit européen, Traité de droit économique*, 2^e édition, LawLex/Bruylant, 2018, p. 113.

fausser le jeu de la concurrence. Dès qu'il constate que c'est le cas, l'illicéité est établie et l'arbitre n'a pas à examiner les effets concrets de cet accord. La CJCE a ainsi déclaré qu'« *aux fins de l'application de l'article 85, paragraphe 1 [101 § 1 du TFUE], la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue dès qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence* »¹³⁵. En revanche, si ce n'est pas le cas, l'arbitre examinera les effets de l'accord sur le jeu de la concurrence et ce « *dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux* »¹³⁶. S'il s'avère que ces effets affectent la concurrence de façon sensible, l'entente illicite sera constatée¹³⁷.

Force est de constater que les effets anticoncurrentiels potentiels pouvant se produire, sont décisifs dans la détermination de l'illicéité d'un accord et qu'il ne suffit pas que l'absence d'effets actuels soit constatée, pour retenir la validité de l'accord. La CJCE déclare qu'« *il résulte de la jurisprudence constante de la Cour que, pour apprécier si un accord doit être considéré comme interdit en raison des altérations du jeu de la concurrence qui en sont l'effet, il convient d'examiner le jeu de la concurrence dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux [...]* [La Cour ajoute que] *l'article 85, paragraphe 1 [101 § 1 TFUE], ne limite pas une telle appréciation [des effets anticoncurrentielles] aux seuls effets actuels mais celle-ci doit également tenir compte des effets potentiels de l'accord sur la concurrence dans le marché commun* »¹³⁸.

Enfin, pour que l'entente soit prohibée selon le droit européen¹³⁹, il faut que l'atteinte à la concurrence soit réellement sensible, sinon, l'entente n'encourt pas la nullité. La notion de sensibilité a été consacrée par la CJCE grâce à l'article 101 § 1 du TFUE, traitant de l'affectation du commerce entre Etats membres et de l'atteinte à la concurrence, œuvres d'un accord conséquent¹⁴⁰. Ainsi, la CJCE a-t-elle déclaré qu'« *un accord échappe à la prohibition de l'article 85 [101 du TFUE] lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause ; qu'il est donc possible qu'un accord d'exclusivité même avec protection territoriale*

¹³⁵ CJCE, 13 juillet 1966, Etablissements Consten S. A. R. L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c. / Comm., aff. 56 et 58-64, Rec., 1966, p. 429.

¹³⁶ CJCE, 30 juin 1966, Société Technique Minière (L. T. M.) c. / Maschinenbau Ulm GmbH (M. B. U.), aff. 56-65, Rec., p. 337.

¹³⁷ *idem*

¹³⁸ CJCE, 28 mai 1998, John Deere Ltd. c. / Comm., aff. C-7/95 P, Rec., p. I-3111.

¹³⁹ Cette notion existe en droit français (article L. 446-6-1 du Code de commerce)

¹⁴⁰ **DECOCQ (A.), et DECOCQ (G.),** *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., pp. 297-298.

absolue, compte tenu de la faible position des intéressés sur le marché des produits en cause dans la zone faisant l'objet de la protection absolue, échappe à l'interdiction prévue à l'article 85, paragraphe 1 [101 § 1 du TFUE] »¹⁴¹.

Dès lors, lorsque l'une des parties à l'arbitrage demande au tribunal arbitral de se prononcer sur la compatibilité de l'accord conclu, sur la base des droits européen ou français de la concurrence, le tribunal doit examiner l'accord sous cet angle-là, en essayant de constater la réunion des conditions présentées ci-dessus. Dans le cas contraire, la sentence arbitrale peut être annulée par le juge de contrôle, comme cela est arrivé à une sentence arbitrale rendue en Suisse. En l'espèce¹⁴², un accord de spécialisation et de participation avait été conclu entre une société espagnole dans le domaine des miroirs et une société belge dans le secteur automobile. Le droit applicable était le droit belge et en vertu du contrat, les sociétés avaient transféré leurs activités respectives.

Par une sentence partielle rendue le 4 juin 1990, le tribunal a refusé de surseoir à statuer en attendant la décision de la Commission. Il a aussi déclaré son incompétence à examiner la validité du contrat, au regard de l'article 85 § 1 du Traité de Rome (101 § 1 du TFUE), retenant que sa validité était présumée, en l'absence d'une décision de la Commission européenne qui a été saisie en vue d'obtenir une exemption individuelle si l'accord était contraire au droit européen de la concurrence. Ces exceptions préjudicielles ont été soulevées par la société espagnole.

Une sentence définitive a été rendue le 22 décembre 1990 qui a fait l'objet d'un recours en annulation. Et en effet, la réticence du tribunal arbitral de se prononcer sur la validité du contrat, au regard du droit européen de la concurrence, a provoqué l'annulation de sa sentence par le Tribunal fédéral suisse le 28 avril 1992¹⁴³. Selon le droit suisse, la sentence devait être annulée si le tribunal arbitral s'était déclaré à tort, compétent ou incompétent. Par une autre décision arbitrale rendue en 1995, les arbitres ayant voulu se conformer parfaitement à la politique suivie par les organes européens, ont examiné la validité de l'accord au regard de l'article 85 § 1 du Traité de Rome [101 §1 TFUE], en étudiant plusieurs décisions rendues par la Commission européenne et la CJCE. Ils ont conclu que l'accord n'était pas contraire à l'article cité et qu'il n'y avait pas lieu de le sanctionner. Effectivement, « *s'agissant de deux entreprises économiques autonomes, qui exercent des activités différentes, l'une dans la*

¹⁴¹ CJCE, 9 juillet 1969, Franz Völk c. / S.P.R.L. Ets J. Vervaecke, aff. 5-69, *Rec.*, 1969 p. 295.

¹⁴² Sentence arbitrale préjudicielle, 30 juin, 1994 : *Bull. ASA*, 1995, p. 268.

¹⁴³ Tribunal fédéral suisse, 28 avril 1992, Société G. c. / Société V. : *Rev. arb.*, 1993, p. 124, note Idot (L.).

transformation du verre à l'usage automobile et l'autre dans la fabrication de miroirs, on voit mal pourquoi et comment ces deux entités, ayant par définition leur propre politique commerciale, voudraient et pourraient coordonner leur comportement concurrentiel à supposer ce dernier concevable. Dès lors que les deux parties au contrat se sont retirées du secteur cédé à l'autre, il ne saurait y avoir concurrence, ni effective, ni potentielle entre les parties au contrat ... »¹⁴⁴.

Le tribunal arbitral ayant appliqué le droit européen de la concurrence et démontré qu'il n'y avait pas eu atteinte à la concurrence, puisque les parties n'étaient pas concurrentes, a prouvé l'impossibilité de l'objet illicite de l'accord. En outre, le tribunal n'a pas seulement mis en doute la possibilité d'une collusion entre les deux entreprises, il a aussi argué que dans l'hypothèse où cette collusion ou coordination aurait été concevable, il aurait retenu qu'elle faisait défaut, les deux entreprises en question définissant leurs politiques commerciales de façon autonome. Il a enfin considéré qu'il n'existait pas d'entente illicite entre elles et qu'à l'évidence, des effets anticoncurrentiels concrets ou potentiels ne pouvaient être générés par l'accord examiné.

De telles motivations des tribunaux arbitraux amènent à faire confiance à l'arbitre et à sa capacité d'aborder les problèmes concurrentiels méthodiquement. Pour leur défense, il a été dit : *« Certes, les arbitres ont presque toujours déclaré le contrat valable, soit en constatant que la pratique n'était pas prohibée par l'article 85 § 1, soit parce qu'elle bénéficiait d'un règlement d'exemption [...]. De telles remarques ne suffisent pas à jeter la suspicion sur les arbitres. Rien ne permet de dire que ceux-ci ont voulu à tout prix, sauver le contrat d'une annulation. En réalité, les sentences publiées ont toutes soigné la motivation de leur solution, notamment en faisant appel à la jurisprudence de la CJCE. [...] Bien sûr, seuls le juge chargé du contrôle de la sentence et la Commission européenne sont habilités à constater qu'un arbitre a bien appliqué le droit communautaire de la concurrence. Il apparaît cependant, que le raisonnement développé par les arbitres dans les sentences analysées est aussi méthodique et rigoureux que celui développé par un juge national »¹⁴⁵.*

Aujourd'hui, la remarque de la validité systématique de l'accord examiné à la lumière des dispositions des ententes illicites, est sur le point de changer. Les arbitres deviennent de plus

¹⁴⁴ Sentence arbitrale préjudicielle, 30 juin, 1994 : Bull, ASA, 1995, p. 268, spec. p. 294.

¹⁴⁵ RACINE (J.-B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., p. 262.

en plus sensibles à ces questions étatiques et n'hésitent plus à dénoncer des contrats contrevenant à ces dispositions. Le fait que l'arbitre ait tendance à valider le contrat à tout prix n'a plus sa place dans l'arbitrage, l'arbitre accédant davantage aux matières qui intéressent l'ordre public des Etats. La matière des ententes illicites jouit d'un privilège arbitral, de sorte que l'arbitre se sent à l'aise en se prononçant sur cette question parce que ce comportement intègre plus souvent, le contrat unissant les deux contractants.

Lorsque l'arbitre est amené à se prononcer sur l'existence d'une entente illicite, il s'approprie les moyens qui sont à sa portée pour s'informer sur la réalité de la situation de concurrence.

B/ Les prérogatives de l'arbitre pour identifier l'existence d'une entente illicite

Dans la recherche des conditions qui permettent d'identifier l'entente illicite ou l'exclure, l'arbitre doit avoir deux prérogatives indispensables. La première est analytique : l'arbitre doit faire une analyse détaillée, pour constater si la condition du seuil de sensibilité est atteint ou non (1°). La seconde est une prérogative d'enquête : la nature de la matière des ententes illicites permet aux parties de cacher la facette illicite de leur accord. L'arbitre doit donc bénéficier de moyens efficaces pour déceler la face cachée de l'illicéité (2°).

1°- La prérogative analytique

L'arbitre a la prérogative d'analyser les données du litige concurrentiel, afin de parvenir à une décision compatible avec le droit de la concurrence appliqué. Parmi les exemples qui illustrent le rôle d'analyse reconnu à l'arbitre, il y a la théorie du seuil de sensibilité.

Cette théorie a eu l'attention du législateur européen, qui l'a concrétisée en insérant des seuils de sensibilité dans les textes déterminant le point à partir duquel, la prohibition de l'entente anticoncurrentielle est mise en œuvre et en dessous duquel, cette prohibition ne trouve pas à s'appliquer. La Commission européenne a estimé que la notion de seuil de sensibilité doit être clarifiée et simplifiée afin d'être bien appliquée. C'est ainsi qu'elle a adopté des textes légaux expliquant concrètement quand le seuil de sensibilité est atteint ou non. Tel est le cas de la Communication n°2014-C 2910 du 30 août 2014¹⁴⁶, concernant les accords d'importance

¹⁴⁶ Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement

mineure. Force est de constater que de tels textes n'ont pas de valeur normative, c'est -à-dire que ces normes ne sont pas contraignantes pour les instances chargées d'appliquer le droit de la concurrence¹⁴⁷. En outre, la notion de seuil de sensibilité trouve à s'appliquer à l'échelle nationale, en l'occurrence française. L'article L. 464-6-1¹⁴⁸ du Code de commerce consacre cette disposition.

Une précision s'impose à propos de la règle de sensibilité : « *Le raisonnement économique transparait dans la façon dont les seuils sont mis en œuvre : ils ne posent pas de présomption absolue mais s'interprètent à la lumière d'un principe de proportionnalité. [...]. Ce qui signifie que le franchissement du seuil ne déclenche pas nécessairement l'application de la règle [de sensibilité]* »¹⁴⁹. En d'autres termes, chaque accord franchissant le seuil de sensibilité ne présente pas forcément de problèmes concurrentiels, mais « *il convient toutefois de considérer que plus le dépassement de ces seuils est prononcé, plus les valeurs sont révélatrices de problèmes concurrentiels* »¹⁵⁰.

Dans l'hypothèse où le seuil de sensibilité aurait été franchi, deux possibilités s'offrent vis-à-vis de l'accord : soit celui-ci est susceptible de relever d'un Règlement d'exemption par catégorie et dans ce cas, l'entente est licite ; soit, les entreprises intéressées procèdent à une sorte d'autoévaluation, en déterminant si leur accord est susceptible de bénéficier d'une exemption individuelle (l'exemption légale prévue à l'article 101 § 3 du TFUE), étant donné

de l'Union européenne (communication de minimis), *Journal officiel de l'Union européenne*, (2014/C 291/01), 30 août 2014

¹⁴⁷ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, t. 1, LawLex/Bruylant, Paris, 2015, p. 17.

¹⁴⁸ « L'Autorité de la concurrence peut également décider, dans les conditions prévues à l'article L. 464-6, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque les pratiques mentionnées à l'article L. 420-1 ne visent pas des contrats passés en application du Code des marchés publics et que la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas soit :

a) 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause ;

b) 15 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui ne sont pas concurrents existants ou potentiels sur l'un des marchés en cause. » L'article L. 464-6 prévoit que : « Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, l'Autorité de la concurrence peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure. Cette décision est motivée. »

¹⁴⁹ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, t. 1, LawLex/Bruylant, Paris, 2015, p. 17.

¹⁵⁰ TUE, 7 juin 2013, Spar Österreichische Warenhandels AG, aff. T-405/08 : *Recueil numérique* ; Lawlex 13935, point 68 de l'arrêt.

le contexte concurrentiel prévalant et la réunion des conditions prévues par l'article en question. Aussi, elles s'inspireront des lignes directrices publiées par la Commission, qui indiquent des critères à suivre lors de l'évaluation et ce, en fonction du type d'accord en question¹⁵¹. L'arbitre peut vérifier l'applicabilité d'un Règlement d'exemption par catégorie, ainsi que l'exemption individuelle¹⁵² en aval, dans le cas où le seuil de sensibilité serait franchi. Ce point sera étudié plus tard¹⁵³.

2°- *La prérogative d'enquête*

Lorsque l'arbitre se prononce sur une éventuelle entente illicite, il est indispensable de lui donner les moyens qui lui permettront d'appréhender tous les aspects de l'accord. Pour cela, il faut lui reconnaître un pouvoir d'office, pour mettre en évidence la concordance de volontés des parties à l'accord. Il est indéniable que « *le juge et l'arbitre ne sont, le plus souvent, saisis que de la partie présentable* »¹⁵⁴ du litige. C'est la raison pour laquelle il faut que l'arbitre ait la prérogative d'aller au-delà des apparences et de chercher l'illicite dissimulé dans l'accord. M. Goldman soutient à cet égard que les pratiques concertées « *peuvent être considérées soit comme traduisant un contrat, dont elles fournissent la preuve, soit comme des comportements sciemment concordants, mais dont la concordance ne résulte pas d'engagements contractuels ; de toute manière, elles peuvent, quelle qu'en soit l'analyse et la qualification, entrer dans la compétence des arbitres* »¹⁵⁵.

En droit européen, la jurisprudence rappelle expressément la possibilité de l'existence d'un accord tacite. Le TPICE a prononcé que « *le Tribunal rappelle, à titre liminaire, qu'une condition contractuelle contraire à l'article 85, paragraphe 1, du traité [actuellement 101 § 1 du TFUE] peut ne pas être nécessairement consignée par écrit, mais s'insérer, sous forme tacite, dans les relations contractuelles entretenues par une entreprise avec ses partenaires commerciaux* »¹⁵⁶.

¹⁵¹ **IDOT (L.)** « La qualification de la restriction de concurrence : A propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, § 3 CE », *op. cit.*

¹⁵² Il s'agit de l'exemption légale prévue par l'article 102 § 3 du TFUE.

¹⁵³ Voir : *supra*, pp. 95 et s.

¹⁵⁴ **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », *op. cit.*, p. 131.

¹⁵⁵ **GOLDMAN (B.)**, « L'arbitrage international et droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 292.

¹⁵⁶ TPICE, 7 juillet 1994, Dunlop Slazenger International Ltd. c. / Comm., aff. T-43/92, *Rec.*, p. 441.

Au premier abord, il pourrait être considéré que l'accord ou la clause matérialisant l'entente illicite, ne fait pas partie du contrat litigieux et que l'arbitre est donc dispensé d'examiner le comportement adopté par ces parties sur le marché, alors que ce comportement indique qu'une entente illicite existe entre les parties.

Cet argument doit être nuancé pour convaincre, car il ne suffit pas de soupçonner le comportement des parties sur le marché, pour en déduire qu'une entente a été mise en place. L'arbitre doit parvenir à constater une volonté commune constitutive de l'entente et que celle-ci soit liée au contrat placé sous l'autorité de l'arbitre. Par le passé, des décisions basées sur un raisonnement déductif ont entraîné une insécurité juridique¹⁵⁷. La déduction consistant à dire que l'entente était établie, sans apporter les éléments caractérisant la concordance des volontés, sur la réalisation d'un objectif prohibé par le droit de la concurrence, a « été contestée par les entreprises dans la mesure où elle était attentatoire, selon elles, à leur sécurité juridique. Le Tribunal et la Cour de justice ont été ainsi amenés à [...] remettre [ce raisonnement déductif] en cause »¹⁵⁸. Par conséquent, le TPICE a jugé qu'il était indispensable, pour que la violation du droit de la concurrence européen soit constatée, que deux volontés se rencontrent avec pour objectif de restreindre le jeu de la concurrence, peu importait la manière dont la volonté des parties avait été exprimée¹⁵⁹. En d'autres termes, la preuve de l'existence d'une entente illicite peut être inférée d'un certain nombre d'éléments, qui corroborent et constituent ensemble, une telle preuve, notamment en l'absence d'un

¹⁵⁷ Par exemple : « *Le Tribunal estime qu' une telle interprétation [celle qui aboutit à l'existence d'une protection territoriale absolue] donnée par les distributeurs exclusifs de la requérante aux contrats qui les liaient à celle-ci, examinée en combinaison avec l'interdiction générale d'exporter dont la requérante faisait état dans sa correspondance, précitée, avec Newitt, implique soit une clause tacite préexistante dans les contrats conclus avec ses distributeurs, leur assurant une protection territoriale absolue, soit l'acceptation par ceux-ci de la politique de la requérante, en tant que fabricant, de ne pas admettre d'exportations de ses produits vers quelque marché que ce soit dans le monde sur lequel était présent l'un de ses distributeurs.* » : TPICE, 7 juillet 1994, *Dunlop Slazenger International Ltd c. / Comm.*, aff. T-43/92, *Rec.*, p. 441.

¹⁵⁸ **GRYNFOGEL (C.)**, *Droit européen de la concurrence*, 4^e édition, LGDJ, 2016, p. 50.

¹⁵⁹ Le TPICE énonce dans un arrêt que « *Il ressort du raisonnement de la Commission qu'elle soutient, certes, de façon ambiguë [...] que la simple constatation du fait que les grossistes n'ont pas interrompu leurs relations commerciales avec Bayer après la mise en place de la nouvelle politique de cette dernière visant à restreindre les exportations lui permet de considérer établie l'existence d'un accord entre entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité.*

Une telle thèse ne peut être retenue. La preuve d'un accord entre entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité doit reposer sur la constatation directe ou indirecte de l'élément subjectif qui caractérise la notion même d'accord, c'est-à-dire d'une concordance de volontés entre opérateurs économiques sur la mise en pratique d'une politique, de la recherche d'un objectif ou de l'adoption d'un comportement déterminé sur le marché, abstraction faite de la manière dont est exprimée la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément aux termes dudit accord [...]. La Commission méconnaît ladite notion de concordance de volontés en estimant que la poursuite des relations commerciales avec le fabricant lorsque celui-ci adopte une nouvelle politique, qu'il met en pratique unilatéralement, équivaut à un acquiescement des grossistes à celle-ci, alors que leur comportement de facto est clairement contraire à ladite politique. » : TPICE, 26 octobre 2000, *Bayer c. / Comm.*, aff. T-41/96, *Rec.*, p. 3383.

support matériel permettant de dévoiler l'existence d'une entente anticoncurrentielle¹⁶⁰. Dans ce contexte, il est à souligner que l'établissement d'une volonté de concordance n'est pas toujours facile à retenir. Il ne faut pas exclure la possibilité d'être en présence d'une pratique parallèle, qui résulterait d'un comportement consécutif à une décision autonome, propre à chaque entreprise¹⁶¹. Un auteur a déclaré à propos de la distinction entre le parallélisme et l'entente illicite que « *c'est la constatation d'une altération de la concurrence résultant d'une comparaison entre la situation réelle du marché et celle qui serait le résultat du jeu de la libre concurrence, qui peut permettre de déceler la concertation sous le comportement parallèle* »¹⁶².

S'agissant du droit interne, la Cour de cassation raisonne pareillement à la Cour de justice, c'est-à-dire qu'elle n'hésite pas à retenir l'existence de cette forme d'entente, si les éléments du litige amènent à constater des comportements parallèles sur le marché, sans être le résultat naturel d'une politique commerciale autonome, poursuivie sur le marché¹⁶³.

Dès l'instant où l'arbitre a le pouvoir de sanctionner illicéité, il va de soi de lui permettre d'affranchir le cadre des actes présentés par les parties à l'accord. En outre, « *l'éclatement de l'illicite est une donnée essentielle, que le droit doit considérer. S'en tenir aux actes apparents, à la partie visible, c'est faire preuve de naïveté ou se rendre complice de l'illicite. Il importe au droit de rétablir l'unité de l'opération* »¹⁶⁴. L'arbitre est aidé en cela par deux notions juridiques lui permettant d'établir l'illicéité de l'opération sur laquelle il doit se prononcer. En règle générale, la notion de la cause et la notion de l'objet jouent un rôle déterminant dans l'appréhension de l'illicéité du contrat¹⁶⁵.

L'entente illicite peut exister sous toutes les formes dans différents types de contrats. Ainsi, peut-elle être insérée dans une transaction comme dans l'exemple suivant : une clause de

¹⁶⁰ CJCE, 10 février 2011, Activision Blizzard c. / Comm., aff. C-260/09 P, Rec., 2011, p. I-419. Voir également : CJCE, 14 juillet 1972, Imperial Chemical Industries Ltd. c. / Comm., aff. 48-69, Rec., 1972, p. 619, points 64 et 65.

¹⁶¹ *idem*, points 66-68.

¹⁶² **DECOCQ (A.), et DECOCQ (G.)**, *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, 7^e éd., LGDJ, Paris, 2016, p. 288.

¹⁶³ Cass. com., 8 octobre 1991, n° de pourvoi : 89-20869 89-21295 89-21473 : *Bull. civ.*, IV, n° 282, p. 195.

¹⁶⁴ **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », *op. cit.*, p. 132.

¹⁶⁵ *idem*, p. 132.

non contestation de la validité de certains droits de propriété industrielle, avait été ajoutée dans un contrat. Son objet était d'empêcher des actions en justice. Lorsque le litige a pris forme sur une question d'accord de licence, la CJCE a considéré qu'il y avait eu entente illicite et a prononcé sa nullité¹⁶⁶. C'est la raison pour laquelle l'arbitre est incité à ne pas insérer une telle clause dans sa sentence, au cas où les parties décideraient de conclure une transaction.

En résumé, pour révéler la partie illicite d'une convention ou d'un contrat, l'arbitre tient compte d'indices trouvés dans le dossier¹⁶⁷ qui l'amèneront à s'interroger sur la légalité de la convention des parties. Pour enlever ses doutes ou vérifier ses conclusions, il peut aller plus loin et demander aux parties de s'expliquer, voire de se justifier.

Lorsque les parties s'expriment sur l'application du droit de la concurrence, l'une d'elles peut parvenir à prouver devant l'arbitre la compatibilité de leur accord avec le droit de la concurrence. L'arbitre est en mesure d'adopter l'argumentation avancée par l'une des parties, il peut aussi décider d'examiner la possibilité de valider un accord anticoncurrentiel en faisant valoir lui-même les textes légaux applicables.

§II- Des mécanismes permettant à l'arbitre de valider l'entente illicite

Il est indéniable que le droit de la concurrence est un droit qui peut faire basculer l'issue de l'accord illicite, de la condamnation à la validation, pour des raisons économiques. Celles-ci sont consacrées soit par des textes juridiques comme les Règlements d'exemption (A), soit par les instances chargées d'appliquer le droit de la concurrence. Tel est le cas de la règle de raison, d'origine jurisprudentielle, fondée sur l'interprétation des dispositions du droit de la concurrence (B). Le tribunal arbitral a la faculté d'appliquer ces dispositions puisque l'arbitrabilité de la matière fait de lui une instance chargée d'appliquer le droit de la concurrence dans toutes ses composantes.

¹⁶⁶ La Cour de justice déclare en réponse à une question préjudicielle posée par la Cour fédérale allemande : « *En interdisant certains "accords" conclus entre entreprises, l'article 85, paragraphe 1, du traité [actuellement 101 §1 du TFUE] ne fait aucune distinction entre les accords qui ont pour objet de mettre fin à un litige et ceux qui poursuivent d'autres buts. Il y a lieu d'ajouter que l'appréciation portée sur un accord amiable de ce type ne préjuge pas la question de savoir si, et dans quelle mesure, une transaction judiciaire intervenue devant une juridiction nationale et constituant un acte judiciaire peut être frappée de nullité pour avoir violé le droit communautaire de la concurrence.* » : CJCE, 27 septembre 1988, Bayer AG et Société de constructions mécaniques Hennecke GmbH c. / Heinz Süllhöfer, *Rec.*, 1988, p. 5249.

¹⁶⁷ **RACINE (J.-B.)**, « L'arbitre face aux pratiques illicites du commerce international », *op. cit.*, p. 8.

A/ L'accord bénéficie d'une exemption individuelle ou par catégorie

Les textes européens comme les textes internes du droit de la concurrence, permettent d'envisager deux types d'exemptions : les exemptions individuelles dont l'utilité économique est appréciée, sans recourir à des critères établis par une norme reconnaissant à l'accord une telle qualité en raison de son type. Ces exemptions sont accordées en application de l'article 101 § 3 du TFUE et de l'article L. 420-4 du Code de commerce, si les conditions exigées par ces textes sont remplies. Le second type d'exemptions est celui par catégorie. Elles ont la particularité d'être encadrées par des textes réglementaires au niveau européen et par des textes réglementaires ou législatifs, en droit interne¹⁶⁸.

Des Règlements européens ont été promulgués pour faciliter l'application des règles du droit européen de la concurrence. Le Règlement n°1/ 2003¹⁶⁹ a pour objet la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 du TFEU. Bien qu'il ne fasse pas référence à l'arbitrage, il n'y a pas d'opposition à ce qu'il soit appliqué par l'arbitre, car le processus de modernisation voulu par ce Règlement, prévoit justement de donner aux tribunaux des Etats membres, la compétence d'examiner l'applicabilité de l'article 101 § 3 et d'accorder une exemption légale à l'accord examiné. Par conséquent, il est logique d'étendre cette compétence aux arbitres, sans quoi l'institution arbitrale pourrait être gravement entravée et elle serait rendue inefficace¹⁷⁰. L'esprit dudit Règlement amène de surcroît à penser que rien n'empêche l'arbitre de s'approprier de tels pouvoirs,¹⁷¹ puisque qu'il n'y a pas lieu de dire que l'arbitrabilité est exclue de ce Règlement¹⁷².

De fait, le Règlement n°1/2003 est considéré comme une étape importante du droit européen de la concurrence, car la Commission n'a plus compétence exclusive en ce qui concerne l'octroi d'exemptions individuelles en application de l'article 101 § 3 du TFUE, comme c'était le cas sous le Règlement 17/62¹⁷³. Depuis le nouveau Règlement, les exemptions

¹⁶⁸ **DECOCQ (A.), et DECOCQ (G.),** *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, 7^e éd., LGDJ, Paris, 2016, pp. 324-325.

¹⁶⁹ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (101 et 102 du TFUE).

¹⁷⁰ **BLANKE (G.),** « The arbitrability of EU competition law: the status quo revisited in the light of recent developments: Part 1 », *op. cit.*, paragraph 93.

¹⁷¹ *idem*, paragraph 94.

¹⁷² **CISOTTA (R.),** « Some considerations on arbitrability of competition law disputes and powers and duties of arbitrators in applying EU competition law », *op. cit.*, pp. 253-254.

¹⁷³ Règlement n° 17 : Premier Règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, *Journal Officiel*, n° 013 du 21 février 1962, pp. 204-211.

individuelles ayant pour objet d'autoriser des accords à l'origine prohibés par le droit de la concurrence, peuvent être accordées par les tribunaux des Etats membres, ainsi que leurs autorités de concurrence respectives. Par conséquent, la procédure de notification exercée jusqu'à 2003 a pris fin. Ce faisant, la Commission a rompu avec une pratique suivie depuis les années 1960¹⁷⁴.

Pour ce qui est des Règlements d'exemption par catégorie, ils occupent une place importante au sein du droit européen de la concurrence, car ils ont entraîné des changements importants dans la manière dont les problèmes concurrentiels sont traités. Avec l'adoption de tels Règlements, l'interdiction automatique des clauses considérées contraires au droit de la concurrence, a pris fin dès les années 1990. Depuis, la Commission européenne a renoncé à prendre des positions manichéennes et préfère recenser quelques clauses dont la contrariété au droit de la concurrence, ne fait pas de doute. Ces clauses aujourd'hui appelées "restrictions caractérisées"¹⁷⁵, sont le fruit d'un Règlement adopté en 1999 sur les accords verticaux,¹⁷⁶ étayé par la Communication de lignes directrices portant sur la même matière¹⁷⁷. En 2010, un nouveau Règlement a été adopté à l'expiration de celui de 1999¹⁷⁸, avec de nouvelles lignes directrices adoptées par la Commission la même année¹⁷⁹.

Pour appliquer ces Règlements et textes européens sur la concurrence, l'arbitre peut trouver information et guidance dans les actes de la Commission européenne, promulgués sous formes de Communications et lignes directrices. En principe, les actes interprétatifs de la Commission européenne ne sont contraignants ni pour l'Etat membre ni pour l'arbitre. Elles sont censées avoir une valeur indicative pour l'arbitre¹⁸⁰. Il en va de même pour les avis et les conseils informels donnés par la Commission européenne, qui ne produisent pas d'effets

¹⁷⁴ **BELLIS (J.-F.) et PETIT (N.)**, « Le droit de la concurrence : Précautions utiles lors de la rédaction d'un contrat de distribution », in *Actualité en matière de rédaction des contrats de distribution*, Bruylant, 2014, p. 41.

¹⁷⁵ Article 4 du Règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *Journal Officiel*, L 102 du 23 avril 2010, pp. 1-7.

¹⁷⁶ Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *Journal Officiel*, n° L 336 du 29/12/1999, pp. 21-25.

¹⁷⁷ Communication de la Commission - Lignes directrices sur les restrictions verticales, *J.O.*, n° C 291 du 13/10/2000, pp. 1-44.

¹⁷⁸ Règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *Journal Officiel*, L 102 du 23 avril 2010, pp. 1-7.

¹⁷⁹ Lignes directrices sur les restrictions verticales, *Journal Officiel*, C 130 du 19 mai 2010, pp. 1-46.

¹⁸⁰ **BLANKE (G.)**, « The Interaction Between Arbitration and Public Enforcement: Clash or Harmony? », *op. cit.*, p. 270.

contraignants vis-à-vis d'un arbitrage en cours¹⁸¹ et n'influencent pas les délibérations du tribunal arbitral. Leur but est uniquement de guider le tribunal arbitral et leur valeur juridique est celle d'une recommandation. En outre, les décisions émises par la Commission en tant qu'autorité chargée de l'application du droit européen de la concurrence ont un effet relatif. En effet, si la décision de la Commission traite de la même question de fait et/ou de droit, mais concernant d'autres parties auxquelles la procédure antérieure était opposée, la valeur juridique est de nature persuasive, sous forme de précédent¹⁸².

En ce qui concerne le bénéfice de l'exemption prévu par les Règlements européens vis-à-vis de certains accords, la Commission peut en vertu de l'article 19 du Règlement n° 1/2003, le retirer si elle le juge approprié. Ainsi, si l'exemption sur la base de laquelle le contrat a été conclu entre les deux parties, a été retirée par la Commission, de sorte que l'accord ne bénéficie plus de cette exemption, cet acte aura un impact sur la façon dont l'arbitre tranchera le litige. Comme la validité du contrat commercial en sera affectée¹⁸³ l'arbitre ne peut ni ignorer ni contrarier une telle décision.

En effet, l'arbitre n'hésite pas à se prononcer sur la validité d'un contrat ou d'une clause, en appliquant un Règlement d'exemption. Dans l'affaire¹⁸⁴ concernant un distributeur suédois et son partenaire russe (le concédant) : le premier accusait le second de n'avoir pas pris les mesures nécessaires pour le protéger de l'importation de véhicules, objets du contrat, malgré la clause d'exclusivité territoriale prévue audit contrat. Pour résoudre ce différend, les arbitres ont examiné la compatibilité d'un tel contrat avec le droit européen de la concurrence, point que les parties n'avaient pas soulevé. Les arbitres l'ont eux soulevé d'office, estimant que la clause d'exclusivité territoriale n'était pas absolue. Par conséquent, le contrat bénéficiait de l'exemption prévue par les dispositions du Règlement d'exemption 123/85 du 12 décembre 1985, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3 du Traité (101 § 3 du TFUE), à des catégories d'accords de distribution et de service de vente et d'après-vente de véhicules automobiles. Du reste, ayant constaté que « *le distributeur suédois [...] bénéfici[ait] d'une*

¹⁸¹ *idem*

¹⁸² *idem*

¹⁸³ *idem* p. 273.

¹⁸⁴ Sentence arbitrale, aff. n° 8030 de 1995 (lieu de l'arbitrage : Stockholm), inédite, citée par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales C. I.*, Litec, Paris, 2002, p. 123.

exclusivité d'implantation et d'action commerciale en Espagne seulement »¹⁸⁵, il pouvait vendre les voitures du concédant sur tous les territoires européens. Cette possibilité est ouverte à d'autres distributeurs en vertu du contrat type signé par les parties. Par conséquent, les distributeurs peuvent se vendre des voitures réciproquement, à l'extérieur du territoire cédé, ce qui amène le tribunal à retenir l'absence de cloisonnement du marché européen.

Le fait de porter un jugement sur la validité ou l'invalidité de l'entente illicite, reste un sujet délicat et nécessite de l'arbitre d'être prudent lorsqu'il se prononce sur ces questions. Il est indéniable que l'illicite se rapporte étroitement à la matière économique, à tel point que « *la matière juridique est vide de substance, ou pour être plus exacte, elle est remplie d'économie* »¹⁸⁶.

L'illicite est « *sans conteste, un concept clef du droit de la concurrence. Pour assurer un fonctionnement loyal du marché, celui-ci interdit les ententes dites illicites. [...] Une entente est illicite si elle fausse le jeu du marché et celui de la concurrence. C'est au vu de ses effets négatifs sur le marché que l'entente est qualifiée. Car il y a aussi de bonnes ententes, celles qui, en raison de certains effets positifs ou estimés tels, sont permises. L'illicite ne se juge pas en référence à une norme juridique. Car, c'est l'ordre économique qui définit pour le droit, ou qui impose au droit, sa conception du comportement répréhensible* »¹⁸⁷. Cette influence économique sur la matière juridique peut être à son comble lors de l'application de la règle de raison.

B/ La règle de raison

La règle de raison prend deux formes. La première est que l'opération principale ne conduit à la restriction de la concurrence que de façon accessoire. Cela veut dire que l'opération n'est pas restrictive de concurrence, mais sa réalisation va engendrer une restriction inéluctable de la concurrence, proportionnée à cette opération. Dans ce cas-là, la licéité de l'opération principale sera étendue à l'accessoire considéré illicite, de sorte que l'opération et la

¹⁸⁵ **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales C. C. I.*, op. cit., p. 123.

¹⁸⁶ **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », op. cit., p. 133.

¹⁸⁷ *idem*, p. 133.

restriction de concurrence produite sont permises selon le droit de la concurrence¹⁸⁸. C'est une application simple de « *l'accessoire suit le principal* »¹⁸⁹.

La seconde forme est un bilan concurrentiel entre les effets anticoncurrentiels de l'accord et ses effets pro-concurrentiels, à condition que la pratique ne soit pas entachée d'interdiction *per se*. L'issue de la comparaison décide de la licéité ou de l'illicéité de l'accord. L'influence de cette forme de règle de raison a entraîné à son tour, une distinction entre deux bilans : le bilan économique et le bilan concurrentiel¹⁹⁰.

Le bilan concurrentiel dépend de l'article 101 § 1 du TFUE. Globalement, l'entente illicite peut être tolérée si elle a des effets positifs d'ordre concurrentiel, sans qu'il soit nécessaire d'user du paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE. S'il n'y a pas d'effets positifs, le paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE sera utilisé pour examiner la validité de l'entente et dans ce cas, il sera procédé à un bilan dit économique, à partir duquel sera examiné si les conditions requises par l'article 101 § 3 du TFUE sont remplies. Si c'est le cas, l'accord échappera à la qualification d'entente illicite¹⁹¹. Cette interprétation de la règle de raison peut faire l'objet de critiques puisque « *l'opposition entre la politique européenne de concurrence et la théorie économique n'est cependant pas si absolue car les fins extérieures au raisonnement concurrentiel sont aussi des facteurs de coût qu'une analyse économique plus globale devrait prendre en considération* »¹⁹².

La règle de raison est également présentée comme outil juridique autorisant ou prohibant un comportement en fonction de ses effets. Si les effets positifs produits dépassent les effets négatifs, l'entente examinée ne sera ni sanctionnée, ni censurée¹⁹³. Force est de constater que le droit français interne connaît cette règle et lui donne un sens qui lui est propre¹⁹⁴.

¹⁸⁸ **IDOT (L.)** « La qualification de la restriction de concurrence : A propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, § 3 CE », *op. cit.*

¹⁸⁹ *idem.*

¹⁹⁰ *idem.*

¹⁹¹ *idem.*

¹⁹² **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, t. 1, LawLex/Bruylant, Paris, 2015, p. 11.

¹⁹³ *idem* p. 15.

¹⁹⁴ **IDOT (L.)** « La qualification de la restriction de concurrence : A propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, § 3 CE », *op. cit.*

L'emploi de cette règle conduit à des résultats satisfaisants. Ainsi, l'appréciation de la validité de l'accord censé restreindre la concurrence d'un point de vue abstrait, pourrait s'avérer dépourvu d'effet anticoncurrentiel « *une fois replacé dans son environnement technique, économique et juridique* »¹⁹⁵. Tel est le cas lorsque des entreprises décident de s'associer temporairement pour l'exécution d'un ouvrage. Après son achèvement, la concurrence ne s'exercera pas lors de son exploitation par les entreprises. Cette conjoncture est le fruit de la règle de raison issue de la doctrine concurrentielle américaine. En vertu de cette règle, la restriction de la concurrence peut être considérée comme le seul moyen de permettre « *l'accès à certains services, à certains produits ou à des marchés entièrement nouveaux* »¹⁹⁶.

Néanmoins, il est indispensable de signaler que dans le contenu de cette règle réside un certain flou ou une instabilité¹⁹⁷. « *Il s'agit toujours d'une construction jurisprudentielle complexe qui a connu de nombreuses évolutions et donné lieu à de nombreuses analyses doctrinales* »¹⁹⁸. C'est la raison pour laquelle si l'arbitre décide de faire appel à cette règle, il doit faire preuve d'une extrême prudence et se renseigner auprès de la jurisprudence étatique l'ayant appliquée.

Enfin, si l'arbitre se trouve confronté à une entente illicite dont les conditions sont réunies et que la possibilité d'une exemption est exclue, il est en mesure, voire tenu, de déclarer la nullité de l'accord consacrant cette entente.

SECTION 2 - DÉCLARATION DE NULLITÉ DE L'ENTENTE ILLICITE PAR L'ARBITRE

Des règles font partie de l'ordre public de direction et d'autres de l'ordre public de protection¹⁹⁹. Le droit de la concurrence fait partie des premières et il est de nature à s'imposer, même dans les relations commerciales internationales, quitte à s'affranchir de la volonté des parties. Les secondes sont considérées comme des règles de loi de police et leurs

¹⁹⁵ **DECOCQ (A.), et DECOCQ (G.)**, *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, 7^e éd., LGDJ, Paris, 2016, p. 301.

¹⁹⁶ *idem*, p. 302.

¹⁹⁷ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruylant, Paris, 2015, p. 15.

¹⁹⁸ **IDOT (L.)** « La qualification de la restriction de concurrence : A propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, § 3 CE », *op. cit.*

¹⁹⁹ Cette distinction ne semble pas être acquise dans la doctrine moderne.

effets se limitent au plan local du pays concerné, autrement dit, ces règles « *n'ont de valeur des lois de police qu'en droit interne* »²⁰⁰.

Les dispositions de l'entente illicite peuvent être invoquées au profit d'une entreprise en particulier, mais cela n'empêcherait pas l'ordre public de direction d'être impliqué, en raison de l'ultime objectif de cette protection individuelle, à savoir le bon fonctionnement du marché concerné²⁰¹.

En effet, en cas d'entente illicite, il n'y a pas lieu de distinguer entre les intérêts protégés par la prohibition des ententes illicites. Parfois, la nullité de l'entente a pour objet de protéger une personne désignée par l'acte de nullité, il s'agit donc d'un intérêt individuel. Tel est le cas lorsque l'entente prend pour cible une entreprise particulière de sorte que les auteurs de l'entente visent à l'exclure du marché ou à restreindre sa liberté d'agissement sur le marché garantie par le droit de la concurrence. Toutefois, cela n'empêche pas la protection de cet intérêt privé de s'inscrire dans le cadre de l'intérêt général, car l'objectif ultime recherché par le droit de la concurrence, sera aussi atteint en protégeant l'entreprise en question, ce qui conduit à assurer une concurrence efficace.

Il en va de même si l'acte de nullité a pour objet de protéger un groupe d'opérateurs économiques non-désigné directement par l'acte de nullité, de sorte que la protection s'étend pour inclure tous les opérateurs agissant sur le marché concerné, de façon effective ou potentielle. Cette notion apparaît clairement dans la jurisprudence européenne et la CJCE déclare « *que la concurrence peut être faussée au sens de l'article 85, paragraphe 1 [actuellement 101 § 1 du TFUE], non seulement par des accords qui la limitent entre les parties, mais également par des accords qui empêchent ou restreignent la concurrence qui pourrait s'exercer entre l'une d'elles et les tiers ; qu'à cet effet, il est indifférent que les parties à l'accord se trouvent ou non sur un pied d'égalité en ce qui concerne leur position et leur fonction économiques* »²⁰². La prohibition des ententes illicites a pour résultat tangible de protéger le fonctionnement du marché concerné, puisque qu'elle ne concerne pas seulement lesdites parties engagées dans l'opération illicite, mais également des opérateurs agissant sur le marché dans sa globalité.

²⁰⁰ **VOGEL (L.) et VOGEL (J.)**, *Traité de droit économique : droit de la distribution : droits européen et français*, Tome 2, Lawlex, Paris, 2015, p. 20.

²⁰¹ Il n'empêche que « [...] l'ordre public de "protection", [...] ne protège pas uniquement des intérêts individuels, il protège aussi, et peut-être avant tout, des intérêts catégoriels et contribue ainsi plus largement au bon fonctionnement du marché, voire de la société toute entière. » : **RACINE (J.-B.)**, « Droit économique et lois de police », *op. cit.*, p. 64.

²⁰² CJCE, 13, juillet 1966, Etablissements Consten S. A. R. L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c. / Comm., aff. 56 et 58-64, *Rec.*, 1966, p. 429.

Dans ce cas de figure, il est difficile de distinguer des intérêts privés de l'intérêt général. De même, il y a des ententes illicites qui doivent être annulées parce qu'en premier lieu, elles présentent un empiétement sur l'intérêt étatique à proprement parler. Tel est le cas lorsque l'entente entraîne une entrave au développement technique, aux investissements ou au contrôle de la production²⁰³ mais cela n'empêche pas l'implication simultanée d'intérêts privés.

Dans ce sens, il est important de préciser que la particularité du droit de la concurrence nécessite de traiter les ententes illicites de façon identique, car il « *tranche en faveur de l'intérêt général de la concurrence face aux intérêts privés des opérateurs* »²⁰⁴. Le fait de relier la prohibition des ententes illicites au fonctionnement du marché, signifie que la protection d'un opérateur fait partie du bon fonctionnement du marché. Ainsi, « *l'élément d'atteinte à la concurrence de l'entente prohibée s'entend-il non d'une entrave dans la concurrence apportée individuellement à tel ou tel opérateur économique, mais d'une entrave au fonctionnement du marché en cause dans son ensemble* »²⁰⁵.

Une telle conception de l'entente illicite entraîne des conséquences importantes, parmi lesquelles la nécessité de déclarer la nullité de l'accord ou de la clause contenant l'entente illicite. L'arbitre peut de cette façon, se baser sur toutes les dispositions du droit de la concurrence prohibant l'entente illicite, pour déclarer la nullité de l'accord ou en tout cas, signaler aux parties cette nullité si aucune des parties ne la lui demande. D'autre part, la nullité de l'entente étant d'office au profit de l'une des deux parties participantes, si cette dernière entend renoncer à la protection donnée par le droit de la concurrence, l'arbitre n'est pas en mesure de le lui accorder. En effet, si l'une des parties se réserve un privilège de l'accord conclu antérieurement, sans lien avec l'objet du contrat et que la partie lésée ne dénonce pas cette clause, l'arbitre se trouve obligé de conclure que cette dernière constitue bel et bien une entente illicite, car un intérêt public est attaché à cet intérêt privé.

S'il est vrai que dans la majorité des affaires, l'une des parties va tirer profit de l'annulation prononcée par l'arbitre, ce dernier doit vérifier que la violation du droit de la concurrence

²⁰³ L'article 101, § 1, b du TFUE.

²⁰⁴ COHEN (D.), « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts » : *Rev. arb.*, 2011, p. 614.

²⁰⁵ DECOCQ (A.), et DECOCQ (G.), *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, 7^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2016, p. 297.

n'est pas invoquée à dessein, pour mettre fin à un contrat devenu infructueux, par exemple²⁰⁶. Face à cette situation, l'arbitre peut ajuster les conséquences de la nullité à telle façon qu'il tienne compte de la mauvaise foi constatée chez l'une des parties au contrat.

Dans l'hypothèse où les deux parties ont intérêt à maintenir leur accord et souhaitent que l'arbitre ne s'intéresse qu'aux conflits entravant la mise en œuvre de leur entente illicite, l'arbitre se déclarant incompétent, est considéré agir dans l'intérêt général, présenté sous le nom de la concurrence, s'il ne s'estime pas tenu de déclarer d'office la nullité du contrat.

Etant donné que l'annulation est la corrélation naturelle de l'entente illicite, une question surgit lorsque l'origine de l'annulation est une loi de police : comment appliquer la loi d'autonomie alors qu'une loi de police entraîne la nullité du contrat ? *« On sait en effet que les lois de police n'écartent pas totalement la loi désignée par la règle de conflit ; elles ne s'appliquent que dans leur domaine d'intervention, laissant le champ libre à la loi normalement compétente pour le reste. Par exemple, dès lors qu'un contrat est jugé nul comme étant l'instrument d'une pratique anticoncurrentielle, les effets et conséquences de l'annulation doivent être appréciés en bonne logique par la loi applicable au contrat. De même, en matière de réparation du dommage : si une pratique est jugée anticoncurrentielle par une loi de police, l'indemnisation du préjudice en découlant doit être en principe appréciée en vertu de la loi applicable au dommage, qui correspond, pour une large part, à la loi de localisation de l'effet anticoncurrentiel »*²⁰⁷.

Ayant pris toutes ces considérations en compte, il s'impose de revenir sur un point mentionné plus haut : y a-t-il un lien entre l'annulation de l'entente illicite par l'arbitre et un potentiel intérêt pour l'une des parties dans cette annulation ? Par extension, l'arbitre a-t-il la faculté d'apprécier la légitimité de l'intérêt escompté de la nullité ? A-t-il les moyens juridiques de le faire ?

Pour répondre à ces questions, seront étudiées l'annulation impliquant un intérêt pour l'une des parties (l'intérêt prépondérant est un intérêt privé) (I) et celle concernant l'intérêt collectif des opérateurs économiques (l'intérêt prépondérant est un intérêt collectif) (II).

²⁰⁶ **BLANKE (G.)**, « The arbitrability of EU competition law: the status quo revisited in the light of recent developments: Part 1 », *op. cit.*, paragraph 87.

²⁰⁷ **RACINE (J.-B.)**, « Droit économique et lois de police », *op. cit.*, p. 66.

§I- La nullité au profit de l'une des parties à l'arbitrage

L'intérêt du commerce international peut être considéré incompatible avec les intérêts étatiques²⁰⁸. Ce point de vue oppose l'intérêt du commerce international aux intérêts étatiques et tente de faire primer le premier sur les seconds. Pour éviter cette position radicale soutenant l'intérêt du commerce international plutôt que les intérêts étatiques, une position conciliante existe, même si les intérêts en question sont contradictoires²⁰⁹. Il sera du rôle de l'arbitre d'harmoniser ces intérêts.

S'il y a une tentative d'attacher l'intérêt des parties contractantes aux intérêts du commerce international ou d'attacher leur intérêt aux politiques étatiques, l'échec est assuré. L'une des parties peut trouver son intérêt dans l'application d'une norme étatique et l'autre dans l'inobservation de la norme étatique et faire valoir l'application d'une règle matérielle représentant les intérêts du commerce international.

Que l'application d'une politique étatique ou que la règle consacrant les intérêts du commerce international bénéficie à l'une des parties à l'arbitrage, n'est pas du ressort de l'arbitre. Il désigne seulement la règle applicable, l'applique correctement et tire les conséquences qui découlent de son application.

Dans ce sens, la nullité d'un contrat contraire au droit de la concurrence doit être déclarée dès la constatation de l'illicéité, sans tenir compte des intérêts des parties qui vont être forcément impactés par les conséquences de la nullité. Il va de soi que l'une des parties va tirer profit de l'annulation d'un contrat ou du moins espérer en tirer profit, car les intérêts des parties contractantes sont la plupart de temps contradictoires. De fait, *« la notion des parties, désignées au pluriel, peut [...] être contestée. Aucune loi ne les satisfait toutes les deux en même temps. Tout dépend de son contenu. Tout dépend aussi de la qualité de chacune des*

²⁰⁸ **RACINE (J.-B.)**, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 325. Dans le même sens : **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », *op. cit.*, p. 187. Cet auteur a écrit que « *La raison d'être du principe de l'autonomie de la volonté résiderait dans la satisfaction des intérêts des parties ce qui correspondrait à la satisfaction des besoins du commerce international.* »

²⁰⁹ **RACINE (J.-B.)**, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 325.

parties, de sa position dans le contrat »²¹⁰. En outre, « beaucoup de contrats, notamment internationaux, ne sont que la rencontre d'intérêts opposés et n'appellent pas de coopération renforcée, ni de soin intense, par l'une des parties, des intérêts de son contractant »²¹¹. Cela veut dire que la rencontre entre l'intérêt de l'une des parties et un intérêt étatique est fort probable. Cette rencontre va logiquement influencer l'issue du litige, de sorte qu'il soit résolu en faveur de l'intérêt de l'un des contractants et au détriment de l'autre. Dans ce cas, seul l'arbitre peut rétablir l'équilibre de la relation contractuelle qui tend injustement vers le profit de l'une des parties, celle qui fait prévaloir son droit à l'aide de l'intérêt étatique.

Pour l'arbitre, l'intérêt des parties est satisfait si elles respectent les dispositions de leur contrat à la lettre. Même si parfois, les engagements des parties ne présentent pas de rationalité contractuelle, l'arbitre reste fidèle à ses dispositions puisqu'elles sont l'œuvre de la volonté commune des parties. Ainsi, la liberté contractuelle est assurée. D'ailleurs, « parce qu'il est à la fois commercial et international, le droit du commerce international est dominé par un important libéralisme : recours à une justice particulière et souple, arbitrage qui nourrit des exigences fortes à leur égard [les parties au contrat international] (par ex., absence du besoin de protection particulière), en contrepartie d'une liberté contractuelle plus forte et de règles impératives moins nombreuses »²¹².

Bien qu'il soit bénéfique d'avoir une instauration de la protection de certaines catégories professionnelles au sein de l'arbitrage, le constat précédent peut partiellement expliquer la raison pour laquelle l'arbitre répugne à annuler un contrat. D'après lui, la protection fournie par la prohibition des ententes illicites constitue une atteinte à l'équilibre contractuel, ce qui n'est pas compatible avec l'important libéralisme qui règne dans le commerce international. Or, l'intérêt étatique fait en sorte que l'arbitre n'ait pas d'autre choix que d'annuler le contrat consacrant une entente illicite.

Le dilemme pour l'arbitre est que les intérêts particuliers soient associés à un intérêt général, donc étatique. En fait, l'application des dispositions visant la protection des intérêts des

²¹⁰ **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », *op cit.*, p. 189.

²¹¹ **DE BOISSEON (M.)**, « Joint-venture internationale et arbitrage » : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, p. 60.

²¹² **DEUMIER (P.)**, « Les sources du droit et les branches du droit. A propos d'une conception doctrinale des sources du droit du commerce international » : *Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, Paris, 2013, pp. 185-186.

contractants, peut être invoquée au motif que ces mêmes intérêts touchent à l'intérêt général, pour que l'Etat en prenne la défense²¹³. Parallèlement dans certaines matières, l'intérêt privé s'élève au rang d'intérêt général, car, « *il n'est pas certain que, du point de vue de l'intérêt général, la violation de certaines règles protectrices de l'intérêt privé ne soit plus impérieuse* »²¹⁴.

Pour essayer de comprendre comment l'arbitre procède au traitement des ententes illicites lorsque l'une des parties à l'arbitrage cherche à tirer profit de l'application du droit de la concurrence, il convient d'analyser des affaires tranchées par des tribunaux arbitraux. Les unes concernent un contractant impliqué dans l'entente qu'il dénonce (A), une autre concerne un contractant non impliqué dans l'entente qu'il dénonce (B). Ensuite, il convient de se pencher sur la question des dommages-intérêts qui découle de l'annulation du contrat (C).

A/ Entente dénoncée par l'un de ses auteurs

L'affaire dite Cytec²¹⁵ est une bonne illustration du rôle de l'arbitre lorsque l'une des parties participante à une entente illicite, voudrait en tirer profit. Dans cette affaire²¹⁶, la société française SNF avait dénoncé le contrat conclu avec la société néerlandaise Cytec, invoquant qu'il était contraire aux dispositions du droit européen de la concurrence. En l'espèce, les dispositions du contrat empêchaient SNF de s'approvisionner librement auprès d'autres fournisseurs que Cytec. En réaction, Cytec a mis en œuvre la clause compromissoire et sollicité le tribunal arbitral. Bien que ce dernier ait déclaré la nullité du contrat, il a considéré que SNF devait savoir que le contrat était dès le départ, entaché de nullité, c'est pourquoi il a retenu « *un partage de responsabilité à hauteur de 50 %* »²¹⁷ et que « *chaque partie [était] responsable de la moitié du préjudice subi par l'autre en raison de la nullité du contrat* »²¹⁸. Par conséquent, SNF a été condamnée par le tribunal arbitral à payer des dommages-intérêts à Cytec, dont le montant dépasse celui qu'elle aurait eu à supporter dans l'hypothèse où la convention nulle recevait exécution. En revanche, estimant que SNF n'a pas pu apporter la

²¹³ **AUDIT (B.)**, « Du bon usage des lois de police » : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 27-28.

²¹⁴ **FADLALLAH (I.)**, « L'ordre public dans les sentences arbitrales (Volume 249) », *op. cit.*, p. 393.

²¹⁵ Cass. 1^{er} civ., 4 juin 2008, SNF c. / Cytec Industries BV : *JDI*, 2008, p. 1107, p. 1107, note Mourre (A.).

²¹⁶ Pour plus de précision sur cette affaire, voir : *infra*, p.166.

²¹⁷ **MOURRE (A.)**, note sous Cass. 1^{er} civ., 4 juin 2008, SNF c. / Cytec Industries BV : *JDI*, 2008, p. 1109.

²¹⁸ *idem*, p. 1110.

preuve d'avoir subi un préjudice, le tribunal n'a pas condamné Cytec à payer des dommages-intérêts.

Force est de constater que seul l'arbitre est en mesure de faire une telle analyse, car les tribunaux étatiques ne sont pas habilités dans une affaire intéressant une politique étatique, à parvenir au même résultat que l'arbitre. S'il revient à ces tribunaux de trancher ce genre de litiges, il est difficile d'imaginer qu'ils retiennent la même solution que l'arbitre. En témoigne la position retenue par le juge de contrôle de la sentence arbitrale. En fait, le Tribunal de première instance de Bruxelles a annulé la sentence parce que selon lui, le droit de la concurrence avait été détourné de façon indirecte, dans la mesure où l'exécution du contrat était plus avantageuse pour la société française que sa dénonciation, en se fondant sur la violation du droit de la concurrence²¹⁹.

Pourtant, la position de la jurisprudence française est connue : elle n'hésite pas à reconnaître une sentence annulée dans le siège de l'arbitrage et la revêt en conséquence d'exequatur²²⁰.

Ceci dit, l'arbitre a traité les deux parties sur un pied d'égalité lors de la déclaration de la nullité. Mais les conséquences de la nullité n'étaient pas de la même nature pour les deux parties à l'arbitrage. L'arbitre a sanctionné l'entreprise qui était de mauvaise foi en la condamnant à payer des dommages-intérêts conséquents par rapport à la valeur du contrat. Il a exonéré l'autre entreprise de toute responsabilité de façon indirecte, lorsqu'il a retenu que SNF ne parvenait pas à établir qu'elle avait subi un préjudice.

En outre, SNF accusait Cytec d'abuser de sa position dominante, mais l'arbitre a conclu que cette société ne détenant que 26,5 %²²¹ du marché de la matière faisant l'objet du contrat, elle ne pouvait commettre un tel abus. En conséquence, l'arbitre a constaté qu'aucune des parties ne détenait de puissance économique lui permettant d'imposer sa volonté à l'autre partie et qu'en fait, l'une d'elles avait tenté d'instrumentaliser le droit de la concurrence. Les deux parties étaient donc responsables de la violation du droit européen de la concurrence, mais en réalité la partie considérée de mauvaise foi, est sortie perdante.

²¹⁹ Tribunal de première instance de Bruxelles, 8 mars 2007, SNF c. / Cytec industrie, 2005/7721 : *Gaz. Pal.*, 24 avril 2007, n° 114, p. 53

²²⁰ Cass. 1^{er} civ., 29 juin 2007, Putrabali c. / Rena Holding : *Rev. arb.*, 2007, p. 507, note Gaillard (E.).

²²¹ **MOURRE (A.)**, note sous Cass. 1^{er} civ., 4 juin 2008, SNF c. / Cytec Industries BV : *JDI*, 2008, p. 1109.

Cette affaire démontre parfaitement que l'arbitre est en mesure de punir à la fois le manquement envers un ordre juridique étatique et la mauvaise foi avérée de l'un des contractants, en tenant compte de deux intérêts hétérogènes avec succès.

Qui plus est, la leçon à tirer de la sévérité de la position arbitrale va influencer le comportement des entreprises de façon à ce qu'elles doivent s'assurer de la licéité de l'accord et si les parties contractantes ignorent cet avertissement, elles ne pourront pas bénéficier de l'illicéité de l'accord prohibé par les législations étatiques devant l'arbitre.

Lors d'une autre affaire, un tribunal arbitral siégeant en Suisse, a déclaré la nullité d'un contrat unissant une société américaine à une société allemande²²². Le contrat donnait à la société allemande (le licencié) le droit d'utiliser les brevets et le savoir-faire de la société américaine (donneur de licence). La société allemande utilisait le savoir-faire et la technologie brevetée de la société américaine, pour assembler un équipement dans la composition duquel rentrent des composants fabriqués par la société américaine. Une clause de non concurrence avait été insérée dans le contrat aux termes de laquelle le licencié s'abstenait de fabriquer un équipement similaire ou concurrent pour une durée de 5 ans après la cessation du contrat. La société américaine a reproché à la société allemande d'avoir utilisé sa technologie et son savoir-faire pour fabriquer un équipement de rechange et d'avoir procédé à sa commercialisation, à la place des produits fabriqués par elle (la société américaine). Elle ajoute que cette opération avait même commencé avant la fin du contrat. La société allemande a soutenu que le contrat violait les articles 81 et 82 du Traité CE (devenus les articles 101 et 102 du TFUE) et que de ce fait, il était nul. Le tribunal a adopté l'argument de la société allemande en mettant en exergue que la clause de non concurrence qui interdit à l'une des parties de développer ou fabriquer un produit similaire ou concurrent, restreignait le commerce entre les Etats membres, d'autant plus que l'équipement de rechange faisant l'objet du litige, était commercialisé au moins dans trois Etats membres de l'Union européenne. Le tribunal a pensé que cette clause avait un effet direct dans l'Union européenne et qu'elle était susceptible de restreindre le commerce entre les Etats membres. Le tribunal a ajouté que la clause de non concurrence qui affectait la validité du contrat dans son ensemble constituait un accord qui limitait ou contrôlait la production, les marchés, le développement technique ou l'investissement, comme prévue par l'article 85 (1) CE (devenu 101 § 1 du TFUE). La sanction de tels accords est la nullité automatique, comme le prévoit l'article 85 (2) CE (101 §

²²² Sentence arbitrale finale CCI, aff. n° 8626, décembre 1996 : *Bull. CCI*, vol. 14, n° 2, 2003, pp. 61-65.

2 du TFUE). Le tribunal est parvenu à la conclusion que la société allemande n'avait pas utilisé la technologie licenciée dans la fabrication du produit contesté par la société américaine et que celle-ci n'aurait pas le droit d'empêcher la société allemande de produire et de commercialiser l'équipement en question.

Il est permis de penser que la violation du droit de la concurrence constatée par la sentence en question, profite en premier lieu à l'une des parties à l'entente dans la mesure où cette partie se libère d'un contrat l'empêchant d'exercer une activité économique. En d'autres termes, l'intérêt prépondérant dans cette affaire est l'intérêt privé de l'un des auteurs de l'entente.

Cet intérêt privé est patent dans les clauses de non concurrence. La légitimité de ces clauses est remise en cause par les dispositions interdisant les ententes prohibées lorsqu'elles sont excessives. Il faut que ces clauses soient en proportionnalité avec les objectifs recherchés lors de leur stipulation. Par conséquent, lorsque l'une des parties à un contrat invoque la nullité d'une clause de non concurrence pour échapper à la mise en œuvre de la pénalité associée à la violation de la clause, l'arbitre n'hésite pas à examiner la validité d'une telle clause, à la lumière du droit de la concurrence applicable. Ainsi, lors d'un litige opposant deux sociétés, la validité d'une clause de non concurrence est examinée par un tribunal arbitral²²³. Ce fut le cas d'une société italienne ayant conclu un accord-cadre avec une autre société italienne et un certain nombre de garants, pour acquérir la marque, le réseau commercial et d'autres actifs appartenant à cette dernière. L'accord-cadre contenait une clause de non concurrence prévue à la charge de la société cédante et des autres garants. La clause de non concurrence ayant pour objet les activités cédées pour une période de 5 ans, a été violée par l'exercice des activités faisant l'objet de la non concurrence, par les parties soumises à l'obligation de non concurrence. Le tribunal arbitral saisi a apprécié la validité de la clause, eu égard à l'article 101 et 102 du TFUE et au droit de la concurrence italien qui avait été désigné pour régir le contrat. A priori, le tribunal siégeant à Genève, a confirmé la validité de la clause et la pénalité associée à sa violation. Il a constaté que la clause en question n'affectait pas le commerce entre États membres et par conséquent, ni l'article 101 du TFUE prohibant les ententes illicites ni l'article 102 du TFUE prohibant l'abus de position dominante, trouvait à s'appliquer. En revanche, en appliquant le droit italien de la concurrence, le tribunal est arrivé à la conclusion que la clause de non concurrence n'était valable que 2 ans à la place des 5 ans.

²²³ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 14046, cité par **BLANKE (G.)**, « ICC award no.14046 - ICC Tribunal rules on non-compete » : *G. C. L. R.*, 2013, 6 (1), R16-R18.

Compte tenu de ce fait, il a réduit la pénalité de moitié.

Dans une autre affaire et lors d'une opération d'acquisition²²⁴, le vendeur s'est engagé à ne pas exercer des actes de concurrence concernant les activités cédées pour une durée de sept ans. Par la suite, la partie tenue par cette obligation a participé à une opération de fusion, ce qui a donné lieu à une procédure d'arbitrage. Après avoir scruté le droit européen de la concurrence, le tribunal arbitral siégeant en France a conclu à la nullité de la clause, puisque sa durée n'est pas compatible avec les durées reconnues par les institutions européennes à l'égard de ces types de contrats. Le tribunal a, ensuite, fixé une autre durée pour la clause de non-concurrence de façon qu'elle soit compatible avec le droit européen. Le tribunal a mis en œuvre une disposition contractuelle lui donnant le pouvoir de modifier le contrat, afin qu'il soit valide dans l'hypothèse où il serait frappé d'illicéité et ce, si les parties échouaient à le modifier dans ce sens. Le tribunal a appliqué la Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration,²²⁵ pour réduire la durée initiale de sept à trois ans.

L'intérêt privé dans ces litiges est évident dans la mesure où la nullité de la clause de non concurrence, permet aux entreprises liées par ces clauses, d'exercer leur activité commerciale dans une période plus courte de celle stipulée par le contrat dans les opérations d'acquisition. Si cette clause est stipulée entre partenaires pendant l'exécution de l'accord, son invalidité permet à la partie liée par cette clause de faire concurrence à la partie bénéficiant de cette clause, sans encourir de responsabilité contractuelle.

Il reste à savoir si une entreprise peut invoquer en sa faveur, la violation du droit de la concurrence devant l'arbitre, sans qu'elle soit partie à l'entente qu'elle dénonce.

B/ Entente dénoncée par la victime²²⁶

Chaque affaire étant différente, l'arbitre en effet, peut ne pas se trouver systématiquement devant des ententes illicites matérialisées par des contrats. Ces ententes peuvent être

²²⁴ Sentences arbitrales partielles CCI, aff. n° 10704, rendues en septembre 2000 et en février 2001 : *Bull. CCI*, vol. 14, n° 2, 2003, pp. 73-83.

²²⁵ *Journal Officiel*, n° C 188 du 4 juillet 2001, pp. 5-11.

²²⁶ « *Un tiers à l'entente, [peut réclamer] aux participants réparation du préjudice qu'il allègue avoir souffert.* » : **GOLDMAN (B.)**, « L'arbitrage international et droit de la concurrence » : *op. cit.*, p. 292.

constatées à l'occasion des contrats, mais pas au sein du contrat lui-même. Dans ce cas, il est difficile d'imaginer que l'arbitre retienne la mauvaise foi de la partie dénonçant l'entente illicite, car il ne se trouve pas face à une partie qui essaie de se désengager de ses obligations, en invoquant le droit de la concurrence. La partie est réellement victime d'une entente conclue à son détriment.

L'arbitre ne peut minimiser les effets de la nullité. L'une des parties est étrangère à la cause de nullité, par conséquent elle ne doit partager aucune responsabilité dans la déclaration de nullité. L'arbitre devra attribuer à l'un des contractants des dommages-intérêts, en raison de l'entente organisée par l'autre partie qui représente une responsabilité délictuelle.

Pour illustrer la situation décrite ici, il convient de revenir sur une affaire bien connue, l'affaire Labinal. Deux sociétés, Mors et Westland, avaient constitué un groupement par *joint venture* pour répondre à un appel d'offre de la société BAe (British Aerospace). L'offre portait sur l'équipement en TPIS (système de mesure de pression des pneus) des Airbus A330/340. Ce système était « *destiné à équiper optionnellement les futurs avions Airbus A330 et A340 (A330/340), dont les première homologations et entrées en service étaient prévues pour le printemps 1992* »²²⁷. L'offre de Mors et Westland avait été acceptée comme source standard optionnelle des TPIS, mais une troisième société, Labinal, détenant une position dominante, était dans cette transaction. Celle-ci avait été agréée comme seconde source optionnelle de TPIS.

« *Des discussions et des réunions ont alors eu lieu [...] pour rechercher entre les parties prenantes des possibilités d'intervention en commun sur le marché des TPIS des A 330/340* »²²⁸. A cette occasion, Mors a eu connaissance de l'existence d'un accord de confidentialité entre Labinal et Westland et a préféré « *refuser toute forme de coopération avec Labinal* »²²⁹. De son côté, le client « *BAe a[vait] signé avec Westland, agissant pour le compte du groupement constitué avec Mors un contrat d'approvisionnement comme première source pour le TPIS A330/340* »²³⁰.

²²⁷ CA Paris, 19 mai 1993, Sté. Labinal c. / Sté. Mors et Westland Aerospace : *Rev. arb.*, n° 4, 1993, p. 646, note Jarrosson (Ch.).

²²⁸ *idem*

²²⁹ *idem*, p. 647.

²³⁰ *idem*.

S'estimant victime de pratiques anticoncurrentielle et d'actes de concurrence déloyale, Mors a intenté une action en justice contre Westland et Labinal, devant le Tribunal de commerce de Paris. Selon elle, non seulement Westland et Labinal avaient constitué une entente en se rapprochant, mais elles avaient retardé la conclusion du contrat envisagé avec BAe. Elle soutenait que la société Westland avait entretenu des négociations secrètes avec Labinal « *en pratiquant, notamment des prix inégaux ayant pour but de l'exclure du marché et de fausser la concurrence* »²³¹ et qu'en somme, Labinal et Westland s'étaient livrées à des comportements abusifs et déloyaux, raison pour laquelle la société a demandé des dommages-intérêts.

Le Tribunal de commerce de Paris s'est déclaré compétent en rejetant « *l'exception d'incompétence soulevé par Westland au profit d'un tribunal arbitral* »²³². Il a motivé sa décision par l'indivisibilité du litige, car la clause compromissoire liait Mors et Westland, sans Labinal.

Selon le Tribunal de commerce, les considérations de la bonne administration de la justice nécessitaient que le litige soit traité par une seule juridiction, car user de la clause compromissoire pouvait donner lieu à des décisions contradictoires. De surcroît, le tribunal de commerce considérait que les arbitres siégeant en Suisse, n'étaient pas tenus d'appliquer le droit communautaire de la concurrence et qu'ils étaient strictement tenus par le droit suisse. Par conséquent, le litige a été tranché en ce sens, ce qui n'était pas l'avis de la Cour d'appel.

La Cour d'appel a demandé au Tribunal de commerce qu'il « *se déclare incompétent pour statuer sur les demandes formées par la société Mors contre la société Westland et la renvoie à mieux se pourvoir devant le tribunal arbitral* »²³³. Cette position s'explique par la clause compromissoire dans l'accord préliminaire de *joint venture*, dont les termes généraux, rendaient le tribunal arbitral compétent pour trancher le litige.

Sur le fond, la Cour d'appel a retenu l'existence d'une entente illicite entre Westland et Labinal, ayant pris la forme d'une pratique concertée, dont l'objectif était de retarder la

²³¹ *idem*, p. 648.

²³² *idem*, p. 649.

²³³ *idem*, p. 652.

conclusion du contrat entre le groupement de sociétés et BAe. Ce retard allait permettre à Labinal d'avancer dans ses recherches.

A la suite de cette décision, l'arbitre s'est vu confier la mission de se prononcer sur l'existence d'une entente illicite, sans que l'une des parties à l'arbitrage soit considérée comme participant à cette entente. Il appartenait à l'arbitre de tirer les conséquences de cette entente supposée, pour les parties liées par la clause compromissoire. L'entente illicite est supposée car la sentence arbitrale rendue dans cette affaire n'est pas disponible. Pour autant, il est logique de conjecturer la position de l'arbitre, d'autant que les juridictions étatiques ont reconnu l'existence de l'entente.

Face à cette situation, l'arbitre ne peut pas considérer la partie qui invoque l'application du droit de la concurrence comme étant de mauvaise foi. Il y a une partie à l'arbitrage qui est victime d'entente illicite commise par son cocontractant et un autre opérateur économique. De toute évidence, l'invocation de l'application des dispositions des ententes illicites, profite à l'une des parties à l'arbitrage puisque cette dernière y trouve un intérêt privé et demande des dommages-intérêts. De plus, cette invocation ne pouvant être associée à une mauvaise foi, elle ne peut pas être non plus, une instrumentalisation du droit de la concurrence.

Dans un tel cas de figure, l'intérêt privé rejoint l'intérêt étatique et l'arbitre ne doit pas intervenir pour en atténuer les effets découlant de l'application des dispositions de l'entente illicite.

Ainsi, les prérogatives de l'arbitre ne sont pas de la même envergure dans tous les litiges impliquant des questions du droit de la concurrence. Parfois, sa marge de manœuvre sera limitée par la volonté des parties ; parfois par la loi d'autonomie ; parfois par l'ordre juridique dans lequel sa sentence sera exécutée et parfois, par la loi de police qu'il applique. Ce sont diverses exigences qui sont susceptibles de dicter le comportement de l'arbitre dans chaque affaire, de façon distincte. Par-dessus tout, la manière dont l'arbitre traite les litiges, dépend de la bonne ou mauvaise foi des entreprises engagées dans une procédure arbitrale. L'une des moyens permettant à l'arbitre de sanctionner la mauvaise foi est l'attribution de dommages-intérêts.

C/ Les dommages intérêts causés par l'entente illicite

Dans la matière des ententes illicites, la première question à traiter après l'annulation de l'entente insérée dans un contrat ou une clause, est la question des dommages-intérêts. La position de la jurisprudence européenne à cet égard, est notoire : le droit de demander des dédommagements a été reconnu par la CJCE dans les affaires *Cerhan*²³⁴ et *Manfredi*²³⁵. Néanmoins, les hypothèses qu'un arbitre a d'attribuer des dommages-intérêts en vertu du droit de la concurrence, sont moins nombreuses que celles d'un juge étatique. Dès que sa compétence est établie, il peut en effet statuer sur les dommages-intérêts inhérents à une pratique anticoncurrentielle. A titre d'exemple, le cas d'un fabricant appliquant à l'un de ses distributeurs, des conditions discriminatoires, est pertinent, car le distributeur peut prétendre à des dommages-intérêts, après la déclaration de nullité des clauses discriminatoires. En outre, de façon générale, la partie au contrat constituant l'entente illicite, a parfaitement le droit de demander des dommages-intérêts occasionnés par ce contrat, dans la mesure où elle parvient à établir son infériorité par rapport à l'autre partie au contrat. Tel est le cas lorsque les dispositions du contrat illicite ont été imposées par la partie puissante, sans que l'autre partie soit en mesure de les négocier.

Il convient d'ajouter que la règle selon laquelle une partie ne peut pas tirer profit de son acte illicite, n'a pas à être appliquée dans une telle situation, et ce pour éviter l'instrumentalisation du droit de la concurrence. Cela renforce l'efficacité de ce droit, la partie faible étant incitée à dénoncer le contrat illicite. En revanche, la règle en question trouve à s'appliquer si la partie présumée en situation d'infériorité, ne parvient pas à établir que c'est son infériorité qui est à l'origine de sa participation à l'entente²³⁶.

La question des dommages-intérêts est fonction de la loi choisie par les parties. Le droit français est clair : l'arbitre tranche le litige selon le droit choisi par les parties²³⁷. Ainsi, la volonté des parties peut jouer un rôle dans ce processus, si le droit choisi le lui permet. Lors de l'évaluation des dommages-intérêts, les règles du droit commun de l'ordre juridique concerné, doivent être observées. Ainsi, selon le droit britannique, lorsque l'arbitre se prononce sur les dommages compensatoires pour le préjudice causé par une pratique

²³⁴ CJCE, 20 septembre 2001, *Courage Ltd c. / Bernard Crehan*, aff. C-453/99, *Rec.*, 2001, p. I-6297

²³⁵ CJCE, 13 juillet 2006, aff. jointes C-295/04 à C-298/04, *Rec.*, 2006, p. I-06619.

²³⁶ Ce raisonnement est la teneur de l'arrêt suivant : CJCE, 20 septembre 2001, *Courage Ltd. c. / Bernard Crehan*, Aff. C-453/99, *Rec.*, 2001, p. I-6297.

²³⁷ L'article 1511 du Code de procédure civile.

anticoncurrentielle, il doit établir si la victime a contribué elle-même, à l'action qui lui cause un préjudice. La théorie de l'enrichissement sans cause doit également trouver sa place dans l'estimation des dommages-intérêts²³⁸. Les principes du droit français vont dans le même sens.

Dans ce contexte, il faut souligner un point essentiel : l'arbitre doit suivre la tendance du pays où il siège lors de l'attribution des dommages-intérêts. Par exemple, les dommages-intérêts de nature non compensatoire, tels que les dommages-intérêts punitifs, peuvent être attribués par l'arbitre siégeant en Angleterre et au Pays de Galles, suivant la *section 48 Remedies* de l'*Arbitration Act* de 1996 qui prévoit « (1) *The parties are free to agree on the powers exercisable by the arbitral tribunal as regards remedies* ».

Pourtant, il serait judicieux de ne pas accorder ce type de dommages-intérêts au demandeur, pour ne pas engendrer de difficultés de crédibilité de la sentence arbitrale. En particulier, des recours en annulation peuvent être formulés, si la sentence arbitrale ne s'accorde pas avec les principes régissant l'attribution des dommages-intérêts dans le pays où siège l'arbitre. Par conséquent, il est préférable que le tribunal arbitral ordonne les dommages-intérêts pratiqués par les tribunaux anglais et gallois²³⁹. Le même argument est fondé par les principes du droit français. En effet, comme le droit français ne consacre pas le principe des dommages-intérêts punitifs, il n'est pas opportun qu'un arbitre siégeant en France ordonne ce type de dommages-intérêts. S'il le faisait, il manquerait de perspicacité.

Il est donc indubitable que l'influence de l'arbitre sur le sort du litige est fondée, même si une politique étatique est impliquée. D'autant plus qu'il peut imposer sa conception des éléments du litige, sans défier les politiques défendues par les Etats. Lorsqu'il constate que l'une des parties cherche à se retrancher derrière un intérêt étatique, il est en mesure de ramener l'équilibre à la relation contractuelle, par les sanctions civiles dont il dispose.

Enfin, qu'en est-il d'un intérêt étatique méconnu dans une entente illicite, alors que l'intérêt prépondérant est celui des autres opérateurs économiques susceptibles d'être affectés par cette entente ? Comment l'arbitre va-t-il agir face à cette situation ?

²³⁸ **BLANKE (G.)**, « EU Competition Arbitration in England and Wales: Some notes on practice and procedure: Part 2 », *op. cit.*, paragraph 77.

²³⁹ *idem*, paragraph 78.

§II- La nullité au profit de l'intérêt collectif des opérateurs économiques

L'arbitrage est concerné par la protection des politiques étatiques non seulement de façon négative : il ne condamne que les contrats dont la licéité est mise en doute par l'une des parties, mais de façon positive également : il doit invoquer la nullité du contrat contraire au droit de la concurrence, même contre la volonté des parties.

Par ce biais, l'instrumentalisation de l'arbitrage devient quasi-impossible. A cet égard, *« l'arbitrage commercial international ne pourra continuer à se développer avec l'appui des Etats – appui soutenu depuis plus de 30 ans – que si, au-delà des intérêts particuliers des parties à chaque litige, les arbitres veillent à ce que l'arbitrage ne soit pas détourné de sa fonction pour se transformer en instrument de fraude aux intérêts légitimes des Etats. Si l'on considère que la "Societas mercatorum" a un réel besoin de l'arbitrage international, cette vigilance est un devoir des arbitres vis-à-vis d'elle »*²⁴⁰.

En d'autres termes, il incombe à l'arbitre de détecter chaque contrat ou clause qui nuirait au jeu de la concurrence et qu'il se méfie des parties de mauvaise foi qui pourraient essayer de le manipuler. Dans l'analyse qui va suivre, il ne s'agit pas d'examiner les effets qui découlent de la nullité et la façon dont l'arbitre va les orienter. Il s'agit de mettre en évidence quelques situations dans lesquelles l'arbitre est tenu d'invoquer la nullité du contrat ou de la clause contraire au droit de la concurrence. Ce qui importe dans cette approche, c'est que la nullité soit déclarée pour que le contrat ou la clause illicite cesse de produire des effets néfastes sur la concurrence.

Dans le cadre de la matière des ententes illicites, il est tout à fait envisageable d'imaginer la totalité des intérêts privés des opérateurs économiques qui subissent un préjudice indirect, comme constituant d'un intérêt général. Dans ce cas, il est loisible de dire que l'arbitre, en annulant le contrat constituant l'entente illicite, protège plusieurs intérêts privés, autant que l'intérêt général décidé par les Etats. En effet, *« [s]ans doute l'arbitre est-il d'abord le juge de l'intérêt privé des parties. Mais précisément, la promotion de certains de ces intérêts ne saurait être systématiquement, et a priori, négligée par l'Etat »*²⁴¹.

²⁴⁰ DERAIS (Y.), « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », *op. cit.*, p. 254.

²⁴¹ FADLALLAH (I.), « L'ordre public dans les sentences arbitrales (Volume 249) », *op. cit.*, p. 393.

C'est le point de vue retenu lorsque les règles du droit de la concurrence sont examinées avec un esprit analytique. En tant qu'ensemble intégré, « *les règles de concurrence [...] sont édictées dans l'intérêt général. C'est parce que le législateur national et celui de l'Union considèrent l'économie de marché comme le système le plus apte à assurer le bien commun dans le domaine économique, et la libre concurrence comme la clé de voûte de l'économie de marché, qu'il vise au maintien, par ces règles, de la concurrence* »²⁴².

Quoi qu'il en soit, l'arbitre est tenu de censurer le contrat ou la clause constituant une entente illicite. Les ententes illicites affectant le fonctionnement du marché et forçant les opérateurs agissant sur ce marché, sont de formes différentes. Ainsi, les ententes peuvent-elles se matérialiser par la répartition du marché, de sorte que l'accès à ce marché par un nouveau concurrent soit évité ou pour le moins, soit artificiel, parce que les prix voulus par ces opérateurs économiques ne seront pas affectés par la pénétration de ce nouveau concurrent sur le marché en question²⁴³.

Force est de constater que la gravité des ententes illicites n'est pas du même degré d'un cas à l'autre. L'arbitre doit être particulièrement plus ferme et plus vigilant, lorsqu'il a à faire avec les ententes horizontales, plus nuisibles au marché. Pour mémoire, une entente horizontale unit des entreprises concurrentes opérant sur le même marché et placées au même niveau d'activité économique. Autrement dit, c'est une entente passée entre des entreprises « *opérant sur le même marché, au même stade du processus économique, et dont la vocation est, par conséquent, de ne pas faire concurrence entre elles* »²⁴⁴.

L'entente verticale elle, unit des entreprises n'opérant pas « *au même stade du processus économique* »²⁴⁵. Bien que les entreprises en cause ne soient pas des concurrentes, une telle pratique affecte la concurrence entre l'une de ces entreprises et les entreprises tierces, ce qui entraîne la prohibition de la pratique²⁴⁶. A ce titre, une décision unilatérale, de fait ou

²⁴² **DECOCQ (A.), et DECOCQ (G.)**, *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, 7^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2016, p. 297.

²⁴³ **GRYNFOGEL (C.)**, *Droit européen de la concurrence*, op. cit., p. 12.

²⁴⁴ **DECOCQ (A.), et DECOCQ (G.)**, *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, 7^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2016, p. 294.

²⁴⁵ *idem*, p. 294.

²⁴⁶ Voir : CJCE, 13 juillet 1966, Etablissements Consten S. A. R. L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c. / Comm., aff. 56 et 58-64, *Rec.*, 1966, p. 429. Voir également : Cass. com., 18 mai 1993, pourvoi n° 91-20471, *Bull. civ.*, 1993, IV, n° 201 p. 143

d'apparence, pourrait recevoir la qualification d'accord au sens du droit de la concurrence. Tel est le cas lorsque « *un producteur notifie aux distributeurs de son réseau des mesures visant à mettre obstacle à l'exportation dans un autre Etat membre des marchandises qu'il leur livre* »²⁴⁷.

Par ailleurs, l'entente verticale peut prendre la forme de la protection territoriale absolue, pratique prohibée par le droit européen de la concurrence. Celle-ci relève des ententes verticales, car le contrat conduisant à ce résultat, est passé entre des opérateurs situés à des stades différents de l'activité commerciale. Elle est aussi dénommée "convention d'exclusivité"²⁴⁸.

L'arrêt de principe dans ce domaine a été rendu par la CJCE²⁴⁹ à l'occasion d'un contrat conclu entre un concédant allemand et son concessionnaire français, chargé de distribuer ses produits en France. Le contrat stipulait une exclusivité de vente territoriale au profit du concessionnaire et en contrepartie, ce dernier s'engageait à ne pas exporter les produits faisant l'objet du contrat. La même clause était stipulée à l'encontre des autres concessionnaires et grossistes allemands, passant des conventions avec le même producteur (le concédant). Le contrat de concession contenait une clause imposant au concessionnaire de déposer en France, une marque appartenant au concédant. Ce dépôt de marque servait à empêcher toute sorte d'importation parallèle des produits en France et avait pour fonction de faire prévaloir un droit de propriété industrielle, à savoir le droit d'exclusivité d'exploitation cédé en l'espèce, au concessionnaire. Toutes ces clauses servaient à renforcer la protection territoriale, condamnée par le droit de la concurrence. S'il est compétent pour statuer sur un contrat de cette nature, l'arbitre est tenu de le dénoncer.

Dans d'autres circonstances, l'arbitre peut se voir désigné pour faire face aux éventuels conflits entre des entreprises créant une entreprise commune. Il examinera l'accord en question sous l'angle du droit de la concurrence, dans la mesure où il a assez d'éléments pour avoir des doutes. « *Le droit de la concurrence – ou plutôt des droits de la concurrence car le caractère international de la joint-venture ajoute à la difficulté en rendant potentiellement applicables plusieurs droits de la concurrence – est en effet susceptible d'entrer en conflit avec le montage mis en œuvre par les partenaires. La mise en place d'une joint-venture peut*

²⁴⁷ **DECOQ (A.), et DECOQ (G.),** *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, 7^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2016, p. 280.

²⁴⁸ *idem*, p. 316.

²⁴⁹ CJCE, 13 juillet 1966, Etablissements Consten S. A. R. L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c. / Comm., aff. 56 et 58-64, Rec., 1966, p. 429

*affecter la concurrence de plusieurs manières. Selon les règles et les qualifications du droit de la concurrence applicable, l'entreprise de joint-venture peut relever [...] des pratiques anticoncurrentielles »*²⁵⁰.

Force est de constater que la condamnation de ce genre de contrats, est probablement plus liée aux intérêts d'opérateurs économiques autres, intervenant sur le même marché, qu'à l'intérêt des participants à l'entreprise commune.

Il est très difficile de dissocier l'intérêt de l'une des parties à l'entente, de l'intérêt des opérateurs tiers agissant sur le même marché pertinent. Il faut que la teneur de la clause contestée, démontre qu'elle est hostile au premier degré, à la concurrence venant d'un tiers à l'encontre des parties participantes à l'entente, ce qui entraîne une restriction de la liberté de concurrence exercée par les tiers en premier lieu et une restriction de la liberté de concurrence exercée par les parties participantes à l'entente en second lieu. L'affaire suivante, tranchée par un tribunal arbitral, peut clarifier ce propos dans la mesure où les clauses anticoncurrentielles visaient à priver les tiers de passer des transactions via les parties participantes à l'entente. En l'espèce, un contrat de coopération avait été conclu entre une société française et société néerlandaise. Elles fabriquaient des machines complémentaires. Chaque société s'était engagée à acheter les machines fabriquées par l'autre et « à les vendre sous leurs deux noms en tant que lignes intégrales »²⁵¹. Elles s'étaient mises d'accords pour échanger le savoir-faire servant à commercialiser, installer, entretenir et réparer les machines.

Se rendant compte que certaines clauses du contrat constituaient une violation du droit européen, la défenderesse (la société néerlandaise) a essayé de convaincre la demanderesse (la société française) d'accepter la résiliation du contrat, mais en vain.

La clause qui posait un problème figurait à l'article 6 du contrat, qui contenait pour l'essentiel, les dispositions suivantes :

6.1 Chaque partie s'abstient de développer, fabriquer, vendre directement ou indirectement un équipement similaire ou concurrent de l'équipement de l'autre partie faisant l'objet de la coopération.

²⁵⁰ DE BOISSEON (M.), « Joint-venture internationale et arbitrage », *op. cit.*, p. 61.

²⁵¹ Sentence arbitrale finale CCI, aff. n° 10660, 2000 : *Bull. CCI*, vol. 14, n° 2, 2003, p. 68.

6.2 Au cas où un client voudrait acquérir auprès de l'une des parties un équipement fabriqué par une tierce partie, il faut que le vendeur obtienne l'approbation de l'autre partie et cette approbation ne sera pas refusée sans raison valable. L'inobservation de cette disposition entraîne une pénalité.

6.3 Si ce contrat prend fin, la clause de non-concurrence prévue à l'article 6.1 reste en vigueur pour une durée de 4 ans après la cessation du contrat.

Le tribunal arbitral a commencé par déclarer la nullité de l'article 6.3 sans possibilité d'exemption, en retenant que sa contrariété à l'article 81 (2) du Traité CE (devenu l'article 101 § 2 du TFUE) était flagrante.

Ensuite, le tribunal s'est prononcé sur l'objet du contrat, retenant que son objet ne contrevenait pas au droit européen de la concurrence. Les deux parties n'étaient pas des entreprises concurrentes à l'époque de la conclusion du contrat, ce qui excluait tout but de restreindre la concurrence.

Sur la part de marché, le tribunal a mis en évidence que chaque partie détenait une part de marché de 50 %. Le tribunal a ajouté que cela aurait pu constituer l'indice d'une opération anticoncurrentielle, mais, il a précisé que le marché étant nouveau, seuls huit participants étaient actifs sur ce marché. Les parties à l'accord de coopération ont tenté de créer un nouveau marché pour remplacer un marché existant. Le projet a nécessité des recherches considérables et de l'investissement pour voir le jour. Cela veut dire que les parts de marché détenues par les parties au contrat n'étaient pas suffisantes en elles-mêmes, pour pouvoir constater la contrariété du contrat au droit européen de la concurrence.

Sur l'appréciation de l'effet de l'article 6.1 du contrat en question sur la concurrence, le tribunal a mis en relief que l'engagement de non concurrence qui consistait à ne pas développer, fabriquer et vendre un équipement similaire ou concurrent de celui de l'autre partie, avait un effet relatif : cette disposition visait à empêcher chaque partie de fabriquer la machine de l'autre, sans pour autant avoir d'effet sur les tiers concurrents. Par conséquent, n'ayant pas d'effet néfaste à l'égard des consommateurs finaux, cette clause s'est trouvée validée par le tribunal.

En ce qui concerne l'appréciation de l'effet de l'article 6.2 sur la concurrence, le tribunal affirme qu'il est évident que cet article est anticoncurrentiel et doit de ce fait être nul. Le fait de suspendre la vente des machines concurrentes, à l'approbation de l'autre partie au contrat

rendait cette disposition contractuelle anticoncurrentielle et visait à restreindre la libre concurrence des opérateurs tiers. Il a ajouté qu'il était possible que cet article bénéficie de l'exemption légale prévue par l'article 81 (3) du Traité CE (101 § 3 du TFUE), mais il ne disposait pas de pouvoir nécessaire pour se prononcer sur cette exemption, ce pouvoir étant exclusivement détenu par la Commission à l'époque²⁵².

La nullité de la clause a été déclarée pour protéger l'intérêt collectif des opérateurs tiers, dans la mesure où la clause restreignait leur liberté de concurrencer les entreprises participantes à l'entente.

Il n'est pas rare que l'intérêt collectif des opérateurs économiques étrangers à l'entente puisse être invoqué par l'une des parties, pour contester la validité du contrat litigieux. Ce faisant, cette partie cherche à satisfaire son intérêt privé traduit par la nullité du contrat, en s'abritant derrière l'intérêt collectif des opérateurs économiques tiers. S'il s'avère que l'affectation de cet intérêt collectif est incertaine, le tribunal ne déclare pas la nullité du contrat. Ainsi, lors d'un litige, l'application de la disposition relative aux ententes illicites a été invoquée par une partie au litige pour demander au tribunal arbitral de déclarer la nullité du contrat²⁵³. Prétendant le non-respect des obligations nées du contrat, deux sociétés, belge et britannique, ont résilié un contrat de licence les unissant au donneur de licence qui était une société américaine. Cette dernière avait engagé une procédure d'arbitrage pour réfuter l'allégation selon laquelle elle n'avait pas respecté ses obligations et pour faire constater que « *les défenderesses [étaient] encore liées par le contrat* »²⁵⁴. De leur côté, les défenderesses soutenaient que le contrat était nul parce qu'il constituait une violation du droit européen de la concurrence. Le contrat de licence intitulé « *Technical Agreement* » prévoit que « *les informations communiquées par la demanderesse seront exclusivement destinées à être utilisées par les défenderesses et que cette utilisation sera limitée à la Belgique et au Royaume-Uni pendant la durée du contrat et au cours des cinq années suivant sa cessation* »²⁵⁵. Le contrat prévoyait également que les licenciés pouvaient octroyer des sous-licences aux sociétés contrôlées par eux et aux tiers, après avoir obtenu l'autorisation du donneur de

²⁵² Cette affaire a eu lieu avant que le droit européen de la concurrence ne connaisse la modernisation consistant à reconnaître ce pouvoir aux juridictions nationales, ce qui englobe les tribunaux arbitraux et rend l'arbitre capable de se prononcer sur l'exemption légale prévue par l'article 101 § 3 du TFUE.

²⁵³ Sentence arbitrale finale CCI, aff. n° 9240, 1998 : *Bull. CCI*, vol. 14, n° 2, 2003, pp. 65-68, (Loi d'autonomie : l'Etat de l'Ohio, lieu d'arbitrage : Belgique).

²⁵⁴ *idem*, p. 65.

²⁵⁵ *idem*.

licence. L'octroi de ces sous-licences était limité géographiquement à l'Europe et à l'Asie. En fin, le contrat prévoyait qu'il était interdit aux licenciés d'octroyer des sous-licences à des sociétés concurrentes du donneur de licence ou à des sociétés contrôlées directement ou indirectement par ces concurrents.

Lors de l'examen de la validité de ces dispositions contractuelles, le tribunal a commencé par rappeler que pendant la négociation du contrat, les parties contractantes avaient examiné le contrat sous l'angle du droit européen de la concurrence et elles avaient conclu à sa compatibilité avec ce droit.

Le point essentiel qui a été soulevé par les défenderesses tient à la contrariété du contrat au droit européen, dans le sens où le contrat de licence était limité aux territoires belge et britannique, restreignant ainsi la concurrence sur le marché européen. La demanderesse a répondu que le contrat donnait la possibilité d'octroyer des sous-licences en Europe et en Asie, à des filiales ou succursales qui appartiennent aux défenderesses. La demanderesse ajoute que dans l'hypothèse où ce contrat serait tombé sous le coup de l'article 85 du Traité de Rome (101 du TFUE), il aurait bénéficié de l'application du Règlement n° 556/89 du 30 novembre 1988, relatif à certaines catégories d'accords de licence de savoir-faire, en vigueur à l'époque²⁵⁶. Le tribunal s'est laissé convaincre par les arguments de la demanderesse et il a exclu toute violation du droit européen de la concurrence. Le tribunal a adopté l'argument avancé par la demanderesse, consistant à dire que la restriction de la concurrence constatée, ne s'étendait pas aux tiers, mais seulement aux parties de l'accord. La licence en question était une licence ouverte qui ne violait pas l'article 85 (1) du Traité de Rome. Il a ajouté que la demanderesse était parvenue à prouver que le contrat bénéficiait de l'exemption prévue par le Règlement n° 556/89 du 30 novembre 1988, dans l'hypothèse où il aurait effectivement été contraire à l'article 85 (1) du Traité de Rome.

L'intérêt prépondérant examiné par le tribunal est l'intérêt collectif des autres opérateurs qui agissent sur le marché européen, invoqué par les défenderesses pour justifier la résiliation du contrat. Cela démontre la nature particulière du droit de la concurrence où l'intérêt privé se fonde dans l'intérêt public.

²⁵⁶ La version la plus récente jusqu'à lors est le Règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014, relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, *Journal Officiel*, L 93, 28.3.2014, pp. 17-23.

Pour conclure, il convient de dire que l'objectif recherché dans ces dernières pages est de démontrer qu'il n'est pas nécessaire qu'un intérêt direct de l'une des parties soit constaté, pour que l'arbitre intervienne au nom du droit de la concurrence. Il est tout à fait envisageable que l'arbitre décide d'introduire dans le débat opposant les deux parties, la question de nullité de ce genre de contrat et de clauses, en invoquant le seul motif de l'intérêt général sans que celui-ci coïncide avec l'intérêt direct de l'une des parties à l'arbitrage. Pour autant, rien n'empêche que l'une des parties instrumentalise l'intérêt général (l'intérêt collectif des opérateurs tiers) pour fonder son comportement.

CONCLUSION DU TITRE

Le point essentiel qui fait l'objet de ce titre, est la manière dont l'arbitre constate l'entente illicite et sa réaction face à cette disposition du droit de la concurrence. Il a pu être démontré que l'arbitre est tenu de respecter la volonté des parties à l'arbitrage, tant que cette volonté n'a pas pour objet de détourner un intérêt étatique en instrumentalisant l'arbitrage. Il a aussi été exposé les moyens à la disposition de l'arbitre, destinés à contrarier cette volonté. Tout d'abord, l'arbitre est tenu d'invoquer d'office la contrariété du contrat au droit de la concurrence. Ensuite, soit l'arbitre déclare son incompétence pour trancher le litige et ce, dans l'hypothèse où aucune des parties à l'arbitrage n'invoque la nullité de leur contrat ; soit il déclare la nullité de leur contrat sans que l'une des parties ne la demande. Ce pouvoir serait justifié par la nature impérieuse du droit de la concurrence. La décision de l'arbitre ne doit pas être entachée de l'*ultra petita* parce qu'il contribue à combattre l'illicéité qui s'infiltré dans le commerce international.

Il a également été démontré que l'autonomie de l'arbitre ne signifie pas l'inobservation des politiques étatiques et que cette autonomie n'est pas érodée s'il tient compte des politiques étatiques en matière de concurrence. C'est la raison pour laquelle, une position arbitrale plus favorable à l'application du droit de la concurrence par l'arbitre, est à approuver. De cette manière, l'arbitre n'a pas seulement la faculté d'invoquer l'application du droit de la concurrence, il doit avoir l'obligation de l'invoquer.

Il a été question par la suite d'examiner les prérogatives de l'arbitre dans l'appréciation de l'existence ou non, d'une entente illicite. A cet égard, l'arbitre s'approprie les prérogatives issues du droit de la concurrence, qui s'accordent avec son statut de juge privé. Cela lui permet de déterminer s'il est en présence d'une entente illicite ou non. S'il parvient à constater l'illicéité de l'entente, il se penche alors sur sa justification. En droit de la concurrence, il y a de bonnes ententes qui échappent à la condamnation.

Vient ensuite une étape essentielle : tirer les conséquences de la nullité. D'une part, l'arbitre est en mesure de bouleverser l'issue naturelle de la nullité prononcée sur la base de l'application du droit de la concurrence, de sa conception du contrat et de la potentielle mauvaise foi attribuée à l'une des parties au contrat. D'autre part, l'arbitre, cela a été vu, tend

à traiter les parties sur un pied d'égalité, en ce qui concerne leur puissance économique. Ce point de vue induit des inconvénients s'il est appliqué dans toutes les circonstances. En effet, dans certains cas, la puissance économique peut conduire à forcer la partie la plus faible économiquement dans la participation de l'entente illicite. Il conviendra que l'arbitre tienne compte de cette possibilité lors de la déclaration de la nullité. La partie la plus faible, auteur avec son cocontractant de l'entente illicite, ne doit pas être tenu responsable de la violation du droit de la concurrence. L'arbitre doit lui attribuer des dommages-intérêts s'il parvient à prouver qu'il y a participé sous contrainte.

Enfin, l'indifférence de l'arbitre vis-à-vis du destinataire de la protection prévue par la prohibition des ententes illicites, a été confirmée. En effet, lorsque l'une des parties à l'arbitrage tire bénéfice de la nullité déclarée à l'égard de l'entente illicite ou non, l'arbitre est tenu de prononcer la nullité de l'acte en question. Dans certaines affaires, l'une des parties peut avoir intérêt à dénoncer l'entente illicite ; dans d'autres, aucune des parties n'y trouve intérêt. Dans ce dernier cas, l'arbitre protège un pur intérêt général incarné par l'ensemble des intérêts des autres opérateurs économiques, affectés de façon directe ou indirecte par l'entente.

Ce constat conduit à une conséquence très importante : l'arbitre ne doit pas tolérer une entente illicite qui affecterait l'une des parties, dans l'hypothèse où cette partie ne ferait pas valoir ses droits. Le bon fonctionnement du marché explique cette intolérance. Même si l'intérêt privé est au centre de la discussion, l'intérêt étatique n'est pas exclu dans ce cas de figure et l'atteinte au marché doit être invoquée par l'arbitre, pour dénoncer l'entente illicite.

TITRE II

LE CONTRÔLE DE L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

L'abus de position dominante constitue l'un des socles les plus importants du droit de la concurrence puisqu'« *au sens large, le droit de la concurrence assure à la fois la liberté et la loyauté de la concurrence. La plus grande partie de ses règles protège le marché et s'oppose aux ententes, abus de position dominante ou concentration qui suppriment ou réduisent la concurrence entre les entreprises* »²⁵⁷.

En effet, l'abus de position dominante comme les ententes prohibées sont des pratiques anticoncurrentielles combattues par un grand nombre d'Etats, car ces pratiques constituent des actes illicites dont l'effet nuisible est incontestable. La sanction de l'illicite en matière de commerce international est un devoir qui incombe à l'arbitre, sinon il agit comme un instrument contribuant à violer des normes impératives²⁵⁸. L'arbitre doit contribuer, au niveau international, à faire face à l'utilisation nuisible de la puissance économique à l'égard d'autres opérateurs économiques sur le même marché.

Prévu en droit national français comme en droit européen, l'article L. 420-2 alinéa 1 du Code de commerce prévoit : « *Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* ». A l'échelle européenne, l'article 102 du TFUE prévoit lui « *Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.*

²⁵⁷ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruyland, Paris, 2015, p. 9.

²⁵⁸ En ce sens : **RACINE (J.-B.)**, « L'arbitre face aux pratiques illicites du commerce international », *op. cit.*, p. 8.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,*
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,*
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,*
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».*

D'emblée, une précision s'impose : l'article 102 du TFUE vise l'abus qui atteint le marché intérieur, mais aussi une partie substantielle de celui-ci : un Etat membre, une ville ou même un quartier, et ce, lorsque le trouble qui touchant l'une de ces catégories, affecte le marché intérieur dans son ensemble, en raison de son importance économique²⁵⁹. Autrement dit « *il n'existe d'un point de vue théorique aucune étendue géographique minimale* »²⁶⁰. A partir de là, les droits européen et français prônent l'application d'un même remède à un même mal, puisque les objectifs recherchés par les deux droits sont très proches. Au demeurant, il convient de dire que l'Autorité de la concurrence en France fait régulièrement référence à la jurisprudence communautaire, lorsqu'elle utilise l'article L. 420-2 du Code de commerce et le rapproche des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²⁶¹. Cela montre l'importance accordée à une application unifiée du droit de la concurrence.

La nature délictuelle de cette matière n'empêche pas l'arbitre de statuer sur un litige exigeant son application. L'invocation de cette disposition à l'occasion d'un litige relatif à un contrat rend l'arbitre compétent, il suffit que la clause compromissoire permette d'englober de tels litiges. Par ailleurs, l'abus de position dominante peut être matérialisé dans un contrat, ce qui

²⁵⁹ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruylant, Paris, 2015, p. 288. Voir : CJCE, 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova (SpA) c. / Siderurgica Gabrielli (SpA)*, aff. C-179-90, *Rec.*, 1991. I, p. 5923; *RTD com.*, 1993, p. 436, obs. Bolze (Ch.).

²⁶⁰ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruylant, Paris, 2015, p. 288

²⁶¹ Décision, Cons. conc., 22 juin 2005, n° 05-D-32, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution : *Revue des contrats*, 2005, n° 4, p. 1038, note Prieto (C.).

relève de la compétence de l'arbitre.

Pour bien cerner la notion d'abus de position dominante, il est nécessaire d'en définir les caractéristiques générales (Chapitre 1) et de se pencher sur les conséquences de l'arbitrabilité de cette matière (Chapitre 2).

CHAPITRE I

LES CARACTERISTIQUES DE L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

Pour constater l'abus de position dominante, il est primordial d'en avoir une définition précise de façon à connaître les conditions à réunir lors d'un litige (Section 1). A cette fin, l'arbitre devra en distinguer les différentes formes, car, certaines formes d'abus de position dominante sont plus susceptibles de tomber sous l'autorité de l'arbitre étant donné leur aspect contractuel (Section 2).

SECTION 1- LA CONSTATATION DE L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

Déterminer l'abus de position dominante ne peut se faire qu'avec une connaissance détaillée de sa définition (I). Par ailleurs, il est indispensable de dégager les conditions qui permettront de retenir l'abus de position dominante (II).

§I- La définition de la position dominante

La position dominante se définit de deux manières. Soit en tenant compte de la concurrence sur le marché : si cette dernière est absente, la position dominante est facile à constater ; soit en tenant compte du pouvoir économique dont jouit l'entreprise, notamment au travers de ses parts de marché qui constituent l'indice principal²⁶² de détermination. C'est d'ailleurs, la définition adoptée par la Commission européenne pour qui la position dominante « *est une situation fournissant à une entreprise ou un groupe d'entreprises la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis des concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* »²⁶³.

Selon la Cour de justice, « *la position dominante visée par cet article [l'article 86 du Traité de Rome (102 du TFUE)] concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective*

²⁶² **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruylant, Paris, 2015, pp. 272-273.

²⁶³ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *Journal officiel*, (97/C 372/03), 9 décembre 1997.

*sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs »*²⁶⁴.

L'abus de position dominante peut être appréhendé à deux niveaux. Le premier est comportemental, c'est-à-dire qu'un acte porte l'abus en lui-même et ne peut être commis que par une entreprise ayant la position dominante. Son poids lui permet d'agir ainsi et génère une attitude d'exploitation²⁶⁵. Un exemple d'un tel acte s'incarne si l'entreprise exerce des pratiques discriminatoires, impose des conditions inéquitables ou si elle se met à pratiquer un prix excessif non justifié par la prestation fournie, de façon flagrante. A ce propos, la CJCE a jugé en ce sens dans un arrêt rendu le 14 février 1978²⁶⁶.

Le second niveau d'abus de position dominante est structurel. C'est un abus de structure qui se distingue par son effet d'exclusion. Ce qui est au centre de l'analyse de ce type d'abus, c'est l'effet produit par le comportement de l'entreprise. Cet effet est appelé "effet d'exclusion". Cela veut dire que le comportement considéré comme licite, dans la mesure où il est commis par une entreprise non dominante, se transforme à l'égard de l'entreprise dominante en comportement illicite, compte tenu de sa position sur le marché²⁶⁷. Force est de constater que le même acte peut s'avérer apte à revêtir les deux types d'abus : abus de comportement et abus de structure. Le fait de retenir l'un ne met pas d'obstacle à constater l'autre également, même si les autorités de concurrence sont tentées de s'intéresser à l'abus de structure, étant donné ses conséquences néfastes sur le marché²⁶⁸.

Lorsque la part de marché détenue par l'entreprise constitue un aspect important dans la détermination de la position dominante, il est indispensable de savoir comment définir le marché à partir duquel la part détenue sera mesurée (A). Aussi, il faut souligner l'importance accordée à la définition du marché (B).

²⁶⁴ CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV, c. / Comm.*, aff. 27-76, *Rec.*, 1978, p. 207 ; *RTD eur.*, 1978, p. 294, obs. Delannay (P.).

²⁶⁵ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruyland, Paris, 2015, p. 303.

²⁶⁶ CJCE, 14 février 1978, *United Brands Company et United Brands Continentaal BV, c. / Comm.*, aff. 27-76, *Rec.*, 1978, p. 207 ; *RTD eur.*, 1978, p. 294, obs. Delannay (P.).

²⁶⁷ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruyland, Paris, 2015, p. 304.

²⁶⁸ *idem*, pp. 304-305.

A/ La définition du marché

Pour savoir si l'entreprise abuse de sa position dominante, il faut au préalable, définir le marché sur lequel se déterminent les positions des entreprises concurrentes, ce que la Commission européenne a fait, par le biais d'une communication. D'après elle, « le marché en cause » dénommé également « le marché pertinent » ou « le marché de référence » est un terme qui s'emploie pour désigner « *le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises* »²⁶⁹. Cette définition comporte deux aspects : le marché de produit et le marché géographique. L'article II, 8 de ladite communication dispose qu' : « *un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »²⁷⁰.

Quant au marché géographique, la Commission lui donne la définition suivante : « *Le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* »²⁷¹.

Ainsi, s'agissant du marché de produits ou de services, référence est faite à l'existence d'une multiple pouvant se substituer les uns aux autres et conduisant à une concurrence effective²⁷². Par conséquent, l'existence d'un produit interchangeable est d'une grande importance pour déterminer l'existence d'une position dominante sur le marché²⁷³. Si le produit existant n'encourt aucune concurrence d'un nouveau produit, la substituabilité de ce dernier ne peut être prise en considération lors de la définition du marché. A l'inverse, lorsque la vente du

²⁶⁹ **DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE**, *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne, Antitrust et contrôle des opérations de concentration*, Commission européenne, Bruxelles, 2002, p. 33.

²⁷⁰ Communication. Comm. CE n° 97-C 372-03 du 9 décembre 1997, *Journal Officiel*.

²⁷¹ *idem*.

²⁷² **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruylan, Paris, 2015, p. 275.

²⁷³ La substituabilité d'un produit ou d'un service se mesure à son prix. Ainsi, pour les autorités européennes, le rapport qualité - prix et l'écart de prix entre les produits, constituent des critères étayant l'absence de substituabilité : CJCE, 25 octobre 2001, Firma Ambulanz Glockner c. / Landkreis Sudwestpfalz, aff. C-475-99, *Rec.*, 2001, I, p. 8089. Voir aussi : **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruylan, Paris, 2015, p. 281.

nouveau produit augmente malgré la pression concurrentielle exercée par le produit existant sur le nouveau produit, cette augmentation peut être prise en considération, de sorte qu'il y a lieu de dire qu'une concurrence effective s'installe sur le marché. Ainsi, la Cour de justice a jugé que « *Le caractère graduel ou "inerte" de l'augmentation des ventes d'un produit nouveau se substituant à un produit existant revêt de l'importance pour la définition du marché dès lors qu'il peut, le cas échéant, indiquer que le produit existant exerce une contrainte concurrentielle significative sur le nouveau produit* »²⁷⁴.

En ce qui concerne le marché géographique, les autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence ont tracé un chemin, destiné à être suivi : « *Adoptant une approche globale, les autorités de concurrence soulignent que le marché géographique correspond à la zone dans laquelle les conditions objectives de concurrence du produit ou du service sont "similaires"²⁷⁵ ou "suffisamment homogènes"²⁷⁶ pour les opérateurs économiques. L'homogénéité existe du point de vue de l'offre lorsque, dans une zone définie, les caractéristiques des produits, la réglementation administrative, les offreurs et le degré de maturité du marché sont identiques ou que le volume des échanges et le taux de substituabilité de l'offre sont importants. S'agissant de la demande, les autorités de concurrence tiennent compte en particulier des comportements de consommation, de l'organisation de la distribution, de la structure de la demande, des politiques d'approvisionnement et de l'importance des importations. L'absence de différence de prix entre les produits au sein d'une zone géographique donnée est considérée comme un indice essentiel de l'homogénéité de celle-ci* »²⁷⁷.

En d'autres termes, la délimitation du marché géographique passe par la détermination des conditions de concurrence sur la zone géographique concernée. Ainsi, la nature du produit ou du service²⁷⁸ et les coûts de transport sont à prendre en compte lors de la détermination du marché géographique, puisqu'ils délimitent le périmètre d'action du marché. Plus ces coûts sont élevés par rapport au prix du produit, plus l'entreprise est considérée comme ayant un

²⁷⁴ CJCE, 6 décembre 2012, AstraZeneca AB c. / Comm., aff. C457/10 P, *Recueil numérique*, ECLI:EU:C:2012:770, point 46 : *Contrats, conc., consom.*, n° 2, Février 2013, commentaire 37, note DECOCQ (G.).

²⁷⁵ CJCE, 16 décembre 1975, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres c. / Comm., aff. 40-73, *Rec.*, 1975, p. 1663.

²⁷⁶ *idem.*

²⁷⁷ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruylan, Paris, 2015, pp. 287-288.

²⁷⁸ *idem*, p. 285.

pouvoir de marché important²⁷⁹. Dans un arrêt rendu par le TPICE [devenu le Tribunal], outre le très faible coût de transport permettant de délimiter le marché géographique comme étant de dimension européenne, deux autres facteurs ont été pris en compte : une demande stable non négligeable des produits concernés, venant de la part de divers Etats membres et la possibilité de s'approvisionner avec ces produits dans d'autres Etats membres²⁸⁰.

Enfin, l'identification du marché se base aussi sur la situation des concurrents. Ce mécanisme s'exprime par l'élasticité de la demande, car la façon dont les destinataires de produits ou de services agissent, compte dans l'appréciation de l'élasticité de la demande. En outre, l'élasticité de l'offre permet également de délimiter le marché pertinent, même si de façon subsidiaire²⁸¹. En particulier, elle montrera si les autres offreurs sont en mesure de « *satisfaire à la demande adressée à l'entreprise supposée dominante* »²⁸². Si la réponse est positive, ces offreurs entrent dans la définition du marché, car leurs produits sont substituables à ceux offerts par l'entreprise supposée dominante. Dans le cas contraire, les marchés seront distincts, en raison de l'incapacité des offreurs à satisfaire la demande à cause des coûts, des

²⁷⁹ CJCE, 16 décembre 1975, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres c. / Comm., aff. 40-73, Rec., 1975, p. 1663. (Le marché du sucre est délimité en fonction du prix du transport qui exclut les longues distances).

²⁸⁰ TPICE, 6 octobre 1994, Tetra Pak International (SA) c. / Commission, aff. T-83-91, Rec., 1994, p. II-755, point 94 : « *En l'occurrence, la Commission a délimité à bon droit un marché géographique unique recouvrant l'ensemble de la Communauté, pour trois raisons principales. Premièrement, comme le souligne cette institution sans être contredite par la requérante, il existait une demande stable et non négligeable même si elle variait en intensité entre les divers États membres pour tous les produits en cause, sur l'ensemble du territoire de la Communauté, au cours de la période couverte par la décision. Deuxièmement, d'après les mêmes sources, les clients avaient, du point de vue technique, la possibilité de s'approvisionner en machines ou en cartons dans d'autres États membres, la présence d'unités de distribution locales étant uniquement nécessaire pour assurer l'installation, l'entretien et la réparation des machines. Troisièmement, le très faible coût du transport des cartons et des machines permettait des échanges aisés et rapides entre les États, ce que ne conteste pas la requérante. En particulier, l'absence d'obstacles économiques à l'importation des machines, grâce au caractère négligeable des coûts de transport, est corroborée par la commercialisation, dans la Communauté, de machines produites aux États-Unis par Nimco ou Cherry Burrell et au Japon par Shikoku, ainsi qu'il ressort de la décision.* ». Ces facteurs exprimés par le TPICE « *confèrent au marché géographique une dimension européenne.* »

²⁸¹ « *La position dominante d'une entreprise n'est que la traduction juridique de son pouvoir de marché, lui-même reflété par le taux d'élasticité de l'offre et de la demande : plus la demande exprimée par les consommateurs est insensible aux variations de prix (inélasticité de la demande), et plus il est difficile pour d'autres offreurs d'adapter leur production afin de satisfaire le même besoin (inélasticité de l'offre), plus le pouvoir de marché de l'entreprise considérée est important. Ce dernier est directement fonction de la part de marché contrôlé par l'entreprise. L'élasticité de la demande et de l'offre sera en effet d'autant plus faible que celle-ci sera grande, puisque les consommateurs auront plus de mal à se reporter sur d'autres produits en cas d'augmentation des prix initiée par le monopoleur. En d'autres termes, la part de marché contrôlée par l'entreprise est un indice de mesure indirecte de l'élasticité. Il n'est pas étonnant que celle-ci soit prise en considération dans la définition du marché concerné.* » : **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruyland, Paris, 2015, p. 273.

²⁸² **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruyland, Paris, 2015, p. 277.

mutations ou des délais trop importants. Pour ces entreprises, engager des investissements, se heurter à des difficultés légales ou évoluer dans les technologies, constituent des barrières²⁸³ les empêchant de faire face à la demande.

Ayant défini la notion de marché, il convient d'en préciser l'importance.

B/ L'importance de la définition du marché

La définition du marché pertinent est un préalable indispensable pour savoir si une entreprise occupe une position dominante et par la suite, si elle en a abusé. Cette définition peut être déterminante également pour détecter un abus fait par l'entreprise dominante sur un autre marché. Ainsi, le Tribunal de l'Union européenne a-t-il exempté la Commission européenne de l'obligation de prouver qu'une entreprise dominante déjà le marché de gros, dominait aussi le marché de détail. La constatation de la position dominante a été jugé suffisant pour induire que l'entreprise avait mis en place une pratique tarifaire condamnée par le droit de la concurrence : *« Le caractère abusif d'une pratique tarifaire mise en place par une entreprise verticalement intégrée en position dominante sur un marché de gros pertinent et aboutissant à la compression des marges des concurrents de cette entreprise sur le marché de détail ne dépend pas de l'existence d'une position dominante de cette entreprise sur ce dernier marché. Partant, pour constater un abus de position dominante d'une entreprise sous la forme d'un ciseau tarifaire »*^[284], la Commission ne doit pas établir que cette entreprise dispose d'une position dominante à la fois sur le marché de gros et sur le marché de détail »²⁸⁵. Plus loin, *« il ne saurait y avoir de pratique de ciseau tarifaire, que le prix de gros facturé aux concurrents pour le produit en amont soit excessif ou que le prix de détail pour le produit*

²⁸³ *idem*, pp. 276-277.

²⁸⁴ « Il existe un risque d'effet de ciseau quand deux entreprises A et B sont telles que A et B sont concurrentes sur un marché de détail et que B dépend de A sur un marché intermédiaire. Il y a effet de ciseau tarifaire quand le tarif de détail de l'opérateur A (lame supérieure des ciseaux) est inférieur à la somme du tarif de gros pour la ressource intermédiaire (lame inférieure des ciseaux) et des coûts propres de l'opérateur B (cisaillés). Dans le cas des tests effectués dans les avis de l'ART [Autorité de Régulation des Télécommunications], un tarif de détail de France Télécom génère un effet de ciseau s'il conduit à une recette moyenne inférieure au coût moyen de fourniture d'une offre de détail équivalente par un autre opérateur jugé efficace ; celui-ci étant contraint de recourir au service d'interconnexion de France Télécom. Le terme d'effet de ciseau vient du fait que l'autre opérateur alternatif doit concurrencer un tarif de détail de France Télécom tout en s'approvisionnant auprès de celle-ci en un service intermédiaire, en l'occurrence, l'interconnexion. » : **ART** (Autorité de Régulation des Télécommunications), *Le dictionnaire des développeurs*, disponible sur : <http://dico.developpeurs.com/html/1184-Economie-effet-de-ciseau-tarifaire.php>

²⁸⁵ TUE, 29 mars 2012 Telefónica, SA et Telefónica de España, SA c. / Comm., aff. T-336-07, Rec., 2012, point 146.

dérivé ait un caractère prédateur »²⁸⁶. La connexion entre le marché de gros et le marché de détail ne faisant aucun doute. Par ailleurs, le Tribunal considère que « *la compression des marges est, en l'absence de toute justification objective, susceptible, en elle-même, de constituer un abus au sens de l'article 82 CE [devenu l'article 102 du TFUE]. La compression des marges résulte de l'écart entre les prix pour les prestations de gros et ceux pour les prestations de détail et non du niveau de ces prix en tant que tels. En particulier, cette compression peut résulter non seulement d'un prix anormalement bas sur le marché de détail, mais également d'un prix anormalement élevé sur le marché de gros* »²⁸⁷.

Le Tribunal a vérifié la répercussion du prix de gros exercé sur le marché de détail. S'il s'avérait que l'entreprise en position dominante sur le marché de gros, avait déjà compensé le prix bas qu'elle pratiquait sur le marché de détails, de sorte qu'elle puisse fournir ses prestations à perte sur ce dernier marché, sa pratique tarifaire devrait être condamnée. L'analyse appréciant la licéité de la pratique touchant aux deux marchés, est donc inévitable, pour le Tribunal : « *afin d'apprécier la licéité de la politique de prix appliquée par une entreprise dominante, il convient, en principe, de se référer à des critères de prix fondés sur les coûts encourus par l'entreprise dominante elle-même et sur la stratégie de celle-ci* »²⁸⁸. « *En particulier, s'agissant d'une pratique tarifaire aboutissant à la compression des marges, l'utilisation de tels critères d'analyse permet de vérifier si cette entreprise aurait été suffisamment efficace pour proposer ses prestations de détail aux clients finals autrement qu'à perte, si elle avait été préalablement obligée d'acquitter ses propres prix de gros pour les prestations intermédiaires* »²⁸⁹.

Ainsi, la définition du marché ne permet-elle pas seulement de déterminer si une entreprise est en position dominante, elle permet également d'apprécier la licéité de ses comportements pratiqués sur ce marché et de faire le lien avec d'autres marchés. La somme de ces paramètres déterminera si la position dominante constatée sur un marché, n'a pas permis un abus à l'encontre d'un autre marché.

En outre, la corrélation entre marchés causée par l'abus de position dominante, rend la possibilité de trancher un litige relatif à un abus de position dominante par un arbitre, plus probable. Dans l'affaire évoquée, l'abus de position dominante est commis par une entreprise

²⁸⁶ *idem*, point 186.

²⁸⁷ *idem*, point 187.

²⁸⁸ *idem*, point 190.

²⁸⁹ *idem*, point 191.

qui entretient une relation contractuelle avec l'entreprise victime de l'abus. Par conséquent, si ces entreprises insèrent une clause compromissoire rédigée en des termes assez larges, dans le contrat qui les unit, la compétence de l'arbitre pour traiter un tel litige, ne ferait aucun doute.

Dans un contexte arbitral en définitive, l'abus de position dominante est rarement invoqué, voire examiné, car l'existence d'une relation contractuelle dans le cadre d'un abus de position dominante n'est pas évidente. La plupart du temps, c'est la responsabilité délictuelle qui fonde l'invocation d'un abus de position dominante allégué, ce qui exclut a priori une procédure d'arbitrage fondé exclusivement sur un abus de position dominante. D'un point de vue pratique, l'abus de position dominante est invoqué en parallèle avec la disposition portant sur les ententes illicites prévues au niveau européen par l'article 101 du TFUE²⁹⁰.

Bien que la compétence de l'arbitre pour trancher un litige impliquant un abus de position dominante soit difficile concrètement, il n'est pas impossible de le voir amené à statuer sur cette question. Cette simple possibilité requiert la connaissance des conditions nécessaires à l'application de cette disposition.

§II- Les conditions à réunir pour retenir l'abus de position dominante

Il convient de commencer par faire l'affirmation suivante : les comportements prohibés *per se* ont été progressivement négligés par les autorités de la concurrence. La focalisation s'est faite sur les effets de ces comportements sur le marché. Si ces comportements ont un effet anticoncurrentiel sur le marché, ils seront sanctionnés et combattus, sinon c'est la théorie économique qui prendra le dessus. Qui plus est, s'il s'avère que la pratique anticoncurrentielle est bénéfique économiquement, notamment pour le consommateur final, la pratique pourrait être tolérée et non sanctionnée. Ce changement du traitement des comportements anticoncurrentiels s'est installé par étapes. Certains comportements ont d'abord été considérés

²⁹⁰ "Article 82 EC Treaty [102 du TFUE] is however, rarely asserted in the context of arbitration proceedings. This may be due in part to the fact that 'an abuse of dominance case does not usually arise in relation to an already existing contractual relationship between the alleged perpetrator and the claimant. Occasionally, an abuse of dominant position within the meaning of Article 82 EC [102 DU TFUE] is asserted along with Article 81 EC [102 du TFUE].": TRITTMANN (R.) et KASOLOWSKY (B.), « EU Competition Law Arguments in International Arbitration: Practical Steps and Strategic Considerations », in *EU and US antitrust arbitration: A Handbook for practitioners*, edited by Gordon Blanke & Phillip Landolt, volume 1, Kluwer Law international, Great Britain, 2011, p. 182.

comme anticoncurrentiels par nature²⁹¹, « *tel était le cas par exemple des ententes de prix ou de boycott ou des remises de fidélité ou de couplage [...]* »²⁹². Puis, les autorités chargées de veiller au respect du droit de la concurrence ont décidé d'agir au cas par cas et d'analyser les agissements en fonction de leurs effets²⁹³.

Pour qu'un abus de position dominante soit commis, il faut la réunion de deux conditions : tout d'abord, l'entreprise doit occuper une position dominante (A), ensuite, il faut qu'un abus dû à ladite position dominante soit constaté (B).

A/ L'occupation de l'entreprise d'une position dominante sur le marché

Pour soutenir qu'une entreprise donnée est en position dominante, il y a certains facteurs déterminants qui permettent d'affirmer ou d'infirmer l'existence d'une position dominante. C'est ainsi que la part de marché détenue par l'entreprise constitue un indice essentiel bien qu'insuffisant,²⁹⁴ il est peut-être le plus important dans le processus de détermination. Il a été jugé que « *L'existence d'une position dominante peut résulter de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants. Parmi ces facteurs, l'existence de parts de marché d'une grande ampleur est toutefois hautement significative et il y a lieu de considérer que des parts de marché extrêmement importantes constituent en elles-mêmes, sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante* »²⁹⁵. D'ores et déjà, la Commission considère que détenir une part de marché de plus de 50 % et ce, pendant plusieurs années, est suffisant pour avérer l'existence d'une position dominante²⁹⁶. En revanche, elle précise que si la part de marché ne représente pas plus de 40 %, le risque de l'existence d'une position dominante, n'est pas élevé²⁹⁷.

Si l'entreprise s'empare de tout le marché de fait ou de droit, les autorités européennes constatent un monopole. Si celui-ci est de droit, tel est le cas lorsque l'entreprise détient un monopole légal, cette situation la met en position dominante, au sens de l'article 102 du

²⁹¹ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruylan, Paris, 2015, p. 13.

²⁹² *idem*, p. 14.

²⁹³ *idem*.

²⁹⁴ CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG c. / Comm., aff. 85-76, *Rec.*, 1979 p. 461.

²⁹⁵ TPICE, 12 décembre 1991, aff. T-30/89, Hilti AG/ Commission, *Rec.*, 1991, p. II, 1439, point 90.

²⁹⁶ CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG c. / Comm., aff. 85-76, *Rec.*, 1979 p. 461.

²⁹⁷ Communication de la Commission, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE (102 du TFUE) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *Journal officiel*, (2009/C 45/02), 24 février 2009.

TFUE²⁹⁸. S'agissant du monopole de fait, c'est le cas lorsque l'entreprise détient une part de marché de 100 %²⁹⁹ ou si elle est la seule sur un marché donné, à agir ou à proposer tel produit ou tel service³⁰⁰.

La position des concurrents sur le marché constitue également un indice de la position dominante. En d'autres termes, la détermination de la position dominante dépend de la position des concurrents de l'entreprise³⁰¹. Lorsque celle-ci détient une part de marché très importante par rapport à ses concurrents, il est fort possible que la position dominante soit retenue. Ainsi, l'entreprise qui détient 90 % de parts de marché, alors que son concurrent principal n'en détient que 5 ou 10 %, pourra être placée en position dominante³⁰².

Malgré la simplicité de la détermination d'un tel statut juridique dans certaines situations, dans d'autres il y a une vraie difficulté qui nécessitera que l'arbitre soit prudent et pointu. Il lui faudra consulter la jurisprudence étatique pour arriver à des conclusions incontestables. Témoigne de cette précision à avoir, la décision prise par la Commission européenne à l'égard de la situation suivante. En l'espèce, l'entreprise détenait une part de marché de 45 %, elle était donc considérée en position dominante. Une telle part de marché pouvait paraître, de prime abord, insuffisante pour qu'elle soit considérée en position dominante, mais en comparant cette part de marché à celles, moindres, détenues par ses concurrents, la position dominante n'a pu être que constatée³⁰³. En outre, d'autres facteurs corroborent l'existence de la position dominante, tels que la politique menée par l'entreprise en question. Dans une autre affaire, le fait de mener une politique agressive en vue de lancer une marque et de la diffuser a

²⁹⁸ La CJCE prononce que « *En l'espèce, en soumettant l'exploitation des centres de mise en place de semence à des autorisations et en prévoyant que chaque centre dessert une zone déterminée de façon exclusive, la législation nationale leur a accordé des droits exclusifs. En établissant ainsi, en faveur de ces entreprises, une juxtaposition de monopoles territorialement limités, mais couvrant, dans leur ensemble, tout le territoire d'un État membre, ces dispositions nationales créent une position dominante au sens de l'article 86 du traité sur une partie substantielle du marché commun.* » : CJCE, 5 octobre 1994, Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c. / Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne, aff. C- 323-93, *Rec.*, 1994, p. I- 5077, point 17. Voir également : **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruylan, Paris, 2015, p. 291.

²⁹⁹ TPICE, 22 novembre 2001, Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c. / Comm., aff. T- 139-98, *Rec.*, 2001, p. II-3413.

³⁰⁰ Décision Comm. CE n° 98-538 du 17 juin 1998, *Journal officiel*, n° L. 252 du 12/09/1998 pp. 47-66

³⁰¹ CJCE, 18 février 1971, Sirena c. / Eda, aff. 40-70, *Rec.*, 1971, p. 69.

³⁰² Décision Comm. CE n° 92-163 du 24 juillet 1991, *Journal officiel*, n° L. 072 du 18/03/1992 p. 1-68.

³⁰³ Le fait d'être le fournisseur exclusif ou quasi exclusif peut indiquer l'existence d'une position dominante : Décision Comm. CE n° 89-113 du 21 décembre 1988, Decca Navigator System, *Journal officiel*, n° L. 043 du 15/02/1989 pp. 27-48.

eu pour conséquence de conférer à cette entreprise une position dominante³⁰⁴.

Après la vérification de l'existence d'une position dominante vient une autre condition qui caractérise le comportement de l'entreprise en position dominante. Il s'agit de l'exploitation abusive de la position dominante.

B/ La constatation d'un abus

Théoriquement, il faut bien comprendre que l'article 102 du TFUE prohibe l'abus de position dominante et non la position dominante elle-même. Dans les faits, cette conception n'est pas tenable, car par essence, la position dominante influence le marché et c'est justement cela qui nécessite un contrôle. Selon la conception économique, ce qui compte c'est le pouvoir du marché de l'entreprise en position dominante et l'abus qui sert d'indice pour constater la position dominante. En d'autres termes, c'est la taille de l'entreprise et la structure du marché qui déterminent si le comportement est abusif ou non, ce qui enlève à ce contrôle « *tout caractère normatif* »³⁰⁵. Le même comportement peut être jugé abusif parce qu'il est l'œuvre d'une entreprise en position dominante et non abusif parce qu'il l'œuvre d'une entreprise qui n'est pas en position dominante. Lors d'une affaire, la Cour de justice a jugé que « *le problème, évoqué par les requérantes, du lien de causalité qui, à leur avis, devrait exister entre la position dominante et son exploitation abusive, ne revêt pas d'intérêt, le renforcement de la position détenue par l'entreprise pouvant être abusif et interdit par l'article 86 du traité [102 TFUE], quels que soient les moyens ou procédés utilisés à cet effet, dès lors qu'il aurait les effets ci-dessus décrits* »³⁰⁶. Ces effets se traduisent par le fait qu'il ne subsiste sur le marché que des entreprises dépendantes de l'entreprise dominante. Un auteur a résumé cette spécificité de l'abus de position dominante en disant que : « *pour être prohibée, il n'est pas nécessaire que l'entrave à la concurrence soit créée directement ou uniquement par le comportement abusif. Dès lors qu'il y a atteinte à une structure de concurrence effective, l'abus est constitué, quels que soient les moyens employés à cet effet et indépendamment de l'existence d'un quelconque lien de causalité entre la position dominante et l'abus* »³⁰⁷.

³⁰⁴ Décision Comm. CE n° 76-353 du 17 décembre 1975, *Journal officiel*, n° L. 095 du 09/04/1976 pp. 1-20.

³⁰⁵ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen*, Tome 1, LawLex/Bruylan, Paris, 2018, p. 314.

³⁰⁶ CJCE, 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. / Commission des Communautés européennes, aff. 6-72, *Rec.*, 1973, p. 215, point 27.

³⁰⁷ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruylan, Paris, 2015, p. 320.

En revanche, l'exigence selon laquelle le comportement de l'entreprise en position dominante, doit faire l'objet d'un contrôle, pour savoir s'il constitue un abus, ouvre la porte à l'introduction de critères de régulation. C'est finalement une position favorable à de tels critères qu'adopte la jurisprudence, dans la mesure où le caractère abusif des comportements examinés se détermine en fonction des effets constatés sur le marché pertinent³⁰⁸. En effet, les juges étant conscients de la difficulté de déterminer la frontière entre les deux statuts (statut de position dominante, statut d'abus de position dominante), ils ne condamnent pas systématiquement tout comportement de l'entreprise en position dominante. Cette tendance s'explique par la sécurité juridique. En effet, « *pour assurer un minimum de sécurité juridique, les autorités de contrôle ont formalisé la théorie économique, soit en posant des présomptions, soit en énonçant des conditions* »³⁰⁹. Par conséquent, pour condamner l'entreprise dominante, son comportement doit « *maintenir ou renforcer* »³¹⁰ sa position ou « *être anormal, c'est-à-dire dépasser la protection nécessaire des intérêts légitimes de l'entreprise en cause* »³¹¹. Par conséquent, le juge vérifie que le comportement de la société est proportionnel à la défense de ses intérêts et ici encore, l'appréciation économique se trouve au cœur du processus³¹².

Ceci étant, il est à constater que par l'introduction d'un critère tel que l'anormalité du comportement, les autorités de la concurrence ne se livrent pas à une conception purement économique. Cela veut dire que le comportement de l'entreprise garde une certaine place lors de l'appréciation de sa conformité au droit de la concurrence³¹³.

C'est ainsi que si l'entreprise en position dominante prend des mesures qui ne correspondent pas à ses intérêts commerciaux, celles-ci, même si elles ne relèvent pas d'un caractère abusif, peuvent être considérées un abus de position dominante, au seul fait qu'elles ne visent pas la protection d'intérêts légitimes³¹⁴. Tel est le cas lorsqu'une entreprise exerce des mesures de représailles à l'encontre d'un client en passe d'adhérer à un concurrent potentiel³¹⁵ ou encore, lorsque l'entreprise impose à son client des obligations contractuelles de nature à faire de lui

³⁰⁸ *idem*, p. 271.

³⁰⁹ *idem*, p. 17.

³¹⁰ *idem*, p. 16. Voir également : CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG c. / Comm., aff. 85-76, *Rec.*, 1979 p. 461.

³¹¹ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruyland, Paris, 2015, p. 17.

³¹² *idem*, p. 272.

³¹³ *idem*, p. 17.

³¹⁴ *idem*, p. 325.

³¹⁵ Décision Comm., CE n° 87-500 du 29 juillet 1987, *Journal officiel*, n° L. 286 du 09/10/1987 pp. 36-43.

un contractant lié à cette entreprise³¹⁶.

Pareillement, l'abus de position dominante serait constaté dans le cas où la structure de la concurrence est visée, dans la mesure où cet abus conduit à éliminer du marché des opérateurs économiques. Tel est le cas si l'entreprise en position dominante impose des mesures ayant pour objet de limiter la production ou le développement ou même la poursuite d'une activité. Elle commet un abus de position dominante et la Commission européenne a eu l'occasion de condamner ces pratiques. Dans une affaire, la Commission avait constaté qu'une entreprise en position dominante (Hugin AB), avait imposé le refus de vente de pièces de rechange en dehors de son réseau de distribution. Cette mesure avait empêché des sociétés d'entreprendre, notamment une dont le travail dépendait totalement de ces pièces de rechange. Cette dernière a dénoncé la pratique auprès de la Commission qui a considéré qu'il y avait violation de l'article 86 du Traité instituant la Communauté économique européenne (devenu l'article 102 du TFUE). La Commission a déclaré à l'égard de la société Hugin AB que « *sa politique consistant à refuser de permettre que des pièces détachées soient livrées à des sociétés indépendantes, telles que Liptons, subsisterait et affecterait le commerce entre États membres. Hugin AB empêche ainsi Liptons de poursuivre son activité d'entretien, de réparation, de location et de remise en état de caisses enregistreuses Hugin. Liptons a été empêché de poursuivre l'expansion de ses affaires dans une partie substantielle du marché commun et se trouve dans l'impossibilité de se procurer des pièces de rechange dans d'autres États membres.*

*En raison de la part importante détenue par Hugin AB sur l'ensemble du marché des caisses enregistreuses, le système de distribution pratiqué par Hugin AB, en vertu duquel seuls les distributeurs sont approvisionnés en pièces de rechange, et l'interdiction faite à ces distributeurs de revendre des pièces de rechange en dehors du réseau Hugin empêchent l'exploitation d'entreprises de service indépendantes dans le marché commun et ont un effet sensible sur la structure de la concurrence à l'intérieur du marché commun »*³¹⁷.

Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que l'effet anticoncurrentiel soit concret. Il suffit qu'il soit potentiel et qu'il conduise à empêcher une concurrence efficace. La simple possibilité qu'il n'y ait pas d'entreprises capables de capter la clientèle est considérée comme suffisante pour

³¹⁶ CJCE, 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Continentaal BV, c. / Comm., aff. 27-76, Rec., 1978, p. 207.

³¹⁷ Décision Comm. CE n° 78-68 du 8 décembre 1977, Hugin c. / Liptons, *Journal officiel*, n° L. 022, 27 janvier 1978, pp. 23-35.

que l'abus de position dominante soit retenu³¹⁸. La CJUE a effectivement tranché en ce sens : *« il n'est donc pas nécessaire de procéder à une analyse des effets concrets des rabais sur la concurrence étant donné que, aux fins de l'établissement d'une violation de l'article 102 TFUE, il suffit de démontrer que le comportement en cause est susceptible d'avoir un tel effet »*³¹⁹.

En résumé, pour constater un abus de position dominante, il faut que les conditions nécessaires à son existence soient réunies. Les circonstances de chaque affaire et le statut du marché en cause jouent un rôle dans l'appréciation de l'illicéité du comportement examiné. Le fait de constater à tort un abus de position dominante affecte la libre concurrence. Autrement dit, l'arbitre prendra soin de bien cerner les circonstances de l'affaire, avant de constater un abus de position dominante. Si tel n'était pas le cas, *« il pourrait être soutenu qu'une sentence constatant une position dominante et un abus de position dominante, lorsqu'ils n'existent pas, viole donc l'ordre public parce qu'elle restreint la liberté commerciale normale de l'entreprise en question, facilitant ainsi une augmentation des prix sur le marché »*³²⁰.

Etant donné ce qui précède, la prochaine étape est reconnaître les formes d'abus de position dominante que l'arbitre est susceptible de rencontrer.

SECTION 2 - LES FORMES D'ABUS DE POSITION DOMINANTE QUE L'ARBITRE EST SUSCEPTIBLE DE RENCONTRER

Il faut distinguer l'abus de position dominante d'un autre abus dit l'abus de dépendance économique. En effet, bien qu'il y ait une sorte de filiation entre la théorie de l'abus de position dominante et l'abus de dépendance économique, chaque statut garde sa spécificité. Parfois, l'une vient combler l'inefficacité de l'autre ; d'autres fois, les deux sont susceptibles de régir le même cas de figure. Ainsi, des installations essentielles peuvent-elles être la matérialisation d'un abus de position dominante si l'entreprise les détenant, empêche les autres concurrents d'y accéder, alors qu'elles constituent pour eux, une phase incontournable

³¹⁸ En ce sens : **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruylant, Paris, 2015, p. 321.

³¹⁹ CJUE, 19 avril 2012, Tomra Systems ASA, c. / Comm., aff. C- 549-10 P, Rec., 2012, point 69.

³²⁰ **DOLMANS (M.) et GRIERSON (J.)**, « L'arbitrage et la modernisation du droit communautaire de la concurrence : nouvelles opportunités et nouvelles responsabilités » : *Bull. CCI*, vol. 14, n° 2, 2003, p. 53.

pour pénétrer le marché sur lequel agit l'entreprise dominante. Par là même, les concurrents se trouvent exclus du marché et l'abus est un abus d'exclusion³²¹. Lorsque le droit européen de la concurrence régit les faits litigieux, la qualification en abus de position dominante est la seule solution possible, car le droit européen de la concurrence ne consacre pas l'abus de dépendance économique³²². En revanche, si le droit français de la concurrence est compétent, la même situation peut appeler concomitamment la qualification en abus de position dominante et en abus de dépendance économique. Ainsi, le refus d'accès à une infrastructure détenue par un acteur monopolistique sur le marché, peut-il, à la fois constituer, un abus de position dominante et un abus de dépendance économique, si le passage par cette infrastructure est indispensable pour les concurrents potentiels. L'exploitant abuse également de sa puissance économique, lorsqu'il fixe un prix injustifié ou discriminatoire à ces derniers³²³.

S'agissant de la différence principale entre les deux notions, elle réside dans le pouvoir du marché. Pour que la dépendance économique soit établie, il ne faut pas que l'entreprise qui abuse soit en situation de position dominante sur le marché. Il faut simplement qu'un état de dépendance économique entre les contractants, l'un étant dépendant de l'autre, soit établi³²⁴. En résumé, « *l'abus de dépendance économique permet de sanctionner des entreprises qui, sans contrôler une part de marché prédominante pour un produit particulier, disposent néanmoins d'un pouvoir économique considérable, une puissance d'achat, dont elles peuvent être tentées d'abuser* »³²⁵.

L'abus de position dominante prend plusieurs formes et pour cette raison que les textes légaux qui prohibent cette pratique, prononcent une interdiction générale et se contentent de citer quelques exemples sur cette interdiction. Une telle technique donne aux autorités chargées de mettre en œuvre le droit de la concurrence, une certaine souplesse dans la qualification des pratiques non mentionnées comme des exemples. A partir de ce constat, l'arbitre est tenu d'accompagner le développement de la jurisprudence en la matière, pour qu'il soit au courant

³²¹ TPICE, 15 septembre 1998, *European Night Services (Ltd) c. / Comm.*, aff. T-374-94, *Rec.*, 1998, p. II-3141.

³²² **WISE (M.)**, « Droit et politique de la concurrence dans l'Union européenne », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, Editions de l'OCDE, 2007, vol. 9, p. 44.

³²³ CA Paris, 9 septembre 1997, *BOCCRF*, 7 octobre, 1997, 57^{ème} année, n° 17.

³²⁴ **DE BOUARD (F.)**, *La dépendance économique née d'un contrat*, Tome 13, LGDJ, Paris, 2007, p. 288

³²⁵ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruyland, Paris, 2015, p. 1478.

des orientations poursuivies par les tribunaux qui appliquent le droit de la concurrence en général, et l'abus de position dominante, en particulier. Des pratiques précédemment interdites, ayant prouvé leur efficience et leur bénéfice économiques, se sont déjà vues finalement autorisées par les autorités de concurrence.

Le droit de la concurrence est un domaine en constante évolution, ce qui oblige l'arbitre à toujours vérifier qu'il est au fait des jurisprudences, pour pouvoir se prononcer. Néanmoins, il bénéficie d'une base tangible de connaissances et de textes lui permettant de statuer sur certaines pratiques illicites. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est intéressant d'aborder quelques-unes de ces pratiques interdites par le droit de la concurrence. En réalité, l'arbitre se trouver amené à statuer sur un comportement susceptible de constituer un abus de position dominante qui intervient dans un contexte contractuel. M. Goldman soutient que « *l'abus de position dominante peut [...] se traduire par des contrats (comme par exemple, la pratique de prix discriminatoire), mais aussi par des délits civils (comme le refus de vente, ou le boycott) ou encore par une culpa in contrahendo (comme l'imposition de contrats couplés) ; il n'existe aucune raison de refuser compétence aux arbitres sur ces délits (si, bien entendu, cette compétence peut être déduite de la convention d'arbitrage [...])* »³²⁶.

Il est envisageable que l'arbitre rencontre cinq formes d'abus de position dominante : la vente liée (I), l'octroi du tarif préférentiel (II) l'exercice de conditions commerciales discriminatoires (III), la position dominante collective (IV) et le refus de vente (V).

§I- La vente liée

La vente liée³²⁷ est une pratique prohibée par le droit de la concurrence lorsque l'entreprise concernée est en position dominante. Elle permet à une entreprise détenant un pouvoir très important sur un marché, de s'imposer sur un autre, de sorte qu'elle profite de sa puissance économique sur son marché d'origine, pour exercer une influence sur un autre, pris comme cible par elle, dans le but d'y détenir aussi une position de premier plan. L'effet sur le consommateur d'une telle pratique, est secondaire dans le sens où le premier impact est supporté par les concurrents souhaitant investir dans le même secteur, car l'abus exercé par

³²⁶ **GOLDMAN (B.)**, « L'arbitrage international et droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 292.

³²⁷ « Vente liée : subordination de la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit. », **CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, Puf, 2015, p. 1065.

l'entreprise fait barrage³²⁸.

Dans un contexte où une entreprise occupe une position dominante, la vente liée peut être considérée comme une forme d'abus de position dominante. Dans ce cas de figure, il faut que le produit liant appartienne à un marché monopolistique et le produit lié à un marché concurrentiel³²⁹. Cette pratique entraîne un effet anticoncurrentiel consistant en un verrouillage du marché du produit lié. En effet, en pratiquant la vente liée, l'entreprise en position dominante sur le marché du produit liant oblige les concurrents à sortir du marché du produit lié. Ce faisant, elle se trouve en mesure « *de relever les prix au-dessus du niveau concurrentiel* »³³⁰.

Lorsqu'une entreprise en position dominante impose une vente liée de produits complémentaires, elle abuse de sa position³³¹. De même, elle abuse de sa position dans la mesure où elle exerce des tarifs préférentiels, si les autres entreprises acceptent de contracter sur d'autres services complémentaires³³².

Il est envisageable que l'arbitre tranche un litige portant sur une vente liée lorsque l'un des contractants accuse son cocontractant, l'entreprise en position dominante d'abuser de sa position dominante pour lui imposer d'acheter un autre produit ou service. Le fait qu'une clause compromissaire soit insérée dans leur contrat permet à l'arbitre de statuer sur cette question.

§II- L'octroi des tarifs préférentiels

S'agissant des tarifs préférentiels, et dans un sens plus large, du traitement préférentiel, cette pratique peut revêtir le caractère d'abus de position dominante. Certes, le traitement préférentiel peut être interprété comme abus de position dominante dans certains cas, car, à l'origine, c'est une pratique licite. Dans ce sens, les rabais faits par une entreprise en position

³²⁸ **PRIETO (C.)**, « Abus de position dominante » : *Revue des contrats*, 2005, n° 3, p. 705.

³²⁹ Décision Con. conc., 18 mars 2005, déc. n° 05-D-13, relative aux pratiques mises en œuvre par le Groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage : *Revue des contrats*, 2005, n° 3, p. 705, note Prieto (C.)

³³⁰ **DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE**, *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne, Antitrust et contrôle des opérations de concentration Commission européenne, op. cit.*, p. 51.

³³¹ TPICE, 12 décembre 1991, Hilti AG c. / Comm., aff. T-30-89, *Rec.*, 1991, II, p. 1439.

³³² Décision Comm. CE n° 2002-180 du 5 décembre 2001, De Post- La Poste, *Journal officiel*, n° L. 061 du 02/03/2002 pp. 32-53.

dominante, peuvent ne pas être condamnés. De telles pratiques ne représentent de caractère abusif que s'ils ont pour objet d'évincer les concurrents à travers la fidélisation de clients³³³.

En réalité, il y a deux sortes de rabais : un rabais de fidélité et un rabais quantitatif. Si le premier est condamnable car son but est d'inciter les clients à ne s'approvisionner qu'auprès d'un même fournisseur, le second est légitime, car il a pour objectif de récompenser les clients qui achètent de grandes quantités³³⁴. Autrement dit, *« les rabais de quantité sont exclusivement liés au volume d'achat, tandis que les remises de fidélité n'existent que pour empêcher l'approvisionnement auprès des concurrents »*³³⁵.

En conséquence, les rabais de fidélité d'exclusivité sont considérés comme un abus d'exclusion, car ils ont pour objectif de favoriser un client plutôt qu'un autre, en lui attribuant des avantages pour le récompenser de ne s'approvisionner qu'auprès de l'entreprise dominante³³⁶. L'effet restrictif de ce genre d'abus n'est pas à prouver, puisqu'il restreint la concurrence par nature³³⁷ : *« En octroyant des rabais d'exclusivité, l'entreprise dominante peut utiliser son pouvoir économique sur la part non disputable de la demande du client comme un levier pour s'approprier la part disputable et ainsi barrer au concurrent l'accès au marché »*³³⁸.

Il y a une troisième catégorie de rabais. Il s'agit des rabais qui ne sont pas octroyés en contrepartie d'un approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif, mais qui peuvent entraîner un *« effet fidélisant »*, ce qui les rend condamnables³³⁹. En règle générale, pour que le rabais soit légitime, il faut qu'il ait une contrepartie le justifiant économiquement, dès lors qu'il est l'œuvre d'une entreprise en position dominante³⁴⁰.

Par conséquent, comment l'arbitre peut-il être amené à se prononcer sur un tel cas de figure ?

³³³ **PRIETO (C.)**, « Entente et abus de position dominante » : *Revue des contrats*, 2005, n° 4, p. 1038.

³³⁴ *idem*.

³³⁵ *idem*.

³³⁶ Pour le Tribunal : *« De tels rabais d'exclusivité, appliqués par une entreprise en position dominante, sont incompatibles avec l'objectif d'une concurrence non faussée dans le marché commun parce qu'ils ne reposent pas – sauf circonstances exceptionnelles – sur une prestation économique justifiant cet avantage financier, mais tendent à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement et à barrer l'accès au marché aux autres producteurs »* : TUE, 12 juin 2014, Intel Corp. c. / Comm., aff. T-286-09, Rec., 2014, point 77.

³³⁷ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruylan, Paris, 2015, p. 314.

³³⁸ *idem*.

³³⁹ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen*, Tome 1, LawLex/Bruylan, Paris, 2018, p. 359.

³⁴⁰ **PRIETO (C.)**, « Entente et abus de position dominante », *op.cit.*

Il est difficile d'imaginer une entreprise reprocher à une autre en position dominante qu'elle lui accorde un tarif préférentiel. C'est plutôt à l'occasion d'une relation, à la fois contractuelle et concurrentielle que cette disposition peut être appliquée par un arbitre. L'abus de position dominante sous forme de tarif préférentiel est susceptible d'être invoqué par une entreprise concurrente de l'entreprise en position dominante qui parallèlement entretient avec elle des rapports contractuels. En effet, il n'est pas rare que deux entreprises se fassent concurrence d'un côté et que de l'autre, elles soient parties à un contrat qui intéresse ce marché ou un autre. Si l'entreprise qui n'est pas en position dominante reproche à celle qui l'est d'exercer des tarifs préférentiels à l'égard des clients disputables entre elles, l'intervention de l'arbitre peut se fonder sur la mise en œuvre de la clause compromissoire qui les unit.

§III- L'exercice de conditions commerciales discriminatoires

De façon générale, les conditions commerciales discriminatoires peuvent constituer un abus de position dominante : une société, se trouvant par exemple en position dominante sur une partie substantielle du marché commun, applique sur son territoire national, des redevances considérées comme sensiblement plus élevées que celles pratiquées dans les autres Etats membres³⁴¹. De même, le fait de réduire de façon substantielle la quantité de produits à livrer à un client dans une période de pénurie, alors que les autres clients ne subissent pas une telle réduction pourrait avoir cette qualification³⁴².

L'entreprise qui s'estime victime des conditions discriminatoires comparativement à d'autres entreprises concurrentes agissant sur le même marché, peut faire recours à l'arbitre et lui demander de déclarer l'illicéité de ces conditions qui lui causent un désavantage dans la concurrence. L'arbitre peut modifier ces conditions et les rendre compatibles avec le droit de la concurrence si le contrat lui reconnaît cette faculté.

§IV- Abus de position dominante collective

Il arrive que l'abus de position dominante soit commis par plusieurs entreprises et dans ce

³⁴¹ CJCE, 13 juillet 1989, Ministère public c. / Jean-Louis Tournier, aff. 395/87, *Rec.*, 1989, p. 2521

³⁴² Décision Comm. CE, n° 77-327 du 19 avril 1977, ABG/Entreprise pétrolière opérant aux Pays-Bas, *Journal officiel*, n° L. 117 du 09/05/1977 pp. 1-16.

cas-là, l'abus est de position dominante collective³⁴³, même si « *une situation d'une position dominante collective n'est pas en soi illicite* »³⁴⁴. Celle-ci peut se traduire par des « *liens commerciaux* »³⁴⁵, tel qu'un engagement d'approvisionnement exclusif³⁴⁶ ou des échanges systématiques de produits entre les entreprises concernées³⁴⁷. Elle peut aussi se traduire par des « *liens purement "économiques"* »³⁴⁸, tels qu'un accord de licence de brevet³⁵⁰.

De ce fait, comment l'existence d'une position dominante collective peut-elle être détectée ? « *[L]es facteurs de corrélation qui permettent aux opérateurs à la fois d'adopter une ligne d'action commune sur le marché et d'avoir une indépendance de comportement* »³⁵¹ peuvent y aider. En d'autres termes, lorsque le lien qui existe entre les entreprises, a pour résultat de permettre « *une même ligne d'action sur le marché* »³⁵², la position dominante est collectivement établie.

Il convient d'ajouter qu'une entente légitime ou exemptée peut être qualifiée de position dominante. Ainsi, la CJCE a-t-elle jugé qu'« *un accord, une décision ou une pratique concertée (bénéficiant ou non d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité*

³⁴³ La position dominante collective est celle qui surgit en raison d'une collusion entre plusieurs entreprises, de sorte qu'elles puissent agir sur le marché, en adoptant la même ligne d'action : CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo c. / NV Enregiebedrijf Ijsselmij*, aff. C-393-92, *Rec.*, 1994, p. I-1477.

³⁴⁴ **IDOT (L.)**, « L'inapplication d'une clause peut permettre d'éviter la qualification d'abus de position dominante » : *Revue des contrats*, 2006, n° 4, p. 1104.

³⁴⁵ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruyland, Paris, 2015, p. 300.

³⁴⁶ Décision Comm. CE n° 97-624 du 14 mai 1997, *Irish Sugar plc.*, *Journal Officiel*, L. 258, 22/09/1997, pp. 1-34.

³⁴⁷ Décision Comm. CE n° 89-93 du 7 décembre 1988, *Verre plat*, *Journal officiel*, n° L. 033 du 04/02/1989 pp. 44-73.

³⁴⁸ TPICE, 10 mars 1992, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA et PPG Vernante Pennitalia SpA c. / Comm.*, aff. jointes T-68/89, T-77/89 et T-78/89, *Rec.*, 1992, p. II-1403, point 358 : « *Le Tribunal considère qu'il n'y a aucune raison, juridique ou économique, de supposer que le terme "entreprise" figurant à l'article 86 ait une signification différente de celle qui lui est attribuée dans le contexte de l'article 85. On ne saurait exclure, par principe, que deux ou plusieurs entités économiques indépendantes soient, sur un marché spécifique, unies par de tels liens économiques que, de ce fait, elles détiennent ensemble une position dominante par rapport aux autres opérateurs sur le même marché. Tel pourrait, par exemple, être le cas si deux ou plusieurs entreprises indépendantes disposaient en commun, par voie d'accord ou de licence, d'une avance technologique leur fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et, finalement, des consommateurs* ».

³⁴⁹ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruyland, Paris, 2015, p. 300.

³⁵⁰ *idem*, p. 301.

³⁵¹ **IDOT (L.)**, « L'inapplication d'une clause peut permettre d'éviter la qualification d'abus de position dominante », *op. cit.*

³⁵² CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo c. / NV Enregiebedrijf Ijsselmij*, aff. C-393-92, *Rec.*, 1994, p. I-1477, point 42 : « *Une telle position dominante collective exige cependant que les entreprises du groupe en cause soient suffisamment liées entre elles pour adopter une même ligne d'action sur le marché.* ».

[101 TFUE]) *peut incontestablement, lorsqu'il est mis en oeuvre, avoir pour conséquence que les entreprises concernées se sont liées quant à leur comportement sur un marché déterminé de manière qu'elles se présentent sur ce marché comme une entité collective à l'égard de leurs concurrents, de leurs partenaires commerciaux et des consommateurs* »³⁵³.

Une telle situation peut se présenter à un arbitre international. Ainsi, dans une affaire³⁵⁴, l'abus de position dominante a été invoqué par une entreprise à l'encontre des autres entreprises parties à l'accord et ce, devant un tribunal arbitral international siégeant à Paris. En l'espèce, un accord de co-entreprise d'une durée de dix ans, avait été signé en 1985 par différentes entreprises, pour « *le développement, le marketing, et le soutien de logiciels destinés à la création d'un type d'interface ayant divers application dans le domaine bancaire* »³⁵⁵. L'une de ces entreprises (la demanderesse) soutient que le fait de retenir une certaine interprétation de ce contrat entraînait la violation des articles 85 et 86 du Traité CEE (devenus les articles 101 et 102 du TFUE). En l'occurrence, la demanderesse estime que si l'interprétation des dispositions de l'accord ne lui permet pas obtenir le code source du logiciel qui constitue le résultat de la recherche menée par les entreprises parties à l'accord, pour l'utiliser à ses propres fins, le contrat était anticoncurrentiel car la concurrence se trouve restreinte sur le marché commun. En particulier, la demanderesse a soutenu que l'abstention de ses cocontractants de lui permettre d'accéder au code, était un abus de position dominante de leur part.

Le tribunal a retenu une interprétation en partie favorable à l'entreprise demanderesse, dans la mesure où il a interprété l'une des dispositions du contrat comme permettant à cette entreprise d'avoir accès au code source, lorsque besoin était. Le tribunal a précisé que la demanderesse avait justifié sa demande par le fait qu'elle avait besoin de soutenir le système en cause. Ce faisant, le tribunal a exclu toute possibilité de modification, de distribution et de commercialisation du logiciel auprès des tiers.

Ayant interprété le contrat de ce sens, le tribunal a estimé que l'examen d'un abus de position dominante commis par les autres entreprises parties à l'accord devenait sans utilité. Si

³⁵³ CJCE, 16 mars 2000, Compagnie maritime belge transports (SA) c. / Comm., aff. C-395-96 P, *Rec.*, 2000, p. I-1365, point 44.

³⁵⁴ Sentence finale CCI, aff. n° 7181, 1992 : *Bull.CCI*, vol. 6, n° 1, 1995, pp. 55-56, (Droit applicable : droit belge).

³⁵⁵ *idem*, p. 55.

l'interprétation du contrat n'avait pas permis au tribunal d'éviter de statuer sur l'abus de position dominante, le tribunal aurait été amené à se prononcer sur la possibilité de l'existence d'un abus de position dominante collective.

§V- Le refus de vente

Lorsqu'une entreprise en position dominante oppose un refus de fourniture à un partenaire et que ce refus intéresse un produit ou un service indispensable pour exercer une concurrence efficace sur un marché en aval, ce refus est qualifié d'abus de position dominante. En effet, un tel refus va conduire à l'élimination de toute concurrence efficace sur un autre marché, sur le marché en aval³⁵⁶.

Lorsqu'il y a une clause compromissaire liant les parties, l'arbitre peut statuer sur ce litige et constater l'abus de position dominante qui a été commis. Certes, l'arbitre ne détient pas le pouvoir de prononcer des injonctions dont l'objectif est de mettre fin à l'infraction constatée, injonctions reconnues exclusivement aux autorités de concurrence³⁵⁷, mais il peut accorder des dommages-intérêts à l'entreprise lésée de façon à compenser le refus de vente conduisant à éliminer la concurrence sur le marché en aval³⁵⁸. La décision de l'arbitre peut servir d'indice pour l'entreprise en position dominante, de la nécessité de corriger son comportement avant qu'une décision ne tombe de l'autorité de concurrence compétente. La constatation de l'abus de position dominante traduite par le refus de vente peut et doit être interprétée par l'entreprise en position dominante, comme étant une quasi-injonction l'incitant à livrer les produits ou les prestations commandées. Une telle interprétation doit être retenue d'autant plus lorsque l'entreprise subissant le refus de vente, se réfère à l'arbitre tout de suite après avoir eu connaissance de la décision de l'entreprise en position dominante. Si l'arbitre agit rapidement par le biais d'une sentence partielle constatant un abus de position dominante, il incombe à l'entreprise en position dominante d'agir en conséquence. La décision de l'arbitre

³⁵⁶ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen*, Tome 1, LawLex/Bruyland, Paris, 2018, p. 362.

³⁵⁷ Selon un auteur « *on ne saurait admettre qu'un arbitre puisse revendiquer des pouvoirs analogues à ceux institués par les législations sur la concurrence, dans la mesure où leur exercice relève de prérogatives de commandement réservées à la compétence exclusive des autorités administratives de concurrence. De telles prérogatives s'éloignent, per se, mais aussi par leur caractère préventif, de la fonction juridictionnelle pour se rapprocher des mesures de police administrative.* » : **ABDELGAWAD (W.)**, *Arbitrage et droit de la concurrence : contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, Thèse, LGDJ, Paris, 2001, p. 273.

³⁵⁸ « *L'arbitre peut certainement constater (ou refuser de constater) la nullité d'une entente et accorder des dommages-intérêts en réparation du préjudice que l'application de l'entente, de pratiques concertées ou un abus de position dominante auront causé.* » : **GOLDMAN (B.)**, « L'arbitrage international et droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 296.

peut également inciter les deux parties à entrer en négociations et à renouveler leur contrat de façon à ce que la concurrence reste efficace sur le marché en aval. Les parties peuvent charger l'arbitre de déterminer les dispositions contractuelles du nouveau contrat.

L'une des raisons incitant l'arbitre à prêter une attention particulière à la question d'abus de position dominante en général et au refus de vente en particulier est que cette pratique est capable de porter atteinte à plusieurs marchés intérieurs. Ainsi, dans un litige opposant une entreprise américaine, détenant une position dominante dans le marché commun européen quant à des avant-produits nécessaires à la fabrication d'un médicament, vis-à-vis d'une société concurrente italienne, la Cour de justice a reconnu le caractère abusif du refus de vente opposé par la société américaine. La Cour a retenu cette qualification malgré le fait que le concurrent italien faisait concurrence à l'entreprise américaine, en proposant le médicament fabriqué à base des avant-produits, dans des Etats tiers. La Cour a déclaré que « *lorsque le détenteur d'une position dominante établi dans le Marché commun tend par l'exploitation abusive de celle-ci à éliminer un concurrent également établi dans le Marché commun, il est indifférent de savoir si ce comportement concerne les activités exportatrices de celui-ci ou ses activités dans le Marché commun, dès lors qu'il est constant que cette élimination aura des répercussions sur la structure de la concurrence dans le Marché commun* »³⁵⁹.

Si un tel litige est apporté devant un arbitre international, il ne doit pas hésiter à prendre une position analogue de celle prise par la Cour, parce qu'il aura deux justifications pour condamner une telle pratique. Il se réfère d'abord aux droits de la concurrence régissant les marchés des Etats tiers et il se réfère ensuite, au droit européen de la concurrence puisque les répercussions de cette pratique porte atteinte au marché commun.

Dans toutes les formes évoquées de l'abus de position dominante, l'accent a été mis sur l'aspect contractuel de cette pratique, ce qui veut dire qu'un arbitre peut être invité ou amené à se prononcer sur cette pratique anticoncurrentielle. Cela n'empêche pas l'arbitre de traiter l'abus de position dominante sous sa forme délictuelle dans certaines circonstances.

A présent, il convient de répondre à la question suivante : quelles sont les conséquences qui découlent de l'arbitrabilité des dispositions d'abus de position dominante ?

³⁵⁹ CJCE, 22 janvier 1974, aff. jointes 6 et 7/73 (Istituto Chemioterapico et Commercial Solventsc. / Comm., Rec., 1974, p. 223, point 33.

CHAPITRE II

LES CONSÉQUENCES DE L'ARBITRABILITÉ

DES DISPOSITIONS RELATIVES À L'ABUS DE POSITION DOMINANTE

Lorsque l'arbitre se déclare compétent pour statuer sur une revendication d'un abus de position dominante, il se trouve amené à faire référence aux institutions étatiques compétentes, en consultant leur jurisprudence ou en demandant des informations techniques aux autorités de concurrence (Section 1). Il se trouve également tenu de rendre une sentence fortifiée dans le sens où cette sentence doit constater l'abus de position dominante ou déclarer la nullité de la clause matérialisant cet abus et en tirer les conséquences, si les conditions nécessaires sont remplies. S'il décide d'exclure l'abus de position dominante à tort, sa sentence reste menacée par la voie pénale. Cela veut dire que l'arbitre doit se détacher de sa propension à valider les dispositions contractuelles (Section 2).

SECTION 1- LA RÉFÉRENCE AUX INSTITUTIONS ÉTATIQUES

Il a été vu que la jouissance d'une position dominante sur le marché permet à l'entreprise d'agir indépendamment des autres acteurs économiques du marché. Dès lors, les pouvoirs régulateurs d'origine publique ou privée, doivent assumer leurs responsabilités afin que le marché trouve son équilibre. L'arbitre fait partie de ces pouvoirs lorsqu'il se prononce sur une revendication dont l'objet est l'abus de position dominante. A ce titre, il est concerné par le processus d'examen de la validité d'une telle revendication. Il est aussi concerné lorsqu'il s'agit de découvrir l'existence de cette position, en l'absence de toute revendication, s'il en doute.

La nature de la matière d'abus de position dominante ne permet pas à l'arbitre de se satisfaire des éléments de litige et de la règle juridique applicable. Il peut être pertinent qu'il suive l'évolution jurisprudentielle traitant cette question, pour pouvoir prendre une position compatible avec la pratique étatique (I). De même, la nature de la matière peut inciter l'arbitre à demander des informations complémentaires extrinsèques au litige dont il est saisi, pour pouvoir prendre position (II).

§I- La nécessité de suivre le changement jurisprudentiel étatique

La position des autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence, n'apparaît pas stable. Elle pourrait évoluer en prenant en considération le fonctionnement du marché, capable d'inciter les autorités concernées, à adopter des politiques ad hoc pour faire face aux évolutions qui surviennent. Plutôt que de se transformer, les autorités préfèrent agir sur la base d'un postulat : « *Plus le pouvoir de l'entreprise dominante est important relativement au marché sur lequel elle se situe, plus son autonomie de comportement est réduite* »³⁶⁰. La théorie dans son ensemble, basée sur ce raisonnement, a pour objectif de restreindre l'autonomie de l'entreprise dominante. Si ladite entreprise ne trouve pas de contrepoint à son pouvoir économique, les conséquences néfastes à l'encontre de la concurrence, seront lourdes.

L'administration la plus concrètement impliquée dans la restriction d'autonomie, est la Commission européenne, car elle est la principale responsable de l'application du droit européen de la concurrence au niveau européen. L'évolution constante dans les positions prises vis-à-vis du droit de la concurrence, va de pair avec la règle de raison³⁶¹. En effet, la Commission européenne a suivi cette règle dans la matière d'abus de position dominante³⁶². Elle est favorable à son application, en raison de la politique particulièrement réaliste qu'elle implique. La Commission est consciente que les avantages accompagnant la présomption de comportements néfastes vis-à-vis du jeu de la concurrence, traduits principalement par la sécurité juridique, génèrent en même temps les faiblesses de la règle de raison. Pourtant, elle souligne les risques qui découlent de la dissuasion faites aux entreprises, d'adopter des comportements s'avérant bénéfiques pour la concurrence. C'est la raison pour laquelle, la

³⁶⁰ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruylant, Paris, 2015, p. 326.

³⁶¹ « Une règle de raison est celle qui permet d'apprécier de manière raisonnable un certain nombre de pratiques qui sont prohibées par un texte de loi. En l'espèce si l'on se réfère à l'article 102 du TFUE on peut considérer que cet article énonce un principe de prohibition s'agissant des abus de position dominante. De plus, au contraire de l'article 101 § 3 TFUE, l'article 102 du TFUE ne comporte pas de § 3, en d'autres mots, le Traité n'envisage pas de possibilité d'exempter ce genre de pratique. Or, et la pratique des tribunaux américains nous l'a démontré, c'est précisément lorsqu'un principe de prohibition absolue est érigé que la règle de raison trouve sa place, puisque grâce à celle-ci certaines pratiques pourront être "rachetées". Cette règle de raison se justifierait donc dans le cadre de l'article 102 du TFUE, ce qui n'est pas le cas dans le cadre de l'article 101 du TFUE. » : **HETSCH (S.)**, *Existe-t-il une règle de raison dans le domaine des abus de position dominante ?*, Mémoire sous la direction du Professeur Louis Vogel, Université Panthéon-Assas, 2011, p. 16-17.

³⁶² Communication de la Commission, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE (102 du TFUE) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *Journal officiel*, (2009/C 45/02), 24 février 2009.

Commission a prôné la règle de raison, en préférant une approche économique plutôt qu'une approche juridique³⁶³.

La conséquence de la règle de raison est la notion de l'efficacité économique. Cette notion occupe une place importante dans le droit de la concurrence. Son principe est l'économie des coûts qui permet la baisse des prix pour le consommateur³⁶⁴ qui ressentira l'effet de la pratique poursuivie par l'entreprise en position dominante. Si l'entreprise parvient à démontrer que sa pratique, perçue de prime abord comme un abus de position dominante, présente un gain d'efficacité économique, celle-ci se trouvera justifiée et ne devra pas être condamnée.

Pour ne prendre qu'un exemple significatif de l'évolution en la matière, il convient d'examiner une pratique qui constitue souvent un abus de position dominante : la vente liée. La sanction de la vente liée suppose la réunion de cinq conditions selon M. Vogel³⁶⁵. En premier lieu, il faut que les deux produits, le produit lié et le produit liant, appartiennent à deux marchés distincts. Chaque produit doit pouvoir être commercialisé indépendamment de l'autre, pour que la vente soit liée. Néanmoins, faire la distinction des marchés n'est pas toujours simple puisqu'en effet, le produit lié aujourd'hui dépendant totalement du produit liant, peut se trouver demain indépendant. Dans l'affaire Hilti par exemple, s'est posée la question de savoir si les pistolets chargeurs de clous et les clous, constituaient des marchés distincts. La réponse étant positive, la commercialisation du second avec le premier, constituait une vente liée³⁶⁶.

A l'inverse, il peut arriver que deux produits distincts ne constituent, avec le temps et la demande des consommateurs, qu'un seul produit³⁶⁷. C'est dans ce sens que la jurisprudence européenne s'est exprimée dans la mesure où le Tribunal de première instance a mis en évidence que « *le secteur des technologies de l'information et de la communication est un secteur en constante et rapide évolution, de sorte que des produits qui, au départ apparaissaient comme distincts peuvent ultérieurement être considéré comme n'en formant qu'un, aussi bien du point de vue technologique qu'au regard des règles de concurrence* »³⁶⁸.

³⁶³ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruyland, Paris, 2015, p. 16.

³⁶⁴ **PRIETO (C.)**, « Abus de position dominante » : *Revue des contrats*, n° 3, 2005, p. 705.

³⁶⁵ **VOGEL (J.)**, « Comment apprécier les ventes liées en matière de position dominante » : *Revue des droits de la concurrence*, n° 3, 2010, pp. 8-10.

³⁶⁶ TPICE, 12 déc. 1991, aff. T-30/89, Hilti AG/ Commission. *Rec.*, 1991, p. II, 1439.

³⁶⁷ *idem*, pp. 8-9.

³⁶⁸ TPICE, 17 septembre, 2007, aff. T-201/04, Microsoft c. / Comm., *Rec.*, 2007, II, p. 3601, point 912.

La deuxième condition porte sur le fait que « *les consommateurs ne peuvent pas pouvoir acquérir le produit liant sans le produit liée* »³⁶⁹. En d'autres termes, les clients désirant acheter chaque produit indépendamment l'un de l'autre, ne peuvent pas le faire.

La troisième condition concerne la position de l'entreprise. Celle-ci doit occuper une position dominante, en principe, sur le marché du produit liant, pour que cette vente soit condamnable.

Pour que la vente liée soit répréhensible, la quatrième condition porte sur le fait qu'elle doit avoir pour but de restreindre la concurrence.

Il est certain que « *le principal risque d'atteinte à la concurrence lié à la pratique de couplage tient à l'éviction des concurrents* »³⁷⁰. Cependant, dans le cas où une entreprise n'a aucun concurrent, il est difficile de la sanctionner. L'appréciation des effets anticoncurrentiels susceptibles de se révéler à la suite de la vente liée, passe par les critères utilisés pour caractériser la pratique d'éviction des entreprises en position dominante³⁷¹ : « *conditions régnant sur le marché en cause, positions des concurrents de l'entreprise dominante ; positions des clients ou des fournisseurs d'intrants ; portée du comportement abusif présumé ; preuve éventuelle d'une éviction réelle ; preuve directe d'une stratégie d'éviction. Mais elle prend aussi en compte, en matière de vente liée, des éléments spécifiques : caractère durable de la stratégie de vente liée ou groupée, la subordination technique qu'il est coûteux d'abandonner étant regardé avec d'autant plus de suspicion qu'elle réduit les possibilités de revente de composant individuel ; détention d'une position dominante pour plusieurs produits groupés car plus ils sont nombreux, plus la probabilité d'une éviction anticoncurrentielle est forte* »³⁷².

Enfin, l'absence d'une justification objective de la vente liée constitue la cinquième condition, particulièrement l'absence de l'efficacité économique.

Les conditions et les méthodes d'appréciation de la vente liée étant données, il convient de se pencher sur le point essentiel à ce stade du raisonnement, à savoir l'évolution de la matière.

La vente liée a traversé plusieurs phases de traitement par les systèmes juridiques. Dans un

³⁶⁹ **VOGEL (J.)**, « Comment apprécier les ventes liées en matière de position dominante », *op. cit.*, p. 8.

³⁷⁰ *idem*, p. 10.

³⁷¹ *idem*

³⁷² *idem*, pp. 10-11.

premier temps, la vente liée a été systématiquement condamnée par les autorités de la concurrence. Dans un deuxième temps, « *sous l'influence des économistes, un changement d'orientation marqué par une appréciation bienveillante en doctrine et en jurisprudence* »³⁷³ a été apporté. Dans un troisième temps, la règle de raison a commencé à diriger les débats. En vertu de cette règle, les effets réels ou potentiels de la vente liée, sont concrètement étudiés. Cette pratique est désormais susceptible d'être justifiée si elle a une explication objective et si elle conduit à l'efficacité économique³⁷⁴.

La jurisprudence américaine³⁷⁵ a connu cette évolution avant la jurisprudence européenne³⁷⁶ et la jurisprudence française³⁷⁷. En effet, la jurisprudence américaine a cessé de dénoncer la vente liée dès 1984. A cette époque, les jurisprudences européenne et française condamnaient cette pratique systématiquement, sans en vérifier les effets anticoncurrentiels. Ces dernières ont changé de perspective en 2004, ce qui est relativement récent³⁷⁸.

L'influence de la règle de raison sur le droit de la concurrence s'est donc développée. Par conséquent, l'arbitre ne peut pas rester à l'écart de l'évolution des positions étatiques, notamment de la jurisprudence étatique, qui se trouve souvent amenée à se prononcer sur des questions concurrentielles. L'arbitre est tenu de suivre les mutations pour que sa sentence ne soit pas déconnectée de la réalité, au risque d'être attaquant. Pour l'y aider, cette jurisprudence se conjugue avec les politiques tracées par les autres autorités de la concurrence. En effet, le juge peut demander un avis à l'autorité spécialisée pour tirer les conclusions qui s'imposent, en s'assurant de la portée réelle de la pratique qui lui est soumise. Ce faisant, il y a une cohérence entre les positions prises par le juge judiciaire et les autorités en question. En suivant la jurisprudence étatique, l'arbitre applique le droit de la concurrence de façon identique à celle pratiquée par les juridictions étatiques et l'efficacité de sa sentence est assurée.

A vrai dire, les défis qui attendent l'arbitre, ne s'arrêtent pas là. La nature du droit de la concurrence et le statut de l'arbitre exigent qu'il accepte de faire des concessions, étant donné la technicité de la matière dans laquelle il intervient, en vue de mener à bien sa mission.

³⁷³ *idem*, p. 7.

³⁷⁴ *idem*.

³⁷⁵ Jurisprudence citée par **VOGEL (J.)**, « Comment apprécier les ventes liées en matière de position dominante », *op. cit.*, p. 7.

³⁷⁶ TPICE, 12 décembre 1991, aff. T-30/89, Hilti AG c. /Comm., *Rec.*, 1991, p. II-1439.

³⁷⁷ Décision Cons. conc., n° 04-D-22, 21 juin 2004 : *BOCCRF*, n° 2004-09.

³⁷⁸ **VOGEL (J.)**, « Comment apprécier les ventes liées en matière de position dominante », *op. cit.*, p. 7.

L'arbitre doit rétrécir sa conception de son autonomie, pour obtenir des informations techniques indispensables à la résolution de litiges, impliquant une dimension concurrentielle.

§II- La technicité de la matière rend l'arbitre tributaire des informations extrinsèques et complémentaires

La détermination de l'existence d'une position dominante s'appuie principalement sur la part de marché détenue par l'entreprise, les parts détenues par ses concurrents, l'effectivité de la concurrence sur le marché et l'influence de l'abus potentiellement instaurée par l'entreprise dominante, sur les consommateurs. Ces informations ne seront disponibles qu'après avoir défini le marché sur lequel agit l'entreprise. Le caractère technique est le plus approprié pour décrire ce genre d'informations et l'arbitre n'est pas le mieux placé pour se prononcer, contrairement aux juridictions ou aux autorités étatiques qui profitent d'une facilité pour obtenir des informations précises. Néanmoins, un tel obstacle n'est pas de nature à empêcher l'arbitre d'agir, ces difficultés n'étant pas insurmontables.

L'arbitre a trois choix pour obtenir les informations techniques nécessaires à la résolution des litiges impliquant des pratiques anticoncurrentielles en général et un abus de position dominante en particulier. Soit il décide de se référer à l'autorité de concurrence compétente pour lui demander les informations dont il a besoin pour statuer sur le litige lorsqu'il est obligé de se baser sur des données factuelles, pour juger et rendre sa décision (A). Soit il utilise la jurisprudence antérieure, produite par les autorités administratives ou judiciaires compétentes s'il la juge suffisante (B). Soit il fait reporter la charge de la preuve à la partie invoquant la contrariété du comportement ou du contrat au droit de la concurrence, en lui demandant de démontrer la violation prétendue et les conditions préalables à cette violation (C).

A/ La référence à une autorité de concurrence

Certains pensent que « *l'appréciation des seuils de sensibilité, l'analyse de la notion de marché de référence, la détermination des parts de marché, supposent des capacités*

d'investigation et d'enquête dont est privé un tribunal arbitral »³⁷⁹. Or, la pratique arbitrale démontre que les arbitres n'ont aucun mal à se prononcer sur ces questions. Même dans l'hypothèse où le litige relatif au droit de la concurrence s'avère très complexe, l'arbitre doit trouver le moyen d'avoir les informations nécessaires à la résolution du litige.

Il est possible de promouvoir les solutions qui permettront à l'arbitre d'obtenir la coopération des autorités de la concurrence pour étayer ses connaissances et son aptitude à traiter les litiges, tout en conservant l'autonomie indispensable à sa fonction juridictionnelle.

La coopération entre l'arbitre et les autorités, qu'elles soient françaises ou européennes, chargées d'appliquer le droit de la concurrence, est indispensable pour qu'il puisse se positionner sur la question concurrentielle complexe. Paradoxalement, la coopération prévue à l'article 15 du règlement de 2003, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence, prévues aux articles 101 et 102 du TFUE, ne vise que les juridictions nationales, dégageant de la sorte la Commission d'une quelconque collaboration avec les arbitres³⁸⁰. Pourtant, rien ne s'oppose à ce qu'un arbitre international sollicite l'avis de la Commission, qu'il suivrait ou pas³⁸¹. D'un point de vue pratique, il serait souhaitable que l'arbitre ne demande un avis à la Commission que si ces informations ont un effet déterminant sur le litige.

Quant à l'application du droit français de la concurrence, il convient de dire que la possibilité

³⁷⁹ **HUARD (J.)**, *L'évolution du droit communautaire de la concurrence : Quelles perspectives pour l'arbitrage international ?*, Mémoire, Paris : Université Panthéon II- Assas, 1999-2000, p. 22.

³⁸⁰ Article 15 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 prévoit que : « 1. Dans les procédures d'application de l'article 81 ou 82 du traité, les juridictions des Etats membres peuvent demander à la Commission de leur communiquer des informations en sa possession ou un avis au sujet de questions relatives à l'application des règles communautaires de concurrence. 2. Les Etats membres transmettent à la Commission copie de tout jugement écrit rendu par des juridictions nationales statuant sur l'application de l'article 81 ou 82 du traité. Cette copie est transmise sans délai lorsque le jugement complet est notifié par écrit aux parties. 3. Les autorités de concurrence des Etats membres, agissant d'office, peuvent soumettre des observations écrites aux juridictions de leur Etat membre respectif au sujet de l'application de l'article 81 ou 82 du traité. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elles peuvent aussi présenter des observations orales. Lorsque l'application cohérente de l'article 81 ou 82 du traité l'exige, la Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des Etats membres. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elle peut aussi présenter des observations orales. Afin de leur permettre de préparer leurs observations, et à cette fin uniquement, les autorités de concurrence des Etats membres et la Commission peuvent solliciter la juridiction compétente de l'Etat membre afin qu'elle leur transmette ou leur fasse transmettre tout document nécessaire à l'appréciation de l'affaire. 4. Le présent article est sans préjudice des pouvoirs plus étendus que le droit national confère aux autorités de concurrence des Etats membres de présenter des observations aux juridictions. » : Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (101 et 102 TFUE), *Journal officiel*, n° L 001 du 04/01/2003 pp. 1-25.

³⁸¹ En ce sens : **ABDELGAWAD (W.)**, « L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE » : *Rev. arb.*, n° 2, 2004, pp. 266-267.

pour l'arbitre de saisir l'Autorité de la Concurrence, est ouverte « *pour éclairer sa qualification des faits ou actes litigieux de nature à constituer des pratiques anticoncurrentielles* »³⁸². Cette possibilité découle du fait que le terme « juridiction » figure sans précision dans l'article L. 462-3, al. 1 du Code de commerce selon lequel « *L'Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1 à L. 420-2-2 et L. 420-5 ainsi qu'aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Elle ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire. Toutefois, si elle dispose d'informations déjà recueillies au cours d'une procédure antérieure, elle peut émettre son avis sans avoir à mettre en œuvre la procédure prévue au présent texte* ».

Cette autorité constitue effectivement une partie du réseau européen de la concurrence et il est pertinent de s'y référer si le terme « juridiction » est interprété de façon souple. Cela signifie que peu importe si le droit de la concurrence français ou européen est concerné par le litige, l'arbitre consulte l'autorité s'il le juge opportun.

Malgré les difficultés, l'arbitre peut donc trouver les moyens d'obtenir les informations nécessaires à son travail, pour ne pas rester dans une impasse. Il faut rappeler une réalité incontournable : l'arbitre ne dispose pas de sa liberté habituelle en matière internationale, à partir du moment où il décide de consulter les autorités de la concurrence. Le simple fait de demander l'avis à ces autorités, constitue une exception à ses prérogatives reconnues et perçues comme assez larges dans la matière internationale.

Pour démontrer la technicité de la matière, il est à souligner que la notion du marché n'est pas la même, dans la mesure où il s'agit d'appliquer l'article 101 ou 102 du TFUE. L'arbitre doit tenir compte de la différence existant entre les deux matières. Ainsi, la Cour de justice s'est prononcée : « *Aux fins de préciser la portée de l'obligation de la Commission de définir le marché pertinent avant de constater une infraction aux règles communautaires de la concurrence, il convient de rappeler que la délimitation du marché ne joue pas le même rôle selon qu'il s'agit d'appliquer l'article 85 du traité ou l'article 86 du traité CE (devenu article 82 CE) [devenus les articles 101 et 102 du TFUE]. Dans le cadre de l'application de l'article 86 du traité, la définition adéquate du marché en cause est une condition nécessaire et*

³⁸² **MOITRY (J.-H.)**, « Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un droit public de la lex mercatoria. » : *Rev. arb.*, n° 1, 1989, p. 14.

préalable au jugement porté sur un comportement prétendument anticoncurrentiel, puisque, avant d'établir l'existence d'un abus de position dominante, il faut établir l'existence d'une position dominante sur un marché donné, ce qui suppose que ce marché ait été préalablement délimité. En revanche, dans le cadre de l'application de l'article 85 du traité, c'est pour déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée en litige est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun qu'il faut, le cas échéant, définir le marché en cause [...]. Par conséquent, l'obligation d'opérer une délimitation de marché dans une décision adoptée en application de l'article 85 du traité s'impose à la Commission lorsque, sans une telle délimitation, il n'est pas possible de déterminer si l'accord, la décision d'association d'entreprises ou la pratique concertée en cause est susceptible d'affecter le commerce entre États membres et a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun (...) »³⁸³.

Une telle subtilité prouve une nouvelle fois la technicité du droit de la concurrence et que la coopération entre l'arbitre et les institutions étatiques ne peut que s'avérer fructueuse. Cela prouve aussi la nécessité de se référer à la jurisprudence étatique. En fait, l'arbitre est en mesure de demander aux parties à l'arbitrage toutes les pièces qu'il juge utiles. Toutefois, dans certains cas, il est probable que l'arbitre aura besoin d'informations concernant la position des autres acteurs agissant sur le marché, pour qu'il ait une vue globale décrivant la concurrence sur ce marché. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il statue sur une revendication d'abus de position dominante. La solution adaptée réside dans le fait de s'adresser aux institutions étatiques, ce qui permet à l'arbitre d'obtenir les informations dont il a besoin. Au demeurant, le fait que les pouvoirs de l'arbitre soient limités par rapport à ceux dont est doté un juge ou une autorité agissant au nom des pouvoirs publics qui leur confèrent un avantage non négligeable, ne doit pas être écarté.

Ces arguments peuvent paraître utopiques de jure ou de facto. Rien n'oblige les institutions étatiques à coopérer avec les tribunaux arbitraux. Comme déjà indiqué, il n'y a pas de texte légal qui prévoit une telle possibilité de façon expresse. Il s'agit d'interprétations libres effectuées par la doctrine en ce qui concerne les autorités de concurrence. Quant aux

³⁸³ CJCE, 6 juillet 2000, Volkswagen c. / Comm., aff. T -62/98, Rec., p. 2707, point 230.

juridictions étatiques, il n'y a pas lieu de se prêter à des interprétations puisque la réponse est connue sur le plan européen. L'arbitre ne détient pas la possibilité de formuler une question préjudicielle auprès de la Cour de justice de l'Union européenne. En vertu de l'article 267 du TFUE³⁸⁴, les juridictions nationales des Etats membres de l'Union européenne peuvent adresser une question préjudicielle à la Cour de justice, mais l'arbitre est privé de ce mécanisme juridique. C'est la jurisprudence de l'arrêt *Vaassen – Gobbels*³⁸⁵ qui a permis à la Cour de se prononcer sur la définition de la juridiction au sens de l'article cité. A une autre occasion, la même Cour a jugé qu'un tribunal arbitral siégeant en Allemagne, ne pouvait pas la saisir pour une question préjudicielle³⁸⁶.

Il est indéniable qu'il y a des arguments et des raisons aptes à défendre la réticence de certains auteurs à reconnaître cette prérogative à l'arbitre. En effet, *« pour appliquer le droit communautaire, l'arbitre n'a pas la possibilité d'interpréter ses normes ni d'apprécier leur validité, car la Cour de Justice a reçu compétence exclusive pour cela. Et il ne peut, à la différence du juge national, saisir la Cour de Justice d'un renvoi préjudiciel, selon la procédure prévue par l'article 177 du Traité [Traité instituant la Communauté économique européenne, actuellement l'article 267 du TFUE] »*³⁸⁷. Il s'y ajoute un argument tiré des vertus de l'arbitrage. Le fait de permettre à l'arbitre d'adresser une question préjudicielle à la Cour de justice n'est pas compatible avec les mérites de l'arbitrage, traduits par la célérité et la confidentialité avec lesquelles les dossiers sont traités. Si l'arbitre est en capacité de poser une question préjudicielle, ces avantages seront sinon perdus, en tout cas atténués. Il a été soutenu que *« l'apparente réticence des auteurs à l'ouverture du recours préjudiciel aux arbitres s'explique par leur souci de sauvegarder les caractéristiques de la procédure*

³⁸⁴ A l'article 276 du TFUE : *« La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais. »*

³⁸⁵ CJCE, 30 juin 1966, *Veuve G. Vaassen-Göbbels c. / Direction du Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, aff. 61-65, *Rec.*, 1966, p. 377.

³⁸⁶ CJCE, 23 mars, 1982, *Entreprise Nordsee c. / Reederei Mond Hochseefischerei*, aff. 102/81, *Rec.*, 1982, p. 1095

³⁸⁷ **BOUT (R.)**, « Ententes et abus de domination devant l'arbitre » : *Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun*, Actes du colloque du 18 mars 1994, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994, p. 68.

arbitrale : autonomie face aux ordres étatiques (délocalisation) et rapidité »³⁸⁸.

En revanche, il est permis de soutenir que dès l'instant, qu'est reconnue l'arbitrabilité du litige, sont reconnues tacitement l'applicabilité des dispositions communautaires, l'assurance de leur application correcte et donc la possibilité pour l'arbitre de formuler une question préjudicielle à la Cour de justice. En outre, l'unification du droit communautaire et l'absence de contrariété dans l'application du droit de la concurrence en particulier, plaident également en faveur de l'octroi de cette faculté à l'arbitre³⁸⁹.

Selon toute logique, il serait opportun d'investir l'arbitre du pouvoir juridictionnel parfait, de sorte qu'il puisse exercer toutes les pouvoirs d'un tribunal étatique, lui permettant de rendre une sentence cohérente avec le droit européen, dont des questions d'ordre public peuvent faire l'objet d'une discussion. En outre, il est admis aujourd'hui que l'arbitrage est le mode le plus adapté aux règlements des litiges à coloration internationale et que ce mode est en passe d'être revêtu de tous les mérites dont sont investis les tribunaux étatiques, en plus des mérites qui lui sont propres. Ainsi, tout concorde pour que l'arbitre soit doté du pouvoir de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, sans affecter son pouvoir discrétionnaire. En effet, si l'arbitre estime que poursuivre les procédures devant la Cour de justice nuira à l'intérêt de l'une ou de toutes les parties, il peut décider de ne pas le faire et de ce fait, donner sa propre interprétation aux textes qui ont suscité des difficultés de compréhension ou présenté un manque de clarté. Dans une telle hypothèse, la validité de cette interprétation peut s'exercer au niveau du contrôle exercé sur la sentence arbitrale.

En revanche, si l'arbitre estime que la question mérite d'être posée à la Cour de justice et que le temps le permet sans nuire à l'une ou à toutes les parties, il pourrait poser la question et s'abstenir de se prononcer, jusqu'à réception de la réponse.

Malgré tout ce qui précède, il y a d'autres moyens permettant de poser la question préjudicielle à la Cour de justice. En effet, les juridictions nationales peuvent la saisir lors d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale, en invoquant une violation de l'ordre public communautaire. La Cour d'appel elle, qui statue sur le recours en annulation, « *aurait la faculté de saisir la Cour de justice d'un renvoi en interprétation de la disposition*

³⁸⁸ **HUARD (J.)**, *L'évolution du droit communautaire de la concurrence : Quelles perspectives pour l'arbitrage international ?*, op. cit., p. 33.

³⁸⁹ **HANOTIAU (B.)**, « L'arbitrage et le droit européen de la concurrence », in *L'arbitrage et le droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 53.

communautaire litigieuse »³⁹⁰.

L'abondance de la jurisprudence étatique en matière de concurrence peut inciter l'arbitre à décider qu'il n'y a nul besoin de consulter l'autorité de concurrence compétente et se cantonner à cette jurisprudence.

B/ La référence à la jurisprudence administrative et judiciaire

L'arbitre peut se montrer réticent à se référer à l'autorité de concurrence compétente pour lui demander son avis sur l'affaire dont il est saisi. Il se contente de se référer à la jurisprudence rendue par cette autorité et à la jurisprudence des juridictions qui exercent un contrôle sur les décisions de cette autorité.

Pour illustrer ce point, il convient d'examiner une affaire, dans laquelle l'arbitre s'est prononcé sur l'existence d'une entente illicite, conduisant à restreindre la concurrence. Il est évident que le fait d'être impliqué dans une entente contraire au droit de la concurrence, constitue une pratique anticoncurrentielle. Cette matière est distincte de celle de l'abus de position dominante, même si les deux matières ont pour point commun de constituer des pratiques anticoncurrentielles. Le but recherché, à travers cette affaire, est d'observer la façon dont les pouvoirs de l'arbitre sont revendiqués pleinement.

En l'espèce, un contrat de concession exclusive a été conclu entre un concédant français et un distributeur belge, jusqu'à ce que « *Suite à une série de fusions successives, les parties se sont retrouvées chacune dans des groupes dominants, voire concurrents, sur le marché de l'électromécanique. C'est dans ce contexte que le concédant français a décidé de résilier le contrat pour reprendre à son profit tout le service après-vente assuré par son distributeur belge. Celui-ci a contesté cette rupture en introduisant une requête d'arbitrage devant la CCI* »³⁹¹. Par la voie d'une sentence partielle, les arbitres ont reconnu leur compétence pour se prononcer sur le litige, portant sur un contrat dont la nullité était alléguée par l'une des parties. Les arbitres « *étaient appelés à résoudre un problème de résiliation du contrat à*

³⁹⁰ **BONASSIES (P.)**, « Arbitrage et droit communautaire » : *Mélanges en hommage à Jean Boulouis, « L'Europe et le droit »*, Dalloz, Paris, 1991, p. 28-29. Dans le même sens : **HANOTIAU (B.)**, « L'arbitrage et le droit européen de la concurrence », *op. cit.*, p. 53.

³⁹¹ **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, *op. cit.*, p. 109.

*l'occasion duquel une exception de nullité tirée du droit européen de la concurrence a été soulevée »*³⁹². Ils ont décidé que la Commission européenne n'avait pas à être consultée et cela s'est expliqué par le fait que les arbitres ne sont pas des organes chargés de l'application du droit de la concurrence, à l'instar des « *organismes public ou supra nationaux chargés de l'application autoritaire des règles de la concurrence* »³⁹³. Le tribunal, après avoir rappelé que le droit européen de la concurrence était d'application directe, a indiqué la manière dont il allait procéder : « *Le tribunal arbitral se considère donc lié par le droit européen de la concurrence et tenu d'en faire application pour la solution des questions préalables qui se posent dans la présente affaire. À cette fin et pour garantir l'uniformité d'application et la sécurité juridique qui en découle, le tribunal arbitral tiendra naturellement compte de la manière dont les règles communautaires sont interprétées et appliquées par les institutions communautaires, notamment par la Commission, la Cour de justice ...* »³⁹⁴.

Par l'acte de mission, les parties au préalable, avaient conféré aux arbitres, le pouvoir de se prononcer sur les questions de droit européen de la concurrence, car l'une des parties avait soutenu que leur contrat était condamné par l'article 85 § 1 du Traité de Rome (101 § 1 du TFUE), tandis que l'autre partie soutenait le contraire. De plus, les parties « *se sont opposées [...] sur l'opportunité de solliciter l'avis de la Commission sur les questions posées dans l'espèce* »³⁹⁵.

Le tribunal arbitral a reconnu que l'application du droit communautaire de la concurrence, s'il se trouvait à s'appliquer, serait à la manière des institutions européennes, notamment la Commission et la Cour de justice. Cela montre à quel point la matière concurrentielle est sensible et qu'elle n'accepte pas plusieurs interprétations. Sa mise en œuvre requiert une application cohérente de ses règles, indépendamment du statut juridique des intervenants amenés à appliquer ces règles.

Le tribunal arbitral a également marqué son autonomie vis-à-vis de la Commission européenne, lorsqu'il a décidé que demander son avis n'était pas opportun, pour résoudre le

³⁹² *idem*, p. 110.

³⁹³ Sentence arbitrale partielle CCI, aff. n° 7146, 1992 (lieu de l'arbitrage : Bruxelles – droit applicable : droit belge), inédite, cité par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Litec, Paris, 2002, p. 110.

³⁹⁴ Sentence arbitrale partielle CCI, aff. n° 7146, 1992 (lieu de l'arbitrage : Bruxelles – droit applicable : droit belge), inédite, citée par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Litec, Paris, 2002, pp. 110-111.

³⁹⁵ **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, op. cit., p. 110.

litige impliquant l'application du droit européen de la concurrence.

Effectivement, dans certains cas, une telle stratégie imposée par le tribunal arbitral est à approuver, car la position du tribunal arbitral représente le juste milieu. D'une part, il s'incline devant le fait que l'application du droit de la concurrence doit être alignée sur l'approche suivie par les institutions européennes et d'autre part, il ne suspend pas la solution du litige jusqu'à ce que la Commission se prononce, car la nature de l'affaire ne le nécessite pas. Une telle stratégie garde l'autonomie de l'arbitre et elle lui confère une légitimité vis-à-vis des juridictions étatiques³⁹⁶.

Appliquant concrètement le droit de la concurrence, le tribunal arbitral s'est demandé si le contrat constituait une restriction de la concurrence sur le marché européen. Pour pouvoir prendre position sur une telle question, les arbitres ont cherché à déterminer le marché concerné, c'est-à-dire à décider s'il s'agissait d'un « *marché spécifique* »³⁹⁷ ou d'un « *marché plus large* »³⁹⁸. Un tel processus a aidé les arbitres à connaître la position de chacune des parties sur le marché, afin de décider si une atteinte était portée au marché européen et de conclure si les parties étaient « *en position de concurrence réelle* »³⁹⁹. S'il s'avérait qu'elles n'étaient pas concurrentes, il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 85 § 1 du Traité (actuellement 101 § 1 du TFUE). S'il s'avérait qu'elles étaient effectivement des entreprises concurrentes, le tribunal allait examiner l'applicabilité du Règlement d'exemption par catégorie, pertinent et en vigueur à l'époque. En effet, l'examen des documents montrait que le contrat ayant eu pour objet d'assurer le service après-vente, constituait une restriction de la concurrence, du fait qu'il conférait l'exclusivité au distributeur belge. Cependant, les arbitres se sont encore une fois attachés à la notion de marché, plus particulièrement à la définition du marché. Ils ont conclu que les parties étaient concurrentes sur le marché général, mais pas sur le marché spécifique. Le marché général était celui de la fabrication des turbines, alors que le marché spécifique était celui du service après-vente de certaines turbines visées dans le contrat. Le fait que le distributeur belge était le seul compétent à fournir un tel service, car il

³⁹⁶ Le refus de consulter l'autorité de concurrence compétente peut alourdir la charge du tribunal en matière d'abus de position dominante, car « *la notion d' "abus" soulève des difficultés similaires [de celles rencontrées lors l'établissement de la position dominante], puisqu'elle exige un examen détaillé des faits et de la jurisprudence (pas toujours cohérente) de la Commission et des juridictions européennes et nationales.* » : **DOLMANS (M.) et GRIERSON (J.)**, « L'arbitrage et la modernisation du droit communautaire de la concurrence : nouvelles opportunités et nouvelles responsabilités », *op. cit.*, p. 43.

³⁹⁷ **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, *op. cit.*, p. 112.

³⁹⁸ *idem.*

³⁹⁹ *idem.*, p. 111.

en détenait les techniques nécessaires, amenait à dire qu'une restriction de la concurrence pouvait se produire. En d'autres termes, il pouvait « *fournir les pièces techniquement nécessaires à la réparation des machines qu'il [avait] installées* »⁴⁰⁰, ce qui contribuait à restreindre la concurrence sur le marché européen.

Ensuite, les arbitres se sont prononcés sur l'éventuelle exemption dont bénéficiait la clause d'exclusivité. En application du Règlement (CEE) n° 1983/83 de la Commission du 22 juin 1983, concernant l'application de l'article 85 § 3 du Traité à des catégories d'accords de distribution exclusive, il a été constaté que le contrat bénéficiait bel et bien d'une telle exemption. En fait, « *le règlement visé admet expressément que la distribution exclusive puisse être accompagnée par des obligations sur le service à la clientèle et la garantie (article 2.3.c)* »⁴⁰¹. L'article 2 § 3 du Règlement prévoit que « *Les obligations suivantes du concessionnaire exclusif ne font pas obstacle à l'applicabilité de l'article 1^{er} : a) acheter des assortiments complets de produits ou des quantités minimales ; b) vendre les produits visés au contrat sous les marques ou la présentation prescrite par l'autre partie ; c) prendre des mesures de promotion de vente, et en particulier - faire de la publicité, - assurer l'entretien d'un réseau de vente ou d'un stock, - assurer le service à la clientèle et la garantie, - employer un personnel possédant une formation spécialisée ou technique* ».

Certes, cette sentence arbitrale intéresse l'article 101 du TFUE instaurant des dispositions à l'interdiction d'ententes illicites, au sens du droit de la concurrence et non l'article 102 du même Traité, qui traite de l'abus de position dominante. Toutefois, il peut être remarqué que la façon dont raisonne le tribunal, est de nature à être étendue à l'abus de position dominante. En fait, le tribunal a cherché à définir le marché en question et cette notion comme déjà vu, revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit de se prononcer sur un abus de position dominante. De ce point de vue, les arbitres ont procédé à leur mission en s'appropriant les méthodes utilisées par les institutions étatiques, en l'occurrence, européennes. Cette approche peut être poursuivie par l'arbitre lors de l'invocation d'un abus de position dominante mais dans des litiges, très complexes, elle peut être insuffisante.

L'arbitre peut en outre décider d'adopter la méthode accusatoire et se décharger de toute obligation d'investigation.

⁴⁰⁰ *idem*, p. 112.

⁴⁰¹ *idem*.

C/ La violation du droit de la concurrence doit être prouvée par la partie qui l'invoque

Si l'arbitre ne souhaite pas demander l'avis de l'autorité de concurrence compétente tout en estimant qu'il a besoin des données factuelles pour pouvoir trancher la question concurrentielle, il peut choisir de s'adresser à la partie invoquant la violation du droit de la concurrence et lui demander de prouver son allégation. En effet, le plaideur qui prétend que le droit de la concurrence a été violé, doit apporter la preuve de la véracité de son affirmation devant l'arbitre. Lorsque cette règle est appliquée à l'abus de position dominante, il incombe à la partie l'invoquant de prouver au préalable, que l'entreprise concernée occupe une position dominante, avant de prouver l'abus de cette position.

Cette position a été exprimée par un arbitre siégeant en Suisse lors d'un litige impliquant une allégation d'abus de position dominante. En l'espèce⁴⁰², un contrat de sous-licence avait été signé entre une société française (le donneur de licence) et une société finlandaise (le licencié). Par ce contrat, la société finlandaise avait le droit d'utiliser la technologie de la société française dans les pays scandinaves. En 1991, le donneur de licence a mis fin au contrat et il a réclamé des dommages-intérêts. De son côté, le licencié soutenait que le donneur de licence s'était livré à des comportements anticoncurrentiels, « *alléguant que ce dernier avait créé un schème anticoncurrentiels en vue de renforcer ou d'étendre sa position dominante* »⁴⁰³. Le donneur de licence a répliqué que cette allégation ne relevait pas des matières arbitrables et ne rentrait pas dans le cadre de la convention d'arbitrage entraînant la constitution du tribunal saisi.

Outre le fait que la matière d'abus de position dominante est tout à fait arbitrable selon le tribunal, celui-ci apporte des précisions importantes sur la manière dont il appréhende la disposition invoquée.

Tout d'abord, le tribunal a précisé que l'article 86 du Traité CEE (102 TFUE) ne contient pas de position précise sur les conséquences légales à tirer d'un abus de position dominante. Pour

⁴⁰² Sentence partielle CCI, aff. n° 7673, 1993 : *Bull.CCI*, vol. 6, n° 1, 1995, pp. 56-59, (contrat soumis au droit suisse).

⁴⁰³ *idem*, p. 57.

surmonter cet obstacle, le tribunal se réfère à la jurisprudence de la Cour de justice⁴⁰⁴. Il conclut que le tribunal est en mesure d'appliquer le droit applicable au fond, pour tirer les conséquences d'une pratique illicite si le droit posant l'illicéité ne précise pas de telles conséquences. Le tribunal a laissé entendre qu'il était en mesure de déclarer la nullité du contrat concrétisant un abus de position dominante.

Deuxièmement, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour de justice et en particulier sur le principe de l'effectivité du droit européen⁴⁰⁵, le tribunal retient qu'« *un recours civil aux fins d'obtenir un dédommagement ou une requête aux fins d'obtenir une ordonnance judiciaire pour mettre un terme à une pratique illicite peuvent se fonder sur l'article 86 [102 du TFUE]* »⁴⁰⁶.

Troisièmement, le tribunal met en exergue que sa compétence subit des limitations. Il explique ce point en ces termes : « *En premier lieu, le tribunal est lié par la clause compromissoire figurant dans l'accord de sous-licence. Aussi, doit-il limiter ses conclusions relatives au prétendu abus de position dominante dans le marché commun aux questions" découlant de l'accord de sous-licence ou s'y rapportant". En deuxième lieu, il n'est pas permis au tribunal d'étendre ses pouvoirs à des tiers et / ou matières sans lien avec l'accorde de sous-licence [...]. En troisième lieu, la compétence du tribunal est limitée aux conséquences d'un abus en droit civil (comme, par exemple, la validité d'une action, l'extinction d'un accord ou la rupture d'un contrat entraînant des dommages* »⁴⁰⁷.

Quatrièmement, le tribunal ne s'estime pas lié par une obligation d'investigation afin de constater l'existence d'une position dominante. Il impose à la partie revendiquant l'abus de position dominante d'apporter la preuve de l'existence de cette prétendue position ainsi que l'abus de cette position, en clarifiant le lien entre l'abus de position dominante et le contrat de sous-licence en question.

⁴⁰⁴ « *S'il est constaté qu'une entreprise a fait abus de sa position dominante sur le marché, et que le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, l'interdiction prévue par l'article 86 frappe le comportement de l'entreprise en cause. Dans le cas où la Commission n'est pas intervenue, sur la base des pouvoirs qu'elle détient en vertu du traité et de ses règles d'application, pour mettre fin à l'infraction ou pour la sanctionner, il appartient aux autorités administratives ou juridictionnelles nationales compétentes de tirer les conséquences de l'applicabilité de l'interdiction, et de constater, éventuellement, la nullité de l'accord en question, en se fondant, à défaut de règles communautaires en la matière, sur leur législation nationale.* » : CJCE, 11 avril 1989, aff. 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH c. / Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. - Demande de décision préjudicielle : Bundesgerichtshof - Allemagne, Concurrence - Tarifs aériens. -, Rec., 1989, p. 803.

⁴⁰⁵ CJCE, 30 janvier 1974, aff. n° c-127/73, Belgische radio en televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. / Sv sabam et nv fonior, Rec., 1974 p. 51, point 16.

⁴⁰⁶ Sentence partielle CCI, aff. n° 7673, 1993 : Bull. CCI, vol. 6, n° 1, 1995, p. 58.

⁴⁰⁷ *idem*.

Ainsi, le tribunal évite-il toute responsabilité liée à l'établissement de l'abus de position dominante et en fait reporter la charge à la partie qui s'estime victime de l'abus. Une telle attitude peut être critiquable dans la mesure où le tribunal traite la violation prétendue de l'ordre public comme s'il s'agissait de la violation d'une obligation contractuelle ordinaire. Il est préférable que le tribunal tienne un rôle positif dans la vérification de l'illicéité du contrat. Cependant, sa position ne l'empêche pas de décider d'approfondir la question par la suite. S'il ne parvient pas à prendre position sur la question examinée, en se fondant sur les expertises avancées par le demandeur et le défendeur, il peut désigner un expert neutre et fonder sa décision sur son témoignage⁴⁰⁸. Le tribunal peut également, comme dans la dernière option, décider de se référer à l'autorité de concurrence compétente ou attendre la décision de cette autorité, si elle a été saisie par l'une des parties.

Après avoir détaillé les aspects techniques auxquels doivent faire face les arbitres, il est temps d'aborder la deuxième conséquence de l'arbitrabilité de la disposition d'abus de position dominante.

SECTION 2- LE DÉTACHEMENT DE L'ARBITRE DE SA PROPENSION À VALIDER LES DISPOSITIONS CONTRACTUELLES

L'accès de l'arbitre international à la matière concurrentielle signifie qu'il est prêt à déclarer la nullité de l'accord illicite. La nullité est la sanction désignée par le droit européen de la concurrence en ce qui concerne l'entente illicite, selon l'article 101 § 2 du TFUE. Cette sanction n'est pas prévue par le droit européen pour l'abus de position dominante comme le montre l'article 102 du TFUE. Cela peut être dû à la nature délictuelle qui caractérise cette disposition, mais, cela n'empêche pas l'arbitre de déclarer la nullité de la clause contractuelle concrétisant un abus de position dominante, selon la jurisprudence de la Cour de justice et ce, en se fondant sur le droit national applicable⁴⁰⁹. L'arbitre peut aussi constater l'abus et en tirer

⁴⁰⁸ L'expertise peut s'avérer indispensable lorsqu'il s'agit d'examiner l'existence d'un abus de position dominante puisque l'arbitre doit dominer l'aspect économique présent dans cette matière. Dans ce sens : « La notion de "position dominante" n'est pas facile à appliquer par les tribunaux arbitraux, puisqu'elle exige une définition du marché de produits et du marché géographique en cause du point de vue économique et juridique ainsi qu'une évaluation soignée du pouvoir des parties sur ce marché, ce qui suppose d'examiner un grand nombre de faits et éventuellement de faire appel à des témoignages d'experts. » : **DOLMANS (M.) et GRIERSON (J.)**, « L'arbitrage et la modernisation du droit communautaire de la concurrence : nouvelles opportunités et nouvelles responsabilités », *op cit.*, pp. 42-43.

⁴⁰⁹ CJCE, 11 avril 1989, aff. 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH c. / Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. - Demande de décision préjudicielle : Bundesgerichtshof - Allemagne, Concurrence - Tarifs aériens-, *Rec.*, 1989, p. 803.

les conséquences civiles, qu'il soit sous forme contractuelle ou délictuelle⁴¹⁰.

L'arbitrabilité de cette matière fait de l'arbitre un défenseur ponctuel de l'ordre public étatique lors de l'invocation de cette disposition. Cela signifie qu'il ne doit pas hésiter à qualifier un acte de l'entreprise dominante d'abus lorsqu'il est établi, surtout lorsque cet abus s'installe dans une disposition contractuelle (I). Si l'arbitre décide à tort que l'abus de position dominante fait défaut, sa sentence peut être menacée par la voie pénale (II).

§I- La détection des clauses matérialisant un abus de position dominante par l'arbitre

En général, les clauses susceptibles de matérialiser un abus de position dominante ne revêtent pas cette qualité qu'après avoir subié une analyse juridique et économique démontrant leur contrariété au jeu de la concurrence⁴¹¹. Pour autant, il y a des clauses dont la teneur indique la vraisemblance d'un abus de position dominante puisqu'elles sont associées à une entreprise en position dominante⁴¹². Il y a lieu de dire que certaines conditions contractuelles ne pourront être que l'œuvre d'une entreprise en position dominante⁴¹³. Ainsi, la clause léonine peut-elle être anticoncurrentielle, car une clause « *réserve des avantages du contrat à l'entreprise dominante et faisant peser les charges sur ses clients* »⁴¹⁴, permet de retenir l'abus de position dominante. En constitue un exemple « *le fait pour une entreprise en position dominante de lier la redevance contractuellement due par ses adhérents, non pas au service effectivement fourni quant à la prise en charge de l'obligation d'élimination des déchets, mais à l'importance de l'utilisation du logo, et de contraindre ainsi les adhérents souhaitant faire appel à la concurrence, de disposer de lignes d'emballages et de circuits de distribution* »

⁴¹⁰ En ce sens : **GOLDMAN (B.)**, « L'arbitrage international et droit de la concurrence », *op. cit.*, p. 296.

⁴¹¹ « *Il existe peu de types de comportement que l'on peut qualifier d'abusifs en eux-mêmes, et la plupart des affaires dépendent d'une analyse juridique, économique et factuelle menée au regard de la politique communautaire en matière de concurrence.* » : **DOLMANS (M.) et GRIERSON (J.)**, « L'arbitrage et la modernisation du droit communautaire de la concurrence : nouvelles opportunités et nouvelles responsabilités », *op. cit.*, p. 44.

⁴¹² « *Une société jouissant d'une position dominante est tenue de s'abstenir d'une variété de comportements qui pourraient être parfaitement licites de la part de sociétés ne détenant pas de position dominante, ce qui aura des effets notamment sur la politique de fixation des prix, les remises sans justification objective, les prix au-dessous du prix coûtant, les obligations d'achat exclusif, le resserrement des marges et les prix excessifs.* » : **DOLMANS (M.) et GRIERSON (J.)**, « L'arbitrage et la modernisation du droit communautaire de la concurrence : nouvelles opportunités et nouvelles responsabilités », *op. cit.*, p. 53.

⁴¹² Sentence arbitrale CCI, aff. n° 9240, 1998, *Bull. CCI*, vol. 14, n° 2, 2003, pp. 65-68.

⁴¹³ Décision Comm. CE n° 81-969 du 7 octobre 1981, Industrie Michelin, *Journal officiel*, n° L. 353 du 09/12/1981 pp. 33-47 ; Décision Comm. CE n° 92-163 du 24 juillet 1991, Tetra Pak II, *Journal officiel*, n° L. 072 du 18/03/1992 pp. 1-68.

⁴¹⁴ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruylant, Paris, 2015, p. 318.

*distincts avec les coûts supplémentaires que cela implique »*⁴¹⁵.

Confronté à de telles clauses, l'arbitre ne peut éviter leur condamnation. La nature de ces clauses et leurs effets néfastes sur le marché, réduit grandement la possibilité de les valider. C'est le cas également en ce qui concerne la clause anglaise⁴¹⁶ qui peut produire un effet anticoncurrentiel si elle est l'œuvre d'une entreprise en position dominante.

Il est alors clair que *« de telles clauses ne sont pas anticoncurrentielles en soi, mais uniquement dans la mesure où elles visent à lier indûment les clients ou, pour la quasi-totalité de leurs besoins, produisent un effet d'éviction ou limitent le choix du consommateur final »*⁴¹⁷.

En se prononçant sur une pratique anticoncurrentielle, en l'occurrence un abus de position dominante, l'arbitre puise dans des ressources étatiques qui peuvent se contredire. Par conséquent, il lui incombe de choisir la source la plus appropriée. Une telle situation complexe pourrait se produire dans la mesure où deux droits régissant la concurrence, sont applicables à la même affaire. Tel est le cas lorsque le droit français et le droit européen sont compétents pour s'appliquer à la même situation. Normalement, ces législations doivent déboucher sur une application cohérente, car les objectifs ultimes de ces législations sont identiques. Or, la pratique montre qu'il y a parfois un décalage entre les deux visions. Pour résoudre ce problème, appliquer la notion des liens les plus étroits semble sensé. Le plus souvent, les deux marchés de dimension nationale et européenne se trouvent concernés, c'est pour cela que la loi régissant le marché le plus affecté par la pratique, est préférable. De plus, si l'arbitre décide d'emprunter la voie tracée par l'Union européenne plutôt que celle tracée par le droit français, les arguments ne lui manquent pas, étant donné la primauté de ce droit dont la source est internationale.

Un exemple de décalage se trouve dans la clause d'exclusivité. En effet, cette clause stipulée

⁴¹⁵ *idem*. L'auteur fait référence à la décision rendue par la Commission européenne : Décision Comm., CE n° 2001-463 du 20 avril 2001, DSD, *Journal officiel*, n° L. 166 du 21/06/2001 pp. 1-24.

⁴¹⁶ *« En vertu de laquelle les clients pouvaient opposer [au cocontractant] des offres plus favorables émanant de la concurrence avec la conséquence que si [ce cocontractant] n'alignait pas ses prix, le client intéressé était libre, en ce qui concerne cet achat, de son obligation d'approvisionnement exclusif, ou, lorsque pareille obligation ferme n'était pas stipulée, pouvait acheter chez ledit concurrent, sans pour autant perdre, ni dans l'un ni dans l'autre cas, en ce qui concerne les achats qu'il aurait déjà effectués ou effectuerait à l'avenir, le bénéfice du rabais. »* : CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG c. / Comm., aff. 85-76, *Rec.*, 1979 p. 461, point 87.

⁴¹⁷ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruyland, Paris, 2015, p. 319.

par une entreprise en position dominante, est condamnée à l'échelle européenne de façon quasi-systématique⁴¹⁸. L'Autorité de la concurrence française⁴¹⁹ elle, la considère autrement, expliquant que l'entreprise peut justifier une telle clause par des arguments objectifs, étant dans l'obligation de prouver la réalité de la justification, mais aussi sa nécessité⁴²⁰. « *L'objet de la preuve pesant sur l'entreprise est double : nécessité de la pratique, mais également proportionnalité [...]. Les justifications objectives avancées par les parties peuvent être de nature diverse, financières, de qualité, ou techniques* »⁴²¹.

Ce type de clauses est délicat à manier. L'objet anticoncurrentiel joue un rôle primordial dans le processus de détermination de la licéité de la clause d'exclusivité. Cet objet se définit dans certains cas de manière subjective, c'est-à-dire comme « *le fait pour l'entreprise en position dominante d'imposer de manière directe ou indirecte les clauses litigieuses, ou un ensemble d'éléments démontrant que la pratique s'insère dans une stratégie anticoncurrentielle, une stratégie d'éviction* »⁴²².

L'effet anticoncurrentiel est aussi à vérifier pour savoir si la pratique en question, ne constitue pas un obstacle à l'entrée d'autres entreprises en concurrence avec l'entreprise dominante sur le marché concerné⁴²³. Si c'est le cas, la pratique aura un effet anticoncurrentiel et la sanction s'imposera.

Imposer une clause d'exclusivité a pour vocation de constituer un abus de position dominante dans la mesure où elle lie les clients contractants, ce qui conduit à l'éviction ou à la limitation du choix pour le consommateur final⁴²⁴. Ainsi, le Tribunal de première instance a-t-il jugé que l'insertion imposée d'une clause d'exclusivité, dans les contrats liant l'entreprise dominante à des points de vente de marché de référence, de façon que cette entreprise contrôle 40 % de facto de ces points de vente, est un abus de position dominante⁴²⁵.

⁴¹⁸ Par exemple : CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG c. / Comm., aff. 85-76, *Rec.*, 1979 p. 461.

⁴¹⁹ Décision Cons. conc., 28 juin 2006, déc. n° 06-D-18, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique, *Revue des contrats*, 2006, n° 4, p. 1104, note Idot (L.)

⁴²⁰ **IDOT (L.)**, note sous Décision Con. conc., 28 juin 2006, n° 06- D-18, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique : *Revue des contrats*, 2006, n° 4, p. 1104.

⁴²¹ *idem.*

⁴²² *idem.*

⁴²³ *idem.*

⁴²⁴ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruylan, Paris, 2015, p. 319.

⁴²⁵ TPICE, 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods Ltd c. / Comm., aff. T-65-98, *Rec.*, 2003, II, p. 4653.

Quoi qu'il en soit, il convient de dire qu'une clause d'exclusivité imputable à une entreprise en position dominante, est pour le moins douteuse. C'est la raison pour laquelle certains auteurs préfèrent limiter toute tentative de légitimer cette clause, tant qu'elle est relative à une position dominante. Un auteur pense qu'il faut qu' « *une pratique a priori abusive, parce que susceptible d'entraîner un effet de forclusion, puisse être justifiée objectivement. Une clause d'exclusivité, par exemple, peut être légitime pendant une durée limitée* »⁴²⁶. Cela montre que les pistes à suivre par l'arbitre sont bien définies et qu'un minimum d'éléments confèrent à la matière les contours nécessaires à sa distinction. Il suffit que ces contours soient exposés pour que la qualification d'abus de position dominante soit imposée.

Dans le même ordre d'idées, il convient de prendre l'exemple d'une pratique consistant à instrumentaliser une clause d'exclusivité par un fournisseur en position dominante. En effet, la clause d'exclusivité est aggravée si elle est associée à une clause dont le but est d'imposer aux grossistes un prix de revente, en employant un mécanisme permettant au fournisseur, celui qui impose de telles pratiques à ses grossistes-distributeurs, de maintenir le niveau de prix qu'il souhaite. Ce mécanisme se traduit par des clauses de remontées d'information assurant le contrôle du prix imposé. De telles pratiques peuvent clairement être dénoncées par les grossistes, mais ayant signé le contrat, ils acceptent d'en respecter les clauses, se rendant responsables de fait, de participer à un abus de position dominante, ou plus exactement à une entente illicite, s'ils avaient le choix de refuser la politique de l'entreprise en position dominante. Par conséquent, l'existence d'une contrainte à leur égard n'étant pas exclue, ils peuvent en user pour justifier leur choix⁴²⁷.

Cette analyse vient à la suite d'une condamnation des pratiques considérées comme anticoncurrentielles, notamment un abus de position dominante, utilisées par la société Royal Canin. Cette dernière avait imposé une politique anticoncurrentielle à ses grossistes distributeurs qui l'ayant acceptée, se sont rendus complices de Royal Canin dans cette entente illicite. Lors de sa condamnation, la société occupait une position dominante sur le marché de gros et de détail des aliments industriels pour chiens qu'elle contrôlait⁴²⁸.

⁴²⁶ **IDOT (L.)**, note sous Décision Con. conc., 28 juin 2006, n° 06-D-18, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique : *op. cit.*

⁴²⁷ **PRIETO (C.)**, note sous Décision Cons. conc., 22 juin 2005, n° 05-D-32, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution : *Revue des contrats*, 2005, n° 4, p. 1038.

⁴²⁸ *idem.*

Imposer les prix fonctionne sur le marché de gros, comme sur le marché de détail. En l'espèce, le fournisseur informe ses grossistes distributeurs des prix auxquels les détaillants doivent vendre aux consommateurs, prix que les grossistes obligeront les détaillants ensuite à respecter. Au bout de la chaîne de vente se trouve le consommateur qui se trouve lésé par la mise en œuvre d'un tel comportement illicite⁴²⁹.

Cet exemple pourrait constituer une matière litigieuse devant l'arbitre, dans l'hypothèse où l'un des grossistes liés par ces dispositions contractuelles, décide de les dénoncer devant l'arbitre investi de ses pouvoirs, par une clause compromissoire. L'arbitre mènera alors sa mission, en prenant en considération l'atteinte faite à la concurrence, en raison de cette pratique.

Parfois, l'abus de position dominante doit être déduit de l'ensemble contractuel et n'apparaît qu'après le recensement d'un nombre de comportements qui dans leur ensemble, conduit à le constater. Par exemple, il y a lieu de dire que la stratégie poursuivie par une entreprise en position dominante, voulant évincer son principal concurrent à travers l'octroi de rabais d'exclusivité à ses clients et l'adoption d'autres mesures les favorisant, est condamnée par le droit de la concurrence, puisque ces mesures constituent dans leur ensemble, un abus de position dominante⁴³⁰. Dans un tel cas de figure, le travail de l'arbitre est plus délicat, n'étant pas en présence d'une clause douteuse, car il doit déduire l'abus des différentes conditions commerciales et le contexte concurrentiel.

La subtilité du travail de l'arbitre ne se limite pas à cela. En effet, le fait que l'entreprise a « *la volonté de dissimuler le caractère anticoncurrentiel des relations avec ses clients par la conclusion d'accords informels* »⁴³¹ peut révéler l'existence d'une stratégie ayant pour objectif la violation du droit de la concurrence. « *La continuité temporelle entre les pratiques, leur caractère comparable et leur complémentarité* »⁴³² peuvent aussi compter dans l'appréciation de l'abus. Il faut que de telles pratiques soient réunies dans un objectif commun, qui doit être à

⁴²⁹ Décision Cons. conc., 22 juin 2005, n° 05-D-32, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution : *Revue des contrats*, 2005, n° 4, p. 1038, note Prieto (C.)

⁴³⁰ TUE, 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca AB et AstraZeneca plc. c. / Comm., aff. T-321-05, *Rec.*, 2010, p. II-2805.

⁴³¹ **VOGEL (L.)**, *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex/Bruylan, Paris, 2015, p. 323

⁴³² *idem*.

son tour, prohibé par le droit de la concurrence. Dès lors, la qualification de chaque comportement et leur imputation ne sont pas les seuls éléments nécessaires à la détermination de l'irrégularité. Le « *plan global* » auquel mènent tous ces comportements, permet de constituer le centre de gravité de l'analyse⁴³³.

Il ressort de ce raisonnement que le travail de l'arbitre n'est pas limité au contrat en général ou à ses clauses en particulier. Il doit parfois élargir son étude à l'environnement juridique de l'abus de position dominante. La possibilité que de tels litiges tombent sous l'autorité de l'arbitre est faible puisque l'aspect contractuel est susceptible de faire défaut. L'hypothèse de conclure un compromis en vertu duquel les parties au litige déjà né, investissent un arbitre pour rendre une sentence sur l'existence d'un abus de position dominante n'est pas exclue⁴³⁴.

En fin de compte, il faut dire que face à certaines matières contractuelles, l'arbitre ne peut que condamner la stipulation contractuelle réunissant les conditions nécessaires à la constitution d'un abus de position dominante. La gravité de certaines clauses contractuelles et leur effet nuisible à l'exercice de la concurrence, demande que l'arbitre soit plus enclin à les sanctionner.

Tout ce qui précède démontre que la mission de l'arbitre n'est pas aisée lorsqu'il s'agit de statuer sur une pratique constituant potentiellement un abus de position dominante. Sa mission se complexifie dans la mesure où il est tenu de rendre une sentence contenant un raisonnement solide sur la question concurrentielle. Outre le recours en annulation, la sentence peut être remise en question par la dimension pénale qui frappe la matière concurrentielle.

§II- La dimension pénale frappant la matière

La nature particulière de la matière anticoncurrentielle en général et de l'abus de position

⁴³³ *idem.*

⁴³⁴ “Most frequently, competition law issues will arise from an ordinary contractual dispute submitted to arbitration. Although sometimes presented as the principal claim, the competition law issue will often be raised as a defence, with the defendant arguing the voidness *ab initio* of the agreement under which the claimant is seeking to bring a claim. Alternatively, but more rarely, a competitor may bring an action for abuse of dominance, provided the parties enter into a submission agreement to that effect, i.e. an agreement *ex post* to submit the dispute that has arisen to arbitration.” : **BLANKE (G) and NAZZINI(R)**, « Arbitration and ADR of global antitrust disputes: taking stock: Part 1 »: *G. C. L. R.*, 2008, 1 (1), pp. 46-56, paragraph 48.

dominante en particulier, fait de l'arbitre un agent très soucieux de la sentence qu'il rend. La sentence arbitrale impliquant un différend sur l'existence d'un abus de position dominante ou d'entente, reste à la portée des juridictions étatiques, même après avoir exercé le contrôle habituel de la sentence. L'abus de position dominante constituant un délit selon le droit français, les juridictions pénales peuvent intervenir, affectant la décision rendue par l'arbitre. En principe, l'arbitre se prononce sur une matière civile. Dès lors, sa sentence ne souffre d'aucune difficulté lors de son exécution, après son contrôle par le juge étatique. Ce contrôle se traduit par un recours en annulation contre la sentence rendue en France en matière d'arbitrage international⁴³⁵. Le contrôle s'exerce également lors de l'exécution ou la reconnaissance des sentences arbitrales, car cela est conditionné par le fait que « *cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international* »⁴³⁶.

En matière concurrentielle, la sentence arbitrale peut être remise en cause tant que la plainte pénale n'est pas éteinte par prescription, puisque le juge pénal a le pouvoir de sanctionner le délit économique commis. Cela veut dire que les parties à la sentence arbitrale ne sont pas à l'abri. Il est vrai que la sentence elle-même ne pourrait pas être révisée par le juge pénal, que ce juge est en mesure de prononcer des amendes selon le droit de la concurrence et enfin, qu'il y a une possibilité de condamner la partie abusante à l'emprisonnement. La possibilité d'allouer des dommages-intérêts n'est pas non plus exclue. Un tel cas de figure est envisageable, si l'arbitre applique le droit de la concurrence de façon erronée lorsqu'il tranche un litige impliquant une pratique anticoncurrentielle, en l'occurrence un abus de position dominante.

Le contrôle qu'exerce le juge de contrôle sur la sentence n'est pas de nature à atténuer la possibilité d'une mise en cause de la solution retenue par l'arbitre et dans laquelle le juge de contrôle ne voit aucune infraction à l'ordre public. Cela est d'autant plus vrai que la sentence arbitrale ne subit pas un vrai contrôle étatique. La contrariété de la sentence arbitrale à l'ordre public doit être flagrante, effective et concrète, ce qui augmente la possibilité d'échapper à ce contrôle.

⁴³⁵ L'article 1518 du Code de procédure civile prévoit que « *La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation* ».

⁴³⁶ L'article 1514 du Code de procédure civile prévoit que « *Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international* ».

Pour autant, cela n'incite pas l'arbitre à ignorer les visions étatiques. Il n'est pas libre de trancher le litige à sa façon en toute autonomie. Si la solution au litige apportée par l'arbitre ne permet pas d'éviter aux parties une autre procédure de nature pénale, l'examen arbitral de la question relative au droit de la concurrence devient non pertinent. L'arbitre est en quelque sorte tenu, de se mettre à la place d'un juge étatique issu du système juridique concerné, pour se prononcer. Il pourrait même avoir à l'esprit les argumentations susceptibles d'être utilisées devant le juge pénal, pour essayer d'y apporter des réponses convaincantes. S'il s'avère que la pratique anticoncurrentielle, en l'occurrence un abus de position dominante, est bel et bien exercée ou constatée, l'arbitre ne peut que la dénoncer et par voie de conséquence, la sanctionner et tirer les conclusions qui s'imposent. Ce faisant, sa sentence ne sera pas ensuite mise en cause de façon indirecte.

Pour illustrer ce qui précède, il est intéressant d'examiner une affaire qui démontre l'aspect pénale du droit de la concurrence. Dans un premier temps, la position retenue par la jurisprudence sera examinée, puis une autre version de la première sera imaginée pour les besoins de l'analyse.

Il s'agit de l'affaire Cytec – SNF⁴³⁷ dans laquelle un contrat d'approvisionnement avait été conclu entre la société française SNF et la société néerlandaise Cytec. En vertu de ce contrat, Cytec procurait à SNF une matière appelée monomère d'acrylamide ou AMD, qu'elle utilisait pour produire des polycrylamides ou PMD. Ledit contrat conclu en 1991, avait les dispositions suivantes : SNF s'approvisionnait en matières premières auprès de Cytec pendant trois ans ; ce contrat était renouvelable un an. Mais en 1993, le contrat a été remplacé par un autre à la suite de la conclusion d'un deuxième contrat entre SNF et la société Dow. Le nouveau contrat conclu entre SNF et Cytec avait une durée de huit ans et était renouvelable un an, c'est-à-dire qu'il aurait dû s'exécuter de 1993 à 2001. Selon les deux contrats conclus en 1993, SNF s'approvisionnait exclusivement auprès de ces deux sociétés, à savoir Cytec et Dow. Un lien avait été maintenu entre les deux contrats, puisqu'en vertu du premier contrat entre SNF et Dow, SNF devait se procurer auprès de Dow 17.000 tonnes d'AMD par an. En ce qui concerne le second contrat entre SNF et Cytec en 1993, ses dispositions dépendaient du contrat signé entre SNF et Dow. L'une des nouvelles dispositions entre SNF et Cytec, était que SNF s'engageait à acheter à Cytec, la quantité d'AMD dont elle aurait besoin, au-delà des 17.000 tonnes fournies par Dow, cette quantité ne devant pas dépasser 10.000 tonnes par an.

⁴³⁷ Cass. 1^{er} civ., 4 juin 2008, SNF c. / Cytec Industries BV : *JDI*, 2008, pp. 1109-1110, note Mourre (A.).

Or, SNF a cessé d'exécuter le contrat en 2000, estimant qu'il était contraire aux dispositions du droit européen de la concurrence. Cytec de son côté, jugeant que cette rupture de contrat était abusive, a sollicité le tribunal arbitral.

M. Mourre explique la manière dont le tribunal arbitral a traité le litige : « *Le tribunal arbitral rendit le 5 novembre 2002 une sentence partielle statuant sur le principe de la responsabilité. Après avoir estimé que le marché européen de l'AMD constitue un marché distinct (sentence, p. 3), le tribunal estima que le second contrat d'approvisionnement [le contrat entre la société SNF et la société Cytec conclu pour 8 ans] n'avait pas un objet anticoncurrentiel (sentence, p. 25). Néanmoins, il estima à la majorité qu'il pouvait avoir pour effet de décourager SNF de produire elle-même de l'AMD et de faire ainsi concurrence à Cytec sur le marché pertinent (sentence, p. 31), et ce en violation de l'article 81 du traité CE [actuellement 101 du TFUE]. Curieusement, ce constat était accompagné d'une mention selon laquelle cette conclusion avait été adoptée avec "une certaine réticence" dans la mesure où "un avantage injuste a pu être obtenu par SNF en dénonçant le contrat au moment où elle n'avait plus besoin d'être fournie par Cytec" (sentence, p. 34), le tribunal arbitral considéra (sentence, p. 35) que l'exemption par catégorie résultant du règlement (CEE) n° 1984/83 ne pouvait trouver à s'appliquer, en raison du fait que les produits n'étaient pas destinés à la revente. [...]. Le tribunal arbitral constata également qu'aucune exemption individuelle n'avait été sollicitée auprès de la Commission (à l'époque exclusivement compétente pour l'accorder), mais analysa ce qu'aurait pu être une décision de la Commission sur ce point, parvenant à la conclusion qu'aucune exemption n'aurait pas été accordée sur le fondement de l'article 81, paragraphe 3 [actuellement 101 paragraphe 3] (sentence, p. 36). En revanche, le tribunal arbitral estima que Cytec n'avait pas le pouvoir d'agir indépendamment de ses concurrents et d'imposer ses prix, et qu'il n'existait par conséquent pas d'abus de position dominante* »⁴³⁸. Le tribunal arbitral a donc conclu à l'inexistence de position dominante parce que Cytec ne détenait que 26,5 % du marché de l'ADM et alors que Dow en détenait 73,5 %⁴³⁹.

Le point essentiel est prononcé par le tribunal arbitral : il n'y a pas d'abus de position

⁴³⁸ **MOURRE (A.)**, note sous Cass. 1^{er} civ., 4 juin 2008, SNF c. / Cytec Industries BV : JDI, 2008, pp. 1109-1110.

⁴³⁹ *idem*, p. 1110.

dominante. Sur cette base, la société SNF a fondé son attaque contre l'ordonnance d'exequatur de la sentence, car le président du Tribunal de grande instance de Paris avait ordonné l'exequatur des deux sentences rendues par le tribunal arbitral. La première sentence rendue en 2002 avait déclaré la nullité du contrat d'approvisionnement (le contrat entre la société SNF et la société Cytec conclu pour 8 ans), expliquant que ce contrat pouvait avoir pour effet de décourager SNF de produire elle-même de l'AMD et de faire ainsi concurrence à Cytec sur le marché pertinent. Un tel effet correspond à la prohibition prévue à l'article 101 du TFUE où le jeu de la concurrence est restreint en limitant ou contrôlant la production. La seconde sentence rendue en 2004 a porté sur les conséquences civiles de l'annulation, consistant à ordonner à la société française SNF de payer des dommages-intérêts à la société hollandaise Cytec, d'un montant de plus de 10 millions d'euros. La société SNF a fait appel de l'ordonnance d'exequatur en saisissant la Cour d'appel de Paris. En parallèle, elle a déposé une plainte pénale devant le Tribunal de grande instance de Saint Etienne, en vertu des articles L. 420-1, 420-2 et 420-6 du Code de commerce, qui répriment pénalement les pratiques anticoncurrentielles. La Cour d'appel a refusé la demande de sursis à statuer sur le recours en annulation, parce que la crainte de contrariété des décisions, n'était envisagée que devant le juge de fond, non devant le juge de l'annulation⁴⁴⁰.

Sur le fondement du recours en annulation de l'ordonnance d'exequatur, le recours principal se trouve d'une part dans le fait que le droit de la concurrence a été violé par les arbitres, car la société Cytec était en position dominante, alors que le tribunal arbitral ne l'avait pas constaté. D'autre part, la même société a tiré des profits de la contrariété du contrat à l'article 81 du traité CE (actuellement 101 du TFUE), ce qui contourne ledit article. La Cour d'appel a refusé la demande, estimant que le tribunal arbitral avait bien mené son examen des questions concurrentielles et avait mis en évidence la spécificité des litiges de coloration internationale, de par l'ordre public et de par l'arbitrage : *« considérant que le tribunal arbitral, dont l'aptitude à comprendre les questions de droit de la concurrence soulevées devant lui n'est pas disputée même si le résultat est combattu, s'est ainsi expliqué sur la conformité du contrat de 1993 aux prescriptions des articles 81 et 82 du traité CE, tant au regard de l'ensemble des faits et arguments de droit qui lui ont été présentés par les parties que de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, qu'en l'absence de toute démonstration par l'appelante d'une violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international, il*

⁴⁴⁰ CA Paris, 23 mars 2006, SNF c. / Cytec : *JurisData* n° 2006-303329.

n'existe aucune raison de tenir pour insignifiant ce qui a été jugé par le tribunal arbitral aux termes d'une instruction, d'ailleurs parfaitement acceptable pour un arbitrage international de cette ampleur, et y substituer la propre appréciation de la cour »⁴⁴¹.

La Cour de cassation a confirmé cette position en rappelant les caractéristiques exigées pour que la sentence ne soit pas reconnue ou exécutée, à savoir une violation « *flagrante, effective et concrète* » de l'ordre public. Ces caractéristiques marquent la volonté des juridictions de restreindre le contrôle sur les sentences arbitrales⁴⁴².

Il faut préciser que les deux sentences rendues par le tribunal arbitral, ont été annulées par le Tribunal de première instance de Bruxelles, estimant lui, que l'ordre public avait été violé du fait qu'il y avait une contradiction dans le raisonnement du tribunal arbitral. Il conclut à l'existence d'un paradoxe illustré par l'obtention de la société Cytec « *des montants plus élevés que ceux qu'elle aurait reçus en exécution de la convention nulle ; [et] la société SNF, qui dénonce un contrat contraire à une disposition d'ordre public, y perd davantage que si elle s'était contentée d'exécuter le contrat jusqu'à son terme et de payer les dommages et intérêts réclamés par Cytec pour l'inexécution du contrat de 1993* »⁴⁴³. De toute façon, l'annulation de la sentence dans le pays d'origine n'empêche pas le juge français de la reconnaître⁴⁴⁴, les deux sentences ayant été rendues en Belgique.

Le point de vue du tribunal arbitral n'est pas partagé par le Tribunal de première instance de Bruxelles⁴⁴⁵. Ce dernier, en se prononçant sur le recours en annulation contre les deux sentences rendues en Belgique, a accepté qu'en l'absence du contrat de 1993, le tribunal arbitral puisse estimer que le contrat de 1991 aurait pu s'exécuter jusqu'au 30 juin 1995 ; mais il conteste le fait que le tribunal arbitral puisse être dans l'expectative de ce qui a pu se produire précisément entre 1995 et 2000, toujours si le contrat de 1993 n'avait pas existé.

D'après le Tribunal de première instance de Bruxelles, il est difficile de trancher si la société SNF aurait dû s'approvisionner auprès de Cytec, dans le cas où le contrat contraire au droit de

⁴⁴¹ CA Paris, 23 mars 2006, SNF c. / Cytec : *JurisData* n° 2006-303329.

⁴⁴² Pour une appréciation de ces caractéristiques, voir : **NOURISSANT (C.)**, « Arbitrage et concurrence : sur la violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international ... » : *Revue Lamy de la concurrence*, n° 16, 2008.

⁴⁴³ Tribunal de première instance de Bruxelles, 8 mars 2007, n° 2005/7721, SNF c. / Cytec Industries BV : *Gaz. Pal.*, 24 avril 2007, n° 114, p. 53.

⁴⁴⁴ A titre d'exemple : Cass. Civ. 1^{er}, 29 juin 2007, Putrabali c. / Rena Holding : *Rev. arb.*, 2007, p. 507, note Gaillard (E.).

⁴⁴⁵ Tribunal de première instance de Bruxelles, 8 mars 2007, SNF c. / Cytec Industries BV, 2005/7721 : *Gaz. Pal.*, 24 avril 2007, n° 114, p. 53

la concurrence n'avait jamais existé.

Parallèlement, le Tribunal de Bruxelles a subordonné le caractère anticoncurrentiel du contrat, à la réalisation d'une situation spécifique. Selon lui, à supposer que le contrat litigieux n'existait pas et que SNF s'approvisionnait auprès de Cytec, en acquérant la même quantité à un prix supérieur à celui prévu par le contrat annulé, le contrat n'était pas anticoncurrentiel : *« affirmer, comme le fait le tribunal arbitral - certes sur la base des déclarations des parties, dont SNF - que, durant toute cette période, SNF aurait nécessairement acquis auprès de Cytec les mêmes quantités que celles prévues au contrat de 1993 et ce, à des prix supérieurs, revient à nier le caractère anticoncurrentiel de ce contrat »*⁴⁴⁶. Or, le tribunal arbitral a décidé comme le montre la Cour d'appel de Paris *« que le contrat de 1993 constituait effectivement en soi comme le disait la société SNF-SAS, une restriction de la concurrence »*⁴⁴⁷.

En fait, le tribunal arbitral a imaginé la situation qui aurait pu se produire en l'absence du contrat dénoncé. Rien n'empêcherait le tribunal de supposer que SNF, suivant les évolutions du marché pendant les années écoulées, aurait dû contracter avec Cytec, à des prix plus élevés, notamment s'il y avait eu des informations fiables qui attestaient des prix pratiqués à cette période. A cela s'ajoute que le tribunal arbitral était en mesure de recourir en toute autonomie, à la modalité qu'il estimait appropriée pour déterminer l'indemnisation du préjudice allégué. Enfin, il semble que Cytec avait réussi à prouver sa prétention devant le tribunal arbitral et SNF n'y était pas parvenue.

La position prise par le tribunal de Bruxelles a été infirmée par la Cour d'appel de Bruxelles qui a souligné que le juge d'annulation ne devait pas vérifier l'exactitude du raisonnement des arbitres et ne pouvait pas substituer sa propre appréciation de l'affaire à celle du tribunal arbitral. La Cour a ajouté que le juge qui contrôle une sentence avait pour mission de vérifier la régularité et la légalité de la sentence. Dans ce sens, le contrôle devait être effectué à l'exclusion de toute révision du fond de la décision arbitrale. En fin, la Cour a conclu que les motifs développés par une partie dans le but de déboucher sur un réexamen complet du fond de l'affaire, ne relevaient pas des motifs prévus par le Code judiciaire et notamment celui de la contrariété de la sentence à l'ordre public. Le recours en question ne visait pas à demander au juge de reconsidérer les conséquences de la nullité du contrat d'une manière différente de

⁴⁴⁶ *idem.*

⁴⁴⁷ CA Paris, 23 mars 2006, SNF c. / Cytec Industries BV : *JurisData* n° 2006-303329.

celle des arbitres⁴⁴⁸.

Bien que la position de la Cour d'appel de Bruxelles corresponde à celle de la Cour d'appel de Paris, la divergence entre les juges étatiques exerçant un contrôle sur les sentences arbitrales, est possible comme l'a démontré le Tribunal de première instance de Bruxelles. Cela incite l'arbitre à s'impliquer davantage dans la défense des politiques de concurrence en s'appropriant le raisonnement étatique en la matière.

Outre le recours en annulation de la sentence arbitrale, la complexité de la matière concurrentielle donne à la partie perdante une deuxième chance pour tenter de remettre en cause la sentence arbitrale, en exploitant la dimension pénale. C'est ainsi que la société SNF a mis en œuvre une deuxième démarche, pour remettre en cause la conclusion à laquelle est parvenu le tribunal arbitral. Comme la Cour d'appel n'avait pas accepté de surseoir à statuer pour attendre l'issue de la procédure pénale, SNF s'est constituée partie civile « *du chef d'abus de position dominante en se fondant sur les articles : L. 420-2 et L. 420-6 du Code de commerce* »⁴⁴⁹. L'aspect pénal se traduisait par le fait que « *la clause litigieuse empêchait en effet l'acheteur de faire jouer la concurrence en sa faveur, sur un marché dont on suppose [...] qu'il était dominé par le fournisseur* »⁴⁵⁰. Mais, la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Lyon a déclaré l'action publique prescrite, puisqu'au moment où SNF s'est constituée partie civile, la prescription était acquise. Le contrat censé constituer un abus de position dominante avait cessé en 2000 et la constitution en partie civile intervenait en 2004. L'arrêt rendu par la Chambre de l'instruction a été attaqué en cassation, au motif que le point de départ de la prescription aurait dû commencer dès la saisine de l'arbitre ou dès la délivrance de la sentence arbitrale et non dès la cessation de l'exécution du contrat litigieux. SNF a ajouté que la saisine de l'arbitrage était en elle-même constitutive d'un abus de position dominante, ce qui n'est retenu en pratique, que très exceptionnellement, c'est-à-dire : « *quand la demande est manifestement dépourvue de tout fondement et est inspirée par le désir de restreindre ou fausser le jeu de la concurrence* »⁴⁵¹. Or, ce n'est pas le cas en

⁴⁴⁸ Cour d'appel de Bruxelles, 22 juin 2009, cité par **MOURRE (A.)**, « Courts in France and Belgium confirm limited review of awards under European competition law » : *Kluwer Arbitration Blog*, disponible sur : <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/02/07/courts-in-france-and-belgium-confirm-limited-review-of-awards-under-european-competition-law/>

⁴⁴⁹ **ROBERT (J.-H.)**, note sous Cass. crim., 19 mars 2008, n° 07 80.473, F-P+F : *JurisData* n° 2008-043609, droit pénal - Juin 2008 - n° 6, commentaire 88.

⁴⁵⁰ *idem.*

⁴⁵¹ *idem.*

l'espèce, la chambre criminelle de la Cour de cassation ayant conclu ainsi : « *Attendu qu'en l'état de ces énonciations, et dès lors que, d'une part, la société SNF n'établit pas que la saisine de la juridiction arbitrale par la société Cytec serait constitutive d'un abus de position dominante, d'autre part, le délit d'abus de position dominante, résultant de la conclusion d'un contrat d'approvisionnement exclusif, se prescrit à compter du dernier acte d'exécution dudit contrat, la chambre de l'instruction, qui a statué sur l'ensemble des faits dont elle était saisie, a, sans insuffisance ni contradiction, justifié sa décision* »⁴⁵².

Ceci étant dit, il est intéressant d'imaginer une autre hypothèse : Si les juridictions étatiques avaient reconnu le délit d'abus de position dominante, qu'aurait-il pu se passer ? En d'autres termes, si l'action publique ne s'était pas éteinte à cause de la prescription et si le juge du fond avait conclu à l'existence d'un abus de position dominante, qu'en serait-il de la crédibilité de la sentence ?

En théorie, la sentence est sauve, car elle aurait acquis l'autorité de la chose jugée, mais le danger aurait toujours été imminent pour la partie dispensée par le tribunal arbitral d'un abus de position dominante. Elle pourrait être condamnée par le tribunal étatique, à payer des dommages-intérêts en plus des montants qu'elle aurait à payer à titre d'amende.

Pour ce qui est de l'arbitre, il serait obligé d'adopter une approche très stricte du traitement de la question. Il aurait à étayer sa décision par la jurisprudence étatique, en examinant les arguments qui peuvent être avancés par l'une des parties, devant le juge étatique par la suite et donc apporter des réponses solides. Sinon, le résultat serait désastreux pour l'arbitrage. Les parties insatisfaites de l'arbitrage, attaqueraient les sentences par la voie pénale. Elles le feraient non pour paralyser l'exécution des sentences arbitrales, mais pour remettre en cause la décision de l'arbitre donnée sur le fond du litige. Lors d'un arbitrage, les parties s'efforcent d'utiliser tous les moyens pour remettre en cause la validité de la sentence, si celle-ci n'est pas dans leur intérêt. Ainsi, l'une des parties pourrait essayer de se retrancher derrière l'abus de position dominante, pour échapper à ses obligations.

L'un des moyens les plus efficaces qui permettent à l'arbitre d'anticiper toute remise en question de sa sentence réside dans l'exploration de toutes les solutions possibles du litige.

⁴⁵² Cass. crim., 19 mars 2008, n° 07 80.473, F-P+F : *JurisData* n° 2008-043609, droit pénal - Juin 2008 - n° 6, commentaire 88, note Robert (J.-H.).

Parfois, la même conclusion peut être atteinte en adoptant plusieurs raisonnements possibles. Donc, l'arbitre ne doit pas imposer une seule solution. Il doit envisager toutes les hypothèses possibles et essayer d'apporter des réponses satisfaisantes, pour ne pas laisser la partie de mauvaise foi mettre la sentence en péril⁴⁵³. La citation de la jurisprudence étatique abordant la même question que celle posée à l'arbitre constitue un autre moyen efficace qui aura pour effet de dissuader l'une des parties de tenter l'approche pénale pour remettre en question la sentence arbitrale.

Soucieux de la crédibilité de sa sentence devant le juge étatique, l'arbitre est tenu de rendre une décision satisfaisant aux attentes du juge, pour que ce dernier puisse avoir une confiance quasi-systématique en l'arbitre, chaque fois qu'une revendication de ce genre est soulevée. C'est pourquoi l'arbitre ne peut pas improviser dans une telle matière. Il doit être à même d'évoquer la jurisprudence étatique lorsqu'elle est pertinente. Cela contribue à renforcer la crédibilité de l'arbitrage devant les juridictions étatiques.

⁴⁵³ Cette idée est donnée par deux auteurs sur l'application de l'article 101 §3 du TFUE : *“For instance, even if the tribunal has concluded that Article 81 (1) EC [101 du TFEU] is not engaged, it would often be sensible to explain what position it would have reached on Article 81(3) [101 (3) du TFEU]. There is often more than one route that leads to the same conclusion. If the tribunal's reasons set out only one such route, problems arise if a reviewing or enforcement court decides that it was wrong about that particular route, which could have been avoided if a more comprehensive statement of reasons had been given. Seemingly attractive shortcuts sometimes lead into the wilderness.”*: **VEEDER (V.-V.)** and **STANLEY (P.)**, « Arbitrating Competition Law Issues: The Arbitrator's Perspective », in *EU and US antitrust arbitration: A Handbook for practitioners*, edited by Gordon Blanke & Phillip Landolt, volume 1, Kluwer Law international, Great Britain, 2011, p. 113.

CONCLUSION DU TITRE

L'implication spontanée de l'arbitre observée vis-à-vis de l'abus de position dominante signifie que la propension arbitrale à donner effet aux dispositions contractuelles n'a pas sa place en cette matière. Dès la constatation d'une clause contractuelle constitutive d'un abus de position dominante, l'arbitre n'est pas autorisé à contourner la sanction de cet abus en voulant défendre la liberté contractuelle.

La technicité de la matière incite l'arbitre à suivre la tendance jurisprudentielle étatique en ce qui concerne les conditions d'application de la disposition en question. Cette technicité peut nécessiter la coopération entre l'arbitre et les autorités chargées de l'application du droit de la concurrence. Il doit également tenir compte de l'évolution qui peut frapper cette matière, dans le sens où certaines pratiques commerciales qui étaient condamnées *per se*, au titre de l'abus de position dominante, peuvent avec l'application de la règle de raison, être finalement licites et ne pas constituer d'abus de position dominante. Autrement dit, le raisonnement économique en termes d'efficacité trouve tout son sens à cet égard et l'arbitre peut l'employer pour étayer sa position.

L'attachement de l'arbitre aux positions prises par la jurisprudence étatique concernée en matière d'abus de position dominante lui permet d'épargner à sa sentence une procédure étatique de la part du juge d'annulation ou même du juge pénal.

En fin de compte, en matière d'abus de position dominante, il n'est pas excessif de dire que l'arbitre doit s'assimiler à un juge étatique émanant de l'ordre juridique concerné, lorsqu'il est saisi d'une telle question. Une telle assimilation est le prix à payer par l'arbitre en contrepartie de la reconnaissance de l'arbitrabilité d'une disposition telle que l'abus de position dominante. En résumé, l'abus de position dominante et les ententes illicites sont deux matières impérieuses⁴⁵⁴ qui ne peuvent souffrir aucune dénaturation de l'arbitrage, ce que l'arbitre peut faire vis-à-vis d'autres matières relevant également du droit de la concurrence, telles que le déséquilibre contractuel significatif ou la rupture brutale de relations commerciales établies.

⁴⁵⁴ « Il faut entendre par "pratiques anticoncurrentielles" [...] l'ensemble des pratiques d'entreprises susceptibles d'entraver de manière significative le libre jeu de la concurrence, sur un marché déterminé. D'une manière générale, les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante en constituent les deux pans, tout du moins en droit communautaire de la concurrence. » : **MAINGUY (D.)**, Dictionnaire de droit du marché : concurrence, distribution, consommation, op. cit., p. 259.

DEUXIÈME PARTIE

L'IMPLICATION FORMELLE DE L'ARBITRE DANS LA DÉFENSE DES POLITIQUES ÉTATIQUES DE CONCURRENCE

L'arbitre n'est pas seulement amené à se prononcer sur des politiques étatiques primordiales de concurrence, il est également amené à se prononcer sur des politiques étatiques secondaires de concurrence. Ces politiques secondaires sont des pratiques prohibées par le droit de la concurrence, mais leur imposition ne dépend pas de la perturbation du marché pertinent. Plus précisément, il s'agit des dispositions relatives à la sanction du déséquilibre contractuel significatif et des dispositions relatives à la rupture brutale de relations commerciales établies. En général, l'implication de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques secondaires de concurrence est moins intense que celle constatée dans les matières directrices du droit de la concurrence, telles que les ententes illicites. L'arbitre estime qu'il a une marge de discrétion plus importante lorsqu'il s'agit de politiques secondaires de concurrence et donc il a tendance à se libérer de leur application. Lors de l'invocation de telles dispositions, l'attitude arbitrale peut être qualifiée d'implication formelle dans la défense de ces politiques. Il examine l'applicabilité de ces dispositions parce qu'ils font partie du droit de la concurrence. Sa réponse est assez prévisible dans le sens où les conditions d'application de ces dispositions ne sont pas remplies. Ce constat est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit de dispositions relatives au déséquilibre contractuel significatif. En réalité, les dispositions relatives au déséquilibre contractuel significatif défont les convictions arbitrales les plus profondes, et c'est pourquoi leur application par l'arbitre est peu probable. Quant aux dispositions relatives à la rupture brutale de relations commerciales établies, il semble que l'arbitre les applique mais à sa façon et selon les conditions qu'il conçoit. Face à cette situation et à la différence constatée dans l'attitude arbitrale à l'égard de ces pratiques prohibées par le droit de la concurrence, il convient d'émettre le constat suivant : la défense de ces politiques secondaires par l'arbitre est insuffisante (Titre 1). D'ailleurs, l'arbitre est capable de commencer à appliquer de telles dispositions sans faire de distinction fondée sur des considérations idéologiques. L'idéologie arbitrale fondée sur l'intangibilité du contrat doit subir un infléchissement. Les fondements juridiques permettant à l'arbitre de parvenir à ce résultat ont commencé à se dessiner dans le commerce international (Titre 2).

TITRE I
LE CONSTAT D'UNE DÉFENSE INSUFFISANTE
DES POLITIQUES ÉTATIQUES DE CONCURRENCE

L'arbitre met en évidence que les opérateurs économiques de commerce international invoquant le déséquilibre significatif se sont engagés en toute connaissance de cause et disposent du pouvoir économique leur permettant de consentir librement aux obligations contractuelles, pour neutraliser l'application des dispositions relatives au déséquilibre contractuel significatif (Chapitre 1). En revanche, l'arbitre n'applique les dispositions relatives à la rupture brutale de relations commerciales établies que dans la mesure où elles adhèrent à la perception arbitrale de la matière (Chapitre 2).

CHAPITRE I

L'APPLICABILITÉ DES DISPOSITIONS

RELATIVES AU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL PAR L'ARBITRE

Il est indéniable que la prohibition des pratiques restrictives de concurrence, traduites par le déséquilibre contractuel significatif, sous-entend la protection de certains contractants professionnels. Le même constat vaut pour les professionnels bénéficiant d'un statut de protection particulier. Cela induit la notion de la partie faible.

Selon un auteur, la protection de la partie faible fait partie de l'ordre public transnational car un consensus existe entre les Etats à l'égard d'une telle disposition⁴⁵⁵, même si très vite, la différence selon les Etats dans l'identification de la partie faible, apparaît. Etant donné que « *le souci de protéger certains intérêts particuliers ou catégoriels traduit tout entier un choix de politique juridique* »⁴⁵⁶, la question sur l'identité de la partie faible ne fait pas l'unanimité. Pour certains, elle se résume à une conception classique qui englobe le consommateur, le salarié et l'assuré⁴⁵⁷. Pour d'autres, la partie faible peut bénéficier d'un champ d'application plus large, en y englobant la notion de professionnel faible, ce qui est parfaitement envisageable. La meilleure démonstration en est la préoccupation des législateurs étatiques légiférant sur la question.

La divergence d'opinion d'ailleurs, ne se borne pas à la réponse donnée à cette question somme toute assez banale, mais dans la conception même de la partie faible en matière internationale, plus précisément lorsque il s'agit de contrats internationaux. La spécificité du sujet a incité certains courants de pensée à rendre la conception de la partie faible trop étroite. Or, une telle approche peut s'avérer très nuisible pour l'épanouissement du commerce international, car la faillite dans la protection de certaines catégories d'acteurs liées par des relations contractuelles internationales, peut conduire les Etats à adopter des mesures radicales contre des acteurs participant à la réussite du commerce international, au premier rang desquelles se trouve l'arbitrage international. Le danger réside dans la décision de certains Etats de resserrer le champ d'arbitrabilité en ce domaine, pour s'assurer que leurs politiques seront mises en œuvre par leurs propres juges nationaux.

⁴⁵⁵ **GAILLARD (E.)**, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, une collection de cours de droit en livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 177.

⁴⁵⁶ **BILLEMONT (J.)**, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, Paris, 2013, p. 49.

⁴⁵⁷ **MAYER (P.)**, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 537.

La protection de la partie faible qui revêt la qualité de professionnel ne doit pas être écartée, du simple fait qu'elle est rompue aux affaires. A ce titre, on prétend qu'aucune mesure de protection ne doit lui être accordée. Or, ce professionnel peut se trouver en position de faiblesse vis-à-vis de son cocontractant en position de dominance économique. De ce fait, le professionnel en position de faiblesse peut être victime d'un déséquilibre contractuel.

Il est souvent considéré que la question de la partie faible concerne les juridictions étatiques et non les tribunaux arbitraux internationaux. Ce point de vue est difficilement soutenable aujourd'hui, car la protection d'un contractant professionnel ne reste pas dans le cadre du droit des contrats, mais elle fait désormais partie du droit de la concurrence donc d'une loi de police. Cela veut dire que l'argument consistant à soutenir qu'il s'agit d'un contrat commercial international et que l'ordre public interne est seulement impliqué n'est plus valable. Cela veut également dire qu'être en présence d'un contrat international ne justifie plus un libéralisme excessif selon certains législateurs étatiques.

Ceci étant, l'ajout de la théorie de la partie faible au droit de la concurrence, peut faire l'objet de critiques, car il est loisible d'avancer qu'une telle théorie n'a pas sa place en droit de la concurrence, mais exclusivement en droit des contrats. Ce cas rappelle la critique déjà adressée par un auteur à propos de l'insertion "Des pratiques restrictives de concurrence" dans l'article L. 442-6 du Code de commerce (devenu l'article L. 442-1 du Code de commerce⁴⁵⁸). Selon lui, les dispositions de cet article visent à interdire des pratiques abusives affectant l'équilibre contractuel et il pose la question suivante : « *on se demande toujours si le droit de la concurrence a réellement vocation à s'emparer de problématiques purement contractuelles* »⁴⁵⁹.

En réponse à cette critique, il faut mettre en relief qu'il s'agit des interdictions *per se* qui visent à assurer l'équilibre contractuel entre des contractants de poids différents, l'un des contractant étant considéré comme une partie faible. L'article en question prohibe trois pratiques abusives, à savoir : la notion d'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné, la notion de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, et la notion de rupture brutale de relations commerciales établies. Ces notions impliquent un

⁴⁵⁸ Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019.

⁴⁵⁹ **BUY (F.)**, « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce » : *Petites affiches*, n° 252, p. 3.

intérêt étatique qui se traduit par le maintien d'un ordre public économique stable et équilibré. L'Etat français, en interdisant ces pratiques estime que son économie sera mieux protégée, il s'agit d'une politique étatique, en l'occurrence française, qui vise à réaliser un intérêt général par l'intermédiaire de la protection des intérêts privés⁴⁶⁰. En effet, on estime que la prohibition de certaines pratiques abusives susceptibles de foisonner dans certains contrats permet apparemment aux contractants considérés en situation de faiblesse, d'avoir plus de liberté dans l'organisation de leurs activités, sans souffrir de restrictions contractuelles excessives qui les empêcheraient d'agir librement sur le marché. La clause d'exclusivité et la clause de non concurrence sont pertinentes à cet égard. Ce faisant, le libre jeu de la concurrence est assurée d'une certaine manière.

De surcroît, les pratiques abusives évoquées sont qualifiées par le législateur français de pratiques restrictives de concurrence et la particularité de ces pratiques, réside dans le fait que leur condamnation n'est pas conditionnée par l'affectation du marché concerné, au sens strict du terme. Cela peut être interprété comme une volonté étatique déterminée à prohiber ces pratiques, étant donné leurs effets néfastes sur l'ordre public économique français.

Une autre critique a été faite à l'inclusion de la théorie de l'équilibre contractuel dans droit de la concurrence. Un auteur a pu écrire à cet égard que « *La contrainte économique est un élément distinctif de la plupart des relations contractuelles, pour la raison évidente que celles-ci sont nouées dans le cadre d'une économie de marché où règne la libre concurrence et, que la concurrence est une lutte par définition plus propice aux pressions qu'à la fraternité* »⁴⁶¹. Selon lui, le risque de déboucher sur un déséquilibre contractuel est intrinsèque au commerce et aux règles du marché. De ce fait, s'il est acquis que ce sont les règles du jeu, pourquoi créer les circonstances permettant de condamner les pratiques restrictives de concurrence par la suite ? Le droit de la concurrence peut sembler associer une chose et son contraire, tel n'est pourtant pas le cas : le principe de ce droit est d'inciter tout un chacun à entreprendre et à entrer sur le marché. Il constitue parallèlement un obstacle pour empêcher

⁴⁶⁰ Il a été soutenu qu'« *il est possible de relativiser ces critiques en relevant que la protection d'une partie en état de faiblesse n'est pas le seul objectif poursuivi par les dispositions à l'œuvre [dispositions portant sur certaines catégories de professionnels comme les agents commerciaux, les sous-traitants, les franchisés]. En protégeant une partie, on protège en réalité une catégorie de contractants. Il ne s'agit plus dès lors de seuls intérêts privés, mais également d'intérêts catégoriels ou collectifs. Par ailleurs, la protection, telle qu'elle est conçue, poursuit un objectif d'intérêt général lié au libre jeu de la concurrence et, dans une optique communautaire, au bon fonctionnement du marché intérieur.* » : **RACINE (J.-B.)**, « Droit économique et lois de police », *op. cit.*, p. 70.

⁴⁶¹ **LAITHIER (Y.-M.)**, « Remarques sur les conditions de la violence économique » : *Petites affiches*, 2004, n° 233, p. 6.

que ce domaine soit dirigé par une puissance économique injuste. De plus, la notion de pratiques restrictives de concurrence prend tout son sens dans les relations contractuelles unissant les partenaires commerciaux où la possibilité que le partenaire le plus puissant économiquement serait tenté de profiter de la faiblesse de son partenaire. La théorie des pratiques restrictives de concurrence peut être à la fois une arme dissuasive à laquelle la partie faible fait référence, lorsque son partenaire tente de lui imposer des obligations excessives et le cas échéant, un moyen de réparation lorsque l'abus de faiblesse est commis.

Ceci étant dit, il convient de citer les dispositions pertinentes de l'article L. 442-1 du Code de commerce : « *I.- Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :*

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Ces dispositions ont un impact aussi bien sur les opérateurs économiques étrangers qu'aux arbitres du commerce international. En ce qui concerne les premiers, un auteur s'est exprimé à l'égard de l'article L. 442-6 du Code de commerce (devenu l'article L. 442-1) et dit « *Les producteurs étrangers doivent savoir qu'ils ne peuvent échapper au droit français des pratiques restrictives, par le seul fait qu'ils ont leur siège social à l'étranger.* »⁴⁶². En d'autres termes, une entreprise même étrangère, ne peut échapper aux pratiques restrictives de concurrence lorsque le contrat s'exécute sur le territoire français. En ce qui concerne les seconds, l'attribution du litige à un tribunal arbitral pourrait-elle changer la donne ? En fait, l'arbitrage est partie prenante de la réalisation des politiques étatiques : « *Tandis que le codificateur napoléonien entendait confier l'arbitrage à la seule fonction de règlement des litiges privés, la jurisprudence actuelle parait l'associer à la mise en œuvre des politiques publiques exprimées par les règles impératives. Eradiquer un contrat contraire aux objectifs*

⁴⁶² **BEHAR-TOUCHAIS, (M.),** « L'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce aux rapports internationaux » : *Revue des contrats*, p. 197.

de ces politiques publiques, c'est participer à leur réalisation »⁴⁶³. Quel impact ce changement de rôle a-t-il sur la manière dont procédera l'arbitre pour traiter la question ?

En effet, l'édiction de telles dispositions est de nature à faire écho chez les arbitres internationaux. La confidentialité de l'arbitrage ne permet pas de connaître avec précision la position des arbitres. Toutefois, il est possible de la déceler à travers la doctrine qui reflète l'orientation générale des arbitres. Il est vrai que l'arbitrage ne consacre pas la notion de professionnel en position de faiblesse (Section 1), il incomberait donc à l'arbitrage de se raviser. L'implication des intérêts privés n'exclut pas l'implication d'un intérêt étatique qui se traduit par la sauvegarde de l'ordre public économique (Section 2).

SECTION 1 - L'INTERPRÉTATION RÉALISTE DE LA DISPOSITION DU DÉSÉQUILIBRE CONTRACTUEL

Il est aisé de constater que l'arbitrage n'a aucune complaisance à l'égard des principes juridiques remettant en cause la force obligatoire des dispositions contractuelles convenues par les parties. Cela s'explique par le refus *ab initio* de reconnaître au professionnel le statut de partie faible au sein de l'arbitrage international. Lorsque ce statut est dénié au professionnel, le déséquilibre contractuel n'amène pas l'arbitre à agir autrement. Cette conviction arbitrale débouche sur l'incapacité de l'arbitre à annuler ou adapter les dispositions du contrat contesté. Cela veut dire que l'arbitre reconnaît pleinement la force obligatoire des dispositions contractuelles créant un déséquilibre significatif. C'est la première forme de l'interprétation réaliste du déséquilibre contractuel, l'exclusion totale de la notion (I). Si l'arbitre tient à cette position alors que le droit de la concurrence condamne expressément les contrats et clauses entachés de déséquilibre significatif, y a-t-il un moyen de mettre cette disposition en œuvre ? Il semble qu'une réponse affirmative est possible. Il s'agit de la seconde forme de l'interprétation réaliste. L'arbitre sanctionne la tentative de créer un déséquilibre contractuel (II).

§I - L'absence de sanction du déséquilibre contractuel

Examiner l'équilibre contractuel peut-être interprété comme étant reconnaissance au

⁴⁶³ **BILLEMONT (J.)**, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, op. cit., p. 33.

professionnel de son statut de partie faible, ce que refusent les arbitres en général. Le postulat de l'arbitre est qu'il ne lui appartient pas de rétablir l'équilibre contractuel. Le fait qu'une loi de police reconnaisse des droits à l'une des parties au contrat et que son objectif est de rééquilibrer la relation contractuelle, n'a pas d'effet devant l'arbitre.

En matière d'arbitrage international, les arguments qui fondent l'exclusion de la partie faible relevant des professionnels ne manquent pas. En effet, deux arguments sont opposés pour dispenser l'arbitre de prendre en considération la faiblesse d'un professionnel engagé par un contrat international. Tout d'abord, l'arbitrabilité de la matière équivaut à une renonciation à toute protection particulière et cela incite l'arbitre à ne pas inclure de telles dispositions dans l'équation arbitrale (A). Ensuite, la prise en compte de la position de faiblesse de l'un des contractants est incompatible avec les besoins du commerce international (B).

A/ L'indistinction entre l'arbitrabilité de la question du déséquilibre contractuel et la renonciation étatique à son application

La doctrine a reçu la reconnaissance de l'arbitrabilité de l'article L. 442-6 du Code de commerce (devenu l'article L. 442-1), consacrant la prohibition des pratiques restrictives de concurrence comme une renonciation à l'impérativité de cette matière, dans un contexte international. En d'autres termes, l'implication d'une loi de police procurant une protection à des professionnels exerçant leurs activités sur le territoire français, ne justifie pas la remise en cause d'une clause compromissoire. Il revient à l'arbitre de décider de l'applicabilité des dispositions interdisant certaines pratiques abusives dont l'objectif est d'assurer un certain équilibre contractuel, conduisant à maintenir une structure économique souhaitée par l'Etat français.

Dans un premier temps, cette reconnaissance d'arbitrabilité a été déduite à la suite à un arrêt rendu par la Cour de cassation, consacrant l'applicabilité d'une clause attributive de juridiction, alors que les dispositions relatives à des pratiques restrictives de concurrence avaient été invoquées⁴⁶⁴. La Cour de cassation l'a dit clairement : l'applicabilité d'une loi de police ne signifie pas qu'une compétence juridictionnelle exclusive doit être attribuée aux tribunaux nationaux.

⁴⁶⁴ Cass. 1^{er} civ., 22 octobre, 2008, pourvoi n° 07-15.823, Monster Cable Products Inc. c. / Société Audio Marketing Service, *Bull. civ.*, 2008, I, n° 233.

Cette position se trouve dans un litige portant sur un contrat de franchise, conclu entre une société américaine et une société française. Une clause attributive de compétence avait également été convenue, aux termes de laquelle, les juridictions de San Francisco étaient compétentes pour trancher les litiges potentiels entre les parties. Lorsque la société américaine a mis fin au contrat, la société française a saisi les juridictions françaises sur la base de l'article L. 442-6 (devenu l'article L. 442-1) du Code de commerce, invoquant « l'abus de dépendance économique »⁴⁶⁵ prévu par cet article. Outre la rupture brutale de relations commerciales établies, cet article intéresse le fait « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie* »⁴⁶⁶ et le fait de « *de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »⁴⁶⁷. La Cour d'appel a choisi de ne pas donner d'effet à cette clause, en constituant une justification autour de la nature impérative des dispositions impliquées et en concluant à la qualification en loi de police, des dispositions de l'article. Néanmoins, la Cour de cassation n'a pas suivi la Cour d'appel dans son raisonnement. Elle a reconnu la validité de la clause, en soulignant que la généralité de ses termes la rendait applicable, sachant que le droit applicable au fond de litige, n'a pas d'impact sur la compétence juridictionnelle⁴⁶⁸.

Cette position jurisprudentielle a été prônée par certains auteurs estimant qu'une position contraire, liant la compétence juridictionnelle à l'application d'une loi de police, aurait constitué une entrave considérable à la « *la fluidité des rapports contractuels transnationaux* »⁴⁶⁹. En outre, cette position a été interprétée comme faisant du droit international privé, un outil à la disposition des intérêts privés, ce qui a permis de parler « *d'une certaine forme de privatisation du contentieux international* »⁴⁷⁰. Le commerce international s'en trouve renforcé, dans la mesure où les acteurs économiques ne subissent

⁴⁶⁵ La Cour de cassation emploie ce terme pour désigner les pratiques restrictives de concurrence prévues par l'article L. 442-1 du Code de commerce.

⁴⁶⁶ Article L. 442-1-1° du Code de commerce.

⁴⁶⁷ Article L. 442-1-2° du Code de commerce.

⁴⁶⁸ Cass. 1^{er} civ. 22 octobre, 2008, pourvoi n° 07-15.823, Monster Cable Products Inc. c. / Société Audio Marketing Service, *Bull. civ.*, 2008, I, n° 233.

⁴⁶⁹ **BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.)**, « Impérativité désactivée ? » : *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 1, spéc. n° 20.

⁴⁷⁰ *idem*, spéc., n° 18.

plus l'incertitude assortie à l'application des lois de police⁴⁷¹. Ces acteurs jouissent d'« *une quasi-immunité à l'égard des contraintes normatives étatiques* »⁴⁷².

L'assimilation de la clause attributive de juridiction à la clause compromissoire, a permis de déduire l'arbitrabilité de la matière. En effet, la même position jurisprudentielle a été prise par la suite, vis-à-vis de la clause compromissoire⁴⁷³. Cependant, la spécificité de la décision reconnaissant la compétence juridictionnelle d'un tribunal étatique étranger, réside dans le fait que l'application d'une loi de police française par un juge étatique étranger, est quasi-impossible. Le fait que le contrat s'exécute sur le territoire français n'est pas de nature à inciter l'Etat américain, dont les tribunaux sont compétents, à appliquer ou à tenir compte de la loi de police française. Il est notoire qu'en principe, chaque juge étatique veille à faire respecter son ordre juridique en premier lieu. Il est peu probable qu'une loi de police émanant d'un autre ordre juridique reçoive l'application devant lui.

L'arrêt en question contient un message plus ou moins explicite que les arbitres internationaux peuvent interpréter à leur façon. Notamment, que l'inapplication des dispositions en question, n'entraîne aucun préjudice à l'ordre public économique français, ce qui ne correspond pas à la volonté du législateur français. Donc, à force d'interpréter l'arrêt dans ce sens, l'inobservation des arbitres de ces dispositions risque d'être systématique.

Si cette position jurisprudentielle libérale était prise exclusivement vis-à-vis de la clause compromissoire, la pression aurait été mise sur l'arbitre pour sanctionner des pratiques restrictives de concurrence tel que le déséquilibre contractuel significatif. L'arbitre comprendrait que l'arbitrabilité de la matière entraîne la nécessité de sanctionner la violation des dispositions impératives qu'elle contient. C'est en quelque sorte la contrepartie de l'arbitrabilité, mais reconnaître la compétence d'un juge étatique en la matière, peut être interprétée dans le sens que l'arbitre est dispensé de prêter une attention particulière à ces dispositions.

⁴⁷¹ Pour interpréter la position de la haute juridiction française, il a pu être soutenu que « *la crédibilité commerciale internationale de la France* » était préservée si les juridictions françaises reconnaissaient la validité des clauses attributives de juridiction, même si une loi de police émanant de l'ordre juridique français était impliquée : **JOBARD-BACHELLIER (M.-N.)**, « Une impérativité active des règles de droit dans l'ordre international » : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, p. 352.

⁴⁷² **BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.)**, « Impérativité désactivée ? », *op. cit.*, spéc. le résumé.

⁴⁷³ Par exemple : Cass. 1^{er} civ, 21 oct. 2015, n° 14-25-080 : *AJ contrats d'affaires – concurrence – distribution*, 2015, p. 520, (L'arrêt intéresse un litige portant sur la rupture brutale d'une relation commerciale établie).

Certes, l'immunité de la sentence arbitrale dans l'ordre juridique français peut conduire au même résultat, mais un signe aura été envoyé à l'arbitre, dans la mesure où seule la clause compromissoire prive la juridiction française de sa compétence. Ce signe serait compris comme la nécessité d'appliquer les dispositions dont l'arbitrabilité est reconnue. Or, le signe envoyé à l'arbitrage à travers la reconnaissance de l'opposabilité de la clause attributive de juridiction, est tout autre.

A partir de ce constat, l'arbitre se trouve renforcé dans sa conviction que les conditions contractuelles sont intangibles et aucune sanction ne peut être prononcée à l'égard des droits et obligations déséquilibrés.

La remise en cause de l'impérativité des dispositions portant sur les pratiques restrictives de concurrence n'induit pas seulement la reconnaissance de la compétence juridictionnelle étatique étrangère, mais également des principes prévalant dans l'institution arbitrale internationale.

B/ L'incompatibilité de la protection d'un professionnel avec les besoins du commerce international

L'arbitrage international est présenté comme une institution peu soucieuse des intérêts des parties faibles au contrat. Le contrat international doit être à l'abri des lois de police conférant une protection particulière à une partie considérée faible ou désavantagée économiquement d'un point de vue étatique. L'arbitre part de deux principes pour neutraliser la protection du professionnel. Premièrement, il présume l'égalité des parties à l'arbitrage dès la conclusion du contrat (1°). Secondement, il tend à appliquer la loi d'autonomie et restreint l'intervention des lois de police autant que possible (2°).

1° - La présomption d'égalité des parties à l'arbitrage

La nature même de l'arbitrage international impose le traitement des contractants sur un pied d'égalité⁴⁷⁴, car son objectif est le développement du commerce international. Si une

⁴⁷⁴ « Dans la jurisprudence arbitrale, le déséquilibre contractuel n'est cependant pas sanctionné, notamment en raison du principe de la présomption de compétence professionnelle des opérateurs du commerce

considération élargie est donnée à la partie faible, des obstacles pour atteindre cet objectif, sont créés. Dans cette optique, un point a été soulevé par les auteurs, qui s'est traduit par la confrontation de deux idéologies : la protection de la partie faible et l'épanouissement du commerce international. Cette confrontation est résolue par l'arbitre qui favorisera les intérêts du commerce international, au détriment des parties faibles impliquées⁴⁷⁵. Finalement, l'association de la protection d'un professionnel avec le développement du commerce international est en quelque sorte contradictoire. Dans cette perspective, il est exclu qu'un professionnel agissant dans le cadre du commerce international, se trouve en position de faiblesse. Il est capable de mesurer la portée de ses engagements et y consentir librement⁴⁷⁶. L'intérêt du commerce international coïncide à ce titre, avec le traitement égalitaire des parties soumises à l'arbitrage.

Les pratiques restrictives de concurrence et particulièrement le déséquilibre contractuel, révèlent la notion d'inégalité des parties au contrat⁴⁷⁷. Cette inégalité n'est pas compatible avec l'arbitrage international, car l'arbitre présume l'égalité des contractants, notamment dans leur recours à l'arbitrage⁴⁷⁸. L'invocation devant l'arbitre, du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ou l'absence de contrepartie, suppose que l'un des contractants exploite la position économique ou la faiblesse de son cocontractant. Dès lors, l'égalité - censée être présente dès la conclusion du contrat - est remise en question et avec un déséquilibre contractuel, la présomption d'égalité fait défaut. C'est en cela que l'arbitrage semble tenter de restreindre cette notion.

Il a été soutenu que « *l'arbitrage suppose un équilibre de forces ; partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie. C'est là une constatation d'expérience qui se vérifie même en*

international. Il est donc douteux que les arbitres aient l'intention de rétablir l'équilibre entre contractants au moyen d'un ordre public de protection fondé sur l'abus de domination. » : RACINE (J.-B.), L'arbitrage commercial international et l'ordre public, op. cit., p. 392.

⁴⁷⁵ SERAGLINI (Ch.), « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre » : *Gaz. Pal.*, 2007, n° 349, p. 5.

⁴⁷⁶ La règle de « *présomption de compétence des opérateurs du commerce international [...] est mise en œuvre avec une magistrale constance par les arbitres* » : RACINE (J.-B.), « La protection du professionnel contractant en matière internationale » : *Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, Paris, 2013, p. 257.

⁴⁷⁷ Par exemple, l'article L. 442-3 du Code de commerce prévoit que « *Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services, la possibilité de bénéficier :*

a) *Rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;*

b) *Automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant* ».

⁴⁷⁸ En ce sens : SERAGLINI (Ch.), « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *op. cit.*

matière commerciale : l'arbitrage est déconseillé dès lors que les deux parties ne se trouvent pas au même "niveau" »⁴⁷⁹. Autrement dit, considérer les deux parties sur un pied d'égalité, permet à l'arbitre d'exercer sa mission en tranchant leur litige. En effet, soit les parties ne sont pas égales et par conséquent, l'arbitrabilité est remise en question, ce qui n'est pas attendu de l'arbitre ; soit elles sont sur le même plan économique et l'arbitre peut parfaitement trancher leurs litiges, tout en omettant de réserver une place importante à la théorie de déséquilibre contractuel, qui fait partie des pratiques restrictives de concurrence.

Il semble que le rejet de la protection de la partie faible par l'arbitrage, trouve des applications fréquentes en droit de la distribution. La nature de cette branche du droit et sa relation étroite avec le droit de la concurrence, font en sorte que cette théorie contribue à corriger les relations déséquilibrées entre les fournisseurs et les distributeurs. Cependant, lorsqu'il s'agit de l'arbitrage, « *au nom de la liberté contractuelle et de la présomption de compétence en matière arbitrale* »⁴⁸⁰, les arbitres ne prennent pas en compte la différence des pouvoirs entre des acteurs économiques. En d'autres termes, les décisions arbitrales au nom des principes cités « *livrent le petit commerce à la toute puissance des pouvoirs privés économiques de la distribution* »⁴⁸¹.

Par ailleurs, l'arbitre peut utiliser l'argument relatif à l'autonomie de la volonté dans le commerce international, pour rejeter la protection prévue par une loi de police.

2°- *La loi d'autonomie est une source de sécurité juridique*

L'attachement de l'arbitre à la loi d'autonomie peut expliquer sa réticence à la mise en œuvre d'une loi de police édictée par un Etat donné et qui vise au fond, la protection d'une partie en position de faiblesse⁴⁸². En effet, le respect de la loi d'autonomie peut fournir une dimension dans la démonstration de l'exclusion de l'abus de puissance économique de l'article L. 442-1

⁴⁷⁹ **MOTULSKY (H.)**, « L'arbitrage dans les conflits du travail », in *Ecrits II, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, p. 113.

⁴⁸⁰ **BOY (L.)**, « Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ? » : *Revue Lamy de la concurrence*, 2010, n° 23, p. 93.

⁴⁸¹ *idem*.

⁴⁸² Un auteur a écrit : « *L'arbitre, qui attache une grande importance à la loi choisie par les parties, pourrait en effet rechigner à s'en écarter au profit d'une loi imposée par la volonté d'un Etat. En tout cas, l'application des dispositions impératives assurant au fond la protection de la partie faible n'est plus acquise dans le cadre d'un arbitrage international.* » : **SERAGLINI (Ch.)**, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *op. cit.*

du Code de commerce en matière arbitrale ou pour le moins, l'aversion de l'arbitrage à l'égard de cette théorie. Ce même argument est apte à fournir une explication de ce phénomène. Cela pourrait vouloir dire qu'il se peut que la justification soit de nature conflictuelle. C'est en toute simplicité que le tribunal arbitral décide d'appliquer la loi choisie par les parties, tout en refusant de tenir compte d'aucune autre disposition légale ayant vocation à intervenir. Il est possible que le texte servant de fondement juridique pour la prohibition du déséquilibre contractuel significatif, n'appartienne pas à la loi d'autonomie. Pour l'arbitre, c'est une façon de ne pas tenir compte de cette disposition. Ainsi, un tribunal arbitral s'est prononcé sur le litige opposant une société nationale à une société étrangère et n'a pas tenu compte de l'allégation avancée par la société nationale, qu'une loi de police nationale avait été violée. Le tribunal explique sa décision par le fait que la loi de police censée être contredite, n'appartient pas à la *lex contractus* déjà choisie par les parties. Il ajoute que l'allégation n'était pas de nature à amener le tribunal à examiner une violation de l'ordre public transnational⁴⁸³. Dans une autre affaire, le tribunal arbitral a-t-il refusé d'appliquer la loi belge du 27 juillet 1961, relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Celle-ci n'était pas la *lex contractus*, il a opté pour l'application du droit italien, qui était lui, la *lex contractus*. Il a invoqué le caractère local des lois de police et le fait qu'elles n'aient d'impact qu'à l'intérieur de l'ordre juridique édictant ce type de lois⁴⁸⁴.

Même dans l'hypothèse où la loi de police qui vise à rétablir l'équilibre contractuel relève de la loi d'autonomie, il est peu probable pour ne pas dire impossible, que le tribunal arbitral applique une telle loi.

Si la notion de pratiques restrictives de concurrence est minutieusement examinée, la notion de violence économique s'y trouve elle aussi. Par conséquent, les critiques formulées contre la théorie de la violence économique, pourraient concerner la théorie du déséquilibre significatif des droits et obligations des contractants de l'article L. 442-1 du Code de commerce, en raison du lien de parenté qui les associe. En effet, la critique émise porte sur l'objectif réel à atteindre avec l'instauration d'une telle disposition. La notion de la violence économique sert à protéger le consentement, par conséquent elle a pour objectif la protection de la liberté

⁴⁸³ Sentence arbitrale CCI, 28 février 1994, n° 7047 : *Bull. ASA*, 1995, p. 301, spéc. p. 319.

⁴⁸⁴ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 6379, 1990 : *Bull. CCI*, vol. 7, mai 1996, p. 84, (lieu de l'arbitrage : Cologne - droit applicable : droit italien).

contractuelle, mais la question qui se pose est celle du résultat atteint. En effet, la théorie de la violence économique conduit à ce que la stabilité des contrats soit affectée. Elle nuit aussi aux relations d'affaires et menace la relation contractuelle à tout moment. Par ailleurs, l'illégitimité de la violence économique n'est pas toujours claire, car la philosophie du marché est basée sur la libre concurrence et celle-ci est inhérente à la pression qui s'exerce entre les acteurs de marché. Cette incertitude a amené une partie de la doctrine à considérer la notion de lésion et sa relation avec la violence économique⁴⁸⁵. En reconnaissant la légitimité d'un contrôle ayant pour objet les droits et obligations des parties contractantes, l'autonomie de la volonté des parties est remise en question⁴⁸⁶.

Une telle crainte est d'autant plus justifiée lorsqu'il s'agit du commerce international. Les arbitres évitent d'intégrer dans leur sphère juridique des notions qui déstabilisent la sécurité juridique des relations économiques internationales. La notion de contrepartie consacrée par la prohibition des pratiques restrictives de concurrence peut inciter l'une des parties au contrat à dénoncer le contrat à tout moment, en invoquant un déséquilibre significatif ou l'imposition des obligations sans contrepartie et demander des dommages-intérêts à ce titre. Une telle attitude lorsqu'elle fondée sur une loi de police étrangère à la loi d'autonomie n'est pas en conformité avec la stabilité et la sécurité qu'exigent les relations transfrontalières⁴⁸⁷.

La crainte de l'arbitre peut être compréhensible, mais en même temps les politiques étatiques consacrées par des lois de police, cherchent à atteindre des objectifs légitimes. Le raisonnement arbitral ne doit pas être simpliste et conservateur. Il semble que le texte du déséquilibre contractuel trouve à s'appliquer sans que les valeurs de l'arbitrage ne subissent aucune dérogation.

§II- La sanction de la tentative de créer un déséquilibre contractuel

L'arbitre peut contourner l'interdiction de porter atteinte à la force obligatoire du contrat, en attribuant des dommages-intérêts à un opérateur économique victime d'une tentative

⁴⁸⁵ L'article 1168 du Code civil modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 prévoit que « *Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». L'article 1169 du même code modifié par la même Ordonnance, prévoit : « *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.* »

⁴⁸⁶ **LAITHIER (Y.-M.)**, « Remarques sur les conditions de la violence économique », *op. cit.*

⁴⁸⁷ Cela explique qu'il y ait un « *scepticisme manifesté par les arbitres du commerce international, chaque fois qu'une partie prétend n'avoir pas eu conscience de la portée réelle des engagements par elle contractés.* » : **DERAINS (Y.)**, obs. sous Sentence CCI, n° 3327, 1981 : *JDI*, 1982, p. 971, spéc. p. 977.

d'imposition des clauses contractuelles, créant un déséquilibre contractuel lorsque la relation contractuelle prend fin (A). Ce faisant, l'arbitre applique un régime similaire à celui réservé à l'agent commercial dans de nombreux ordres juridiques ou au concessionnaire exclusif, lié par un contrat à durée indéterminée en droit belge⁴⁸⁸ (B).

A/ La tentative de créer un déséquilibre contractuel

Apparemment, le refoulement du contrôle de l'équilibre contractuel prévu par le droit de la concurrence, n'est pas justifiable dans toutes les circonstances d'un point de vue arbitral. Il est cependant, tout à fait applicable par l'arbitre, sans que ce contrôle soit source d'insécurité juridique. L'idée est que l'invocation d'un déséquilibre significatif ou l'absence de contrepartie devant l'arbitre, intervient lors de l'examen de la régularité de la cessation de relations commerciales entre les deux contractants. S'il s'avère que celle-ci s'est produite parce que l'autre partie a refusé de consentir un avantage sans contrepartie ou de se soumettre à une obligation créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, l'arbitre peut le considérer lors de l'examen de l'allégation d'une tentative d'imposition de telles obligations ou de l'obtention de tels avantages.

En pratique, l'invocation d'un déséquilibre contractuel s'ajoute à l'invocation d'une rupture brutale de relations commerciales établies. Si l'arbitre conclut à la légalité de la rupture, il a la possibilité malgré tout, d'attribuer des dommages-intérêts en appliquant la disposition de déséquilibre contractuel. En effet, le texte ne condamne pas seulement le fait d'obtenir de l'autre partie un avantage disproportionné au regard de la contrepartie ou de soumettre l'autre partie à une obligation créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Il condamne aussi la tentative d'obtenir de tels avantages ou de soumettre l'autre partie à de telles obligations.

Lorsque le contrat unissant deux parties commence à arriver à son terme, l'une des parties peut être tentée de changer les dispositions du contrat, de façon que les dispositions du nouveau contrat lui soient plus favorables. Si l'autre partie refuse d'accepter les nouvelles conditions, il s'expose à la cessation de ses relations contractuelles. Dans la mesure où la partie souhaitant modifier les dispositions contractuelles du nouveau contrat, parvient à mettre

⁴⁸⁸ La loi belge du 27 juillet 1961, relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée.

fin au contrat arrivé à son terme sans que la rupture soit brutale, cette partie peut être condamnée à des dommages-intérêts parce qu'elle a commis une tentative d'imposition de conditions contractuelles déséquilibrées.

Il semble que l'application de cet article doive être assimilée à la protection que des Etats accordent à certains acteurs économiques ayant besoin d'une protection spéciale. L'application de cet article doit être perçue dans un contexte lié au droit des Etats de réglementer les activités économiques sur leur marché. Par conséquent, une analogie peut être faite entre l'application de la disposition relative à la réparation d'un déséquilibre contractuel et l'application des dispositions accordant une indemnisation à certains professionnels, tels que l'agent commercial et le concessionnaire exclusif lié par un contrat à durée indéterminée.

B/L'indemnisation accordée à l'agent commercial et au concessionnaire exclusif

Il est commun que les Etats estiment qu'une relation contractuelle est déséquilibrée dès la conclusion du contrat, même si les deux parties contractantes sont compétentes et rompues aux affaires. Les Etats se préoccupent de la convenance de la contrepartie reçue par l'agent commercial et ils veulent s'assurer qu'il reçoit une indemnisation juste, à la fin de sa relation contractuelle⁴⁸⁹. Cette indemnisation sert à compenser les efforts fournis par lui tout au long de l'exécution du contrat. Le dévouement de ce professionnel et la consécration de son activité au service de son cocontractant vient en premier lieu à l'esprit⁴⁹⁰. Le même statut est réservé par certains législateurs à une autre catégorie de professionnels, le concessionnaire exclusif lié par un contrat à durée indéterminée en droit belge⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ Une protection spéciale est reconnue à certains professionnels étant donné la nature de leurs obligations les mettant dans une position d'infériorité. Selon M. Mayer, « *La question [de l'infériorité résultant de la situation créée par le contrat] est surtout délicate pour les parties liées par des contrats de distribution. Le représentant, l'agent commercial, le concessionnaire ... se trouve dans un Etat de dépendance économique : en raison de la durée de la relation, souvent aggravée par son exclusivité, leur réinsertion dans le circuit économique après la cessation des relations contractuelles est particulièrement difficile. Pour cette raison, la loi leur confère souvent une protection à l'occasion de la rupture : nécessité d'un préavis, indemnité de clientèle, etc. Se pose aussi, pour le concessionnaire et pour celui qui a conclu un contrat de fourniture exclusive, la question de la détermination du prix des ventes successives à intervenir : la fixation unilatérale par le producteur est dangereuse pour ces distributeurs, et est parfois interdite.* » : **MAYER (P.)**, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 537.

⁴⁹⁰ En ce sens : **BOUARD (F. de)**, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁹¹ Sur l'arbitrabilité des litiges impliquant l'application de la loi belge sur les concessions exclusives à durée indéterminée : **HOLLANDER (P.)**, « L'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de distribution commerciale en droit Belge » : *L'arbitrage et la distribution commerciale*, Actes du colloque du CEPANI du 17 novembre 2005, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 26-58 ; **MINJAUW (H.)**, « Relation entre la loi belge de 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive et l'arbitrage, développements récents » : *RDAI*, 2007, pp. 3-15.

Il est loisible que la disposition du déséquilibre contractuel soit conçue comme une prolongation de la protection accordée à l'agent commercial ou au concessionnaire exclusif lié par un contrat à durée indéterminée selon le droit belge.

L'idée est que le législateur français voudrait renforcer la position de certains opérateurs économiques, notamment les distributeurs et leur permettre de demander des dommages-intérêts lorsque leur contrat arrive à terme et si l'autre contractant, tel le commettant, abuse de sa puissance économique et tente d'imposer des clauses exorbitantes. La réparation du dommage causé par la tentative d'imposition de clauses abusives par la partie en position de force, intervient vraisemblablement lorsque les relations commerciales unissant les deux parties prennent fin. Si l'une des parties parvient à apporter la preuve que l'autre partie n'a pas poursuivi la relation contractuelle parce qu'elle a refusé de se soumettre à des clauses abusives conduisant à un déséquilibre significatif, l'arbitre lui accorde des dommages-intérêts de ce chef. Il s'agit d'une sorte de compensation semblable à celle accordée à l'agent commercial qui subit la cessation de ses relations contractuelles avec son commettant.

L'arbitre ne doit pas être indifférent à de telles dispositions dont l'objectif est de procurer une protection spéciale et légitime aux opérateurs agissant sur le marché de l'Etat concerné. L'idée que la partie dite faible soit rompue aux affaires peut être pertinente et l'arbitre ne doit pas l'exclure purement et simplement parce que le litige relève de sa compétence.

Cela incite à dire que dans un sens, l'invocation du déséquilibre prévu par l'article L. 442-1 du Code de commerce est subordonnée à la concordance de certaines circonstances conjoncturelles. En appliquant la notion de déséquilibre, l'arbitre reste fidèle à ses traditions et ne touche ni à la force obligatoire du contrat ni l'autonomie de la volonté. Pour autant, cela n'empêche pas de l'inciter à adopter une interprétation plus audacieuse selon laquelle l'arbitre applique le texte littéralement.

SECTION 2 - INTERPRÉTATION PROGRESSISTE DE LA DISPOSITION

L'autre hypothèse dans laquelle l'arbitre peut intervenir pour appliquer la disposition du déséquilibre significatif est lors de l'exécution du contrat. Lorsque l'une des parties impose à l'autre partie une obligation conduisant à un déséquilibre significatif ou obtient d'elle un

avantage excessif sans réelle contrepartie, la partie lésée ne fait recours à l'arbitre que si cette modification du contrat est vraiment de nature à menacer ses intérêts et son existence. Si la partie lésée estime que son intérêt n'est pas affecté de façon significative et que sa situation économique ou concurrentielle n'est pas déstabilisée par la modification du contrat, il ne sollicitera pas l'arbitre.

Dans le cas où la partie lésée sollicite l'intervention de l'arbitre, ce dernier devra statuer sur l'équilibre contractuel à proprement parler, en vérifiant si les conditions contractuelles sont déséquilibrées ou non. Il peut déclarer la nullité du contrat ou la clause faisant l'objet du litige, en appliquant l'article L. 442-4 du Code de commerce qui prévoit que *«Toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 ainsi que la réparation du préjudice subi. Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus »*. Tant que la Cour de cassation reconnaît l'arbitrabilité de l'article L. 442-1 du Code de commerce, l'arbitre ne rencontre pas de difficulté à prononcer la nullité du contrat ou la clause créant le déséquilibre et par conséquent, ordonner la restitution de l'indu et les dommages-intérêts.

En principe, si l'une des parties fait recours à l'arbitre alors que le contrat est déjà en exécution, en invoquant des droits et des obligations significativement déséquilibrés, consenties dès la conclusion du contrat - sans qu'il soit renouvelé en subissant des modifications substantielles provoquant un déséquilibre - il est très difficile qu'une telle invocation soit fructueuse devant l'arbitre. Néanmoins, rien n'empêche théoriquement l'arbitre de porter un jugement sur l'équilibre contractuel du contrat, en se référant à la volonté du législateur français qui a édicté une telle disposition.

Deux occasions s'offrent à l'arbitre pour appliquer la disposition en question. Soit le contrat est soumis au droit français et de ce fait, le droit français s'applique, y compris ses lois de police en tant que loi d'autonomie. Soit, l'une des parties au contrat qui s'exécute ou censé s'exécuter en France, s'estime victime d'un déséquilibre contractuel significatif et demande l'application de la disposition en question.

Le premier cas de figure peut déboucher sur deux solutions : le droit choisi est le droit français et l'exécution se déroule en France, l'arbitre est bien placé pour contrôler le l'équilibre contractuel. A l'inverse, le contrat ne s'exécute pas en France alors que le droit français est choisi pour régir le contrat, mais l'arbitre reste en mesure de contrôler le déséquilibre contractuel. Toutefois, l'Etat français n'ayant pas intérêt à imposer sa loi, l'arbitre a une marge de décision et peut choisir de ne pas tenir compte de la disposition en question. S'il arrive que le juge français contrôle une sentence validant un déséquilibre flagrant et que les critères de censure exigés par l'ordre juridique français sont remplis, il est peu probable que le juge français annule la sentence ou refuse de la revêtir d'exéquatur. De fait, son ordre juridique et tout particulièrement son ordre public économique, sont désintéressés.

Dans le seconde cas de figure en revanche, c'est-à-dire lorsque la loi française n'est pas la loi d'autonomie, mais le contrat s'exécute en France, l'arbitre doit respecter la volonté législative française et tenir compte du déséquilibre contractuel invoqué par la partie intéressée. Chaque Etat a le droit d'imposer une réglementation de l'ordre public économique le plus convenable à son sens et il n'appartient pas à l'arbitre de contester cette prérogative qui est en l'occurrence légitime.

L'application d'un texte incitant à rétablir l'équilibre contractuel dans une relation commerciale internationale, peut s'appuyer sur la naissance d'un ordre public transnational idéal. La nécessité de protéger un professionnel en position de faiblesse, peut entraîner l'annulation du contrat présentant la pathologie de déséquilibre significatif ou son adaptation si cela est possible (I). L'équilibre contractuel peut être rétabli par l'arbitre au nom de la réglementation économique dont dispose l'Etat concerné, le contrat s'exécutant sur son territoire (II).

§I - Un ordre public transnational idéal

La restriction de l'arbitrabilité d'un litige impliquant un professionnel en position de faiblesse, n'est pas justifiable pour un arbitre international. Il est donc compréhensible d'écarter les professionnels de la catégorie des parties faibles au sens strict du terme, pour justifier l'arbitrabilité des litiges impliquant ces personnes. D'emblée, il n'est pas justifiable de nier à ces acteurs la protection prévue par la loi de police qui revendique son application. Il ne s'agit pas d'un professionnel qui a besoin d'être protégé contre la compétence de l'arbitre, mais

d'un professionnel qui a besoin d'être protégé par l'arbitre, en tenant compte de la loi de police qui revendique son application⁴⁹².

Si l'institution arbitrale évolue et intègre dans son vocabulaire la conception de la partie faible, dans ce contexte, l'arbitre procède à l'examen de l'équilibre contractuel, en se référant à l'ordre public transnational et à la loi de police applicable pour fonder sa décision⁴⁹³. Ceci dit, l'ordre public transnational est-il apte à évoluer ? Selon certains auteurs, l'ordre public véritablement international, ne fournit pas les outils les plus adaptés à la protection des parties faibles, car ce corps de règles se constitue entre opérateurs économiques. Ce constat est émis par un auteur qui n'inclut pas les professionnels dans la catégorie de la partie faible, il n'exclut pas la possibilité que l'un d'eux soit victime d'un abus de puissance économique⁴⁹⁴.

Afin de protéger une partie faible et selon le même courant de pensée, l'arbitre doit se référer aux lois de police, dans lesquelles les garanties offertes sont de nature à protéger l'intérêt de la partie faible, contrairement à l'ordre public véritablement international qui ne prend en considération que des intérêts des opérateurs économiques supposés avoir la même puissance économique⁴⁹⁵.

Il est vrai que dans l'état actuel de la pratique arbitrale internationale, la protection des parties faibles ne constitue pas une priorité⁴⁹⁶, car seuls les intérêts privés sont intéressés. Il faut toutefois reconnaître que l'implication du droit économique dans les relations internationales de droit privé, a modifié la situation. Lorsqu'un législateur étatique édicte des règles destinées

⁴⁹² Plus précisément, « *le fondement de l'exclusion de l'arbitrage, pour les litiges mettant aux prises des parties d'une inégale puissance économique, repose sur l'équivalence faite entre arbitrage et renonciation. L'arbitrage emporte en effet renonciation, non pas au droit subjectif litigieux, mais au droit pour la partie faible à voir le litige tranché par son juge naturel.* » : **BILLEMONT (J.)**, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, op. cit., p. 49.

⁴⁹³ A cet égard, un auteur a écrit : « *Il nous paraît que la référence à l'ordre public transnational ne rend pas inutile devant l'arbitre la technique des lois de police. Les deux sont fondamentalement complémentaires, l'un n'excluant pas l'autre. Le respect par l'arbitre de l'ordre public implique selon nous l'utilisation des deux méthodes qui ont chacune leur utilité et leurs critères propres d'intervention.* » : **RACINE (J.-B.)**, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international » : *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, Université de Bourgogne - CNRS - Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, LexisNexis, Paris, 2014, p. 19.

⁴⁹⁴ **SERAGLINI (Ch.)**, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », op. cit.

⁴⁹⁵ *idem.*

⁴⁹⁶ Décrivant la situation actuelle qui règne en droit du commerce international à propos de la protection du professionnel, un auteur a écrit que « *le refus d'admettre une quelconque protection aux opérateurs du commerce international est fortement ancré en droit du commerce international.* » : **RACINE (J.-B.)**, « La protection du professionnel contractant en matière internationale », op. cit., p. 257.

à la réglementation du marché et à la protection de son ordre public économique, la question de la protection des intérêts privés devient peu pertinente. La protection de l'équilibre contractuel reconnue aux professionnels en droit français, doit être perçue sous l'angle d'un intérêt étatique, non sous l'angle d'un pur intérêt privé. A ce titre, il n'est pas exclu de faire entrer dans l'ordre public transnational la protection de certains professionnels, si un certain nombre d'Etats estiment qu'une telle protection est fondamentale⁴⁹⁷.

Lorsque la question litigieuse tombe sous l'empire d'une loi économique qui veille au bon fonctionnement du marché, la question de la nature de l'intérêt impliqué doit être exclue. Ainsi, l'intégration à l'ordre public transnational des dispositions visant à protéger une catégorie donnée de contractants, sera-t-elle facilitée. A cet égard, un auteur a mis en relief « *la nécessité de bâtir un ordre public internationalisé incluant la protection d'intérêts catégoriels (ce qui contribue naturellement au brouillage de la distinction entre ordre public de " direction " et ordre public de " protection ")* »⁴⁹⁸. L'application de cette notion à une catégorie bien déterminée qui fait l'objet d'une réglementation classique par les Etats comme l'agent commercial, est aisée. Par contre, une question se pose à l'égard de l'article L. 442-1-1° et 2° du Code de commerce français prohibant le déséquilibre contractuel : quel intérêt catégoriel le législateur français a-t-il voulu protéger ? Les termes du texte légal sont assez généraux, ce qui étend son application à tout contrat commercial. Il est possible malgré ce fait de cantonner son champ d'application aux contrats de distribution qui s'exécutent en France. Cela veut dire que la catégorie visée principalement est celui des distributeurs agissant sur le marché français.

A partir de ce raisonnement, le contrôle qui s'exerce sur le déséquilibre contractuel doit porter sur les contrats de distribution exécutés sur le territoire d'un Etat édictant de telles dispositions et d'autres dispositions équivalentes doivent être constatées dans d'autres ordres juridiques. A défaut de cette concordance législative, l'arbitre peut tout simplement faire recours à la notion de lois de police. Il met en œuvre la disposition consacrant l'équilibre contractuel en dehors de la notion d'un ordre public transnational, mais sous certaines conditions.

⁴⁹⁷ « *La protection des parties en situation de déséquilibre peut constituer ces lois de police partagées par une majorité d'Etats et considérées comme essentielles à la sauvegarde d'intérêts supérieurs.* » : **FONTMICHEL (M.)**, *Le faible et l'arbitrage*, Thèse, coll. Recherches juridiques dirigée par Nicolas Molfessis, Economica, Paris, 2013, p. 118.

⁴⁹⁸ **RACINE (J.-B.)**, « Droit économique et lois de police », *op. cit.*, p. 72.

§II - Le droit des Etats de sauvegarder leur ordre public économique

Si l'arbitre constate que le contrôle de l'équilibre contractuel ne fait pas partie de l'ordre public transnational, il peut appliquer la disposition en question en tant que loi de police. Il peut le faire même si la loi de police consacrant l'équilibre contractuel est étrangère à la *lex contractus*. Il faut que l'ordre juridique concerné ait intérêt à régir le litige. Cet intérêt se matérialise par l'exécution du contrat faisant l'objet du litige sur le territoire de l'Etat édictant la loi de police en question (A). Il faut ensuite explorer la légitimité de la loi de police, en tenant compte de l'intérêt général qu'elle cherche à atteindre (B).

A/ *L'intérêt étatique est en jeu territorialement*

Une loi de police consacrant une protection particulière peut se transformer en simple disposition impérative, si l'ordre juridique de l'Etat édictant cette loi de police n'a pas intérêt à régir le litige⁴⁹⁹. Tel est le cas si le contrat de distribution qui présente un déséquilibre contractuel ne s'exécute pas en France alors que la loi française a été choisie pour régir le contrat. Dans ce cas, la disposition de l'équilibre contractuel prévue par le droit français n'est pas une loi de police. Plus exactement, l'ordre public du juge français n'est pas méconnu par l'inapplication de la disposition imposant l'équilibre contractuel, puisque le marché français n'est pas en jeu⁵⁰⁰.

Ce raisonnement peut être déduit des dispositions procurant protection à l'agent commercial. Lorsque cet agent n'exerce pas son activité ni en France ni dans un Etat membre de l'Union européenne, les dispositions consacrant une compensation à la fin du contrat ne sont pas considérées comme faisant partie de l'ordre public international. Par conséquent, la méconnaissance par l'arbitre des méthodes de calcul de l'indemnité à verser à la fin de la relation contractuelle, ne constitue pas un motif de nullité de la sentence arbitrale⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ **RACINE (J.-B.)**, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 25.

⁵⁰⁰ « Tant que les lois de police étaient conçues comme des règles dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation étatique, il était logique d'adopter une approche essentiellement territoriale, axée sur leur application "immédiate" dès que le territoire ou le marché national est affecté. » : **NUYTS (A.)**, « L'application des lois de police dans l'espace réflexion au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire », *op. cit.*, p. 31.

⁵⁰¹ La Cour d'appel de Paris a jugé que « si le contrat d'agent commercial liant les parties est expressément soumis au droit français, les dispositions de la loi n° 91-593 du 25 juin 1991 portant statut des agents

Cependant, il faut souligner que la position de la haute juridiction française contredit cette logique, la Cour de cassation ayant pris la même position vis-à-vis de l'agent commercial, sans tenir compte du lieu d'exécution du contrat. Peu importe si l'agent commercial exerce son activité en France, les dispositions protectrices dont il bénéficie ne font pas partie de l'ordre public international⁵⁰².

Malgré cette réalité, il apparaît que l'implication de l'ordre public économique français est le facteur déterminant pour l'arbitre, en ce qui concerne l'application de la disposition dictant l'équilibre contractuel.

Cette position déduite par analogie jouit d'un soutien doctrinal important. L'analogie se trouve entre l'agent commercial qui doit être indemnisé à la fin de son contrat et le distributeur exerçant sur le sol français qui bénéficie de la disposition de l'équilibre contractuel. Certes, les conséquences qui découlent des régimes juridiques comparés sont différentes et même incomparables de par leur gravité, le principe est pourtant le même. Chaque Etat édicte les dispositions impératives qui régissent le fonctionnement de son marché au sens large du terme, ce qui englobe la protection des acteurs agissant sur ce marché. Le fait que le litige soit conféré à un arbitre ne doit pas être une source d'inquiétude pour l'Etat concerné.

Il reste à savoir comment l'arbitre détecte que l'Etat concerné par l'imposition d'une disposition constituant une loi de police. Il faut tout d'abord souligner que l'arbitrabilité de la

commerciaux, codifiée aux articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce, transposition dans l'ordre juridique interne de la directive CE 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 ne peuvent être regardées comme constitutives d'une loi de police applicable dans l'ordre international au sens de l'article 1520-5° du Code de procédure civile qu'autant que leur méconnaissance heurterait la conception française de l'ordre public international qui s'entend de l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des matières internationales, n'est susceptible d'être atteinte qu'autant que l'agent commercial exerce son activité sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne ;

Qu'en effet, si tel n'est pas le cas, ces dispositions relèvent exclusivement de l'ordre public interne sans pouvoir être opposées à une sentence internationale » : Cour d'appel de Paris, 23 octobre 2012, société Michel A. Chaloub Inc. c. / Société Daum : Rev. arb. 2013, p. 170, note d'Avout (L.).

⁵⁰² Cass. com. 28 novembre 2000, société Allium de la distribution exclusive en Europe c. / société de droit américain Alfin Incorporated, n° de pourvoi 98-11.335 : JCP E, 2001, 997, note Bernardeau (L.), (la loi de New York a été la loi d'autonomie qui ne reconnaît pas d'indemnité à l'agent commercial). Certains auteurs interprètent un autre arrêt de 2016, comme un revirement jurisprudentiel parce que l'exclusion du droit français était au profit du droit allemand, donc au profit d'un droit d'un Etat membre qui consacre une protection à l'agent commercial : Cass. com., 5 janv. 2016, n° 14-10.628, F-D, M. S. c. / SNC ArcelorMittal Revigny : JurisData n° 2016-000020 ; Contrats. conc. consom., n° 3, 2016, comm. 64, note Mathey (N.).

matière n'est en aucun cas interprétée comme une renonciation à l'application de la disposition impérative. Puis, il faut savoir que l'inarbitrabilité de la matière impérative ou l'incertitude qui règne à propos de son arbitrabilité, sont des indices à l'intransigeance de l'ordre juridique concerné vis-à-vis de toute méconnaissance de la matière en question. Cette idée est exprimée à l'égard des matières impératives concernant des parties faibles au sens classique du terme. En effet, l'arbitrabilité de la matière constitue le principal indice pouvant guider l'arbitre : « *lorsqu'un Etat pose, dans l'espèce considérée, une telle restriction [une restriction à l'arbitrabilité du litige] au nom de la protection de la partie faible, l'arbitre devrait la considérer. Cela ne signifie pas qu'il l'appliquera automatiquement ; il lui appartiendra d'en apprécier la légitimité d'application à l'espèce dont il est saisi* »⁵⁰³. A cet effet, l'arbitre procède à l'appréciation de la légitimité de la disposition protectrice, autrement dit une loi de police digne d'être appliquée, en recourant au droit comparé⁵⁰⁴.

Au demeurant, l'importance de la disposition juridique se mesure aux interrogations et aux questions soulevées. A titre d'exemple, avant de connaître la position de la jurisprudence étatique française favorable à l'arbitrabilité de toutes les dispositions constitutives des pratiques restrictives de concurrence⁵⁰⁵ (le déséquilibre contractuel et la rupture brutale de relations commerciales établies), un auteur a écrit « *On ne peut manquer de se demander si les articles L. 442-6 I 2° [relatif au déséquilibre significatif] ou 4° du Code de commerce ne seraient pas des "règles impératives du droit français" qui pourraient limiter l'autonomie de la clause compromissoire* »⁵⁰⁶. Le simple fait de poser cette question exprime l'importance accordée à cette disposition, mais le fait de connaître la position favorable à l'arbitrabilité de la jurisprudence française⁵⁰⁷ ne change rien à la nécessité d'appliquer la disposition en question par l'arbitre. L'arbitrabilité selon la jurisprudence française n'évince pas

⁵⁰³ **SERAGLINI (Ch.)**, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *op. cit.*

⁵⁰⁴ *idem.* (Il semble que l'auteur fasse référence à l'ordre public transnational indirectement, en prenant le droit comparé comme indice de légitimité).

⁵⁰⁵ La Cour d'appel de Paris a jugé que « *si la circonstance tirée de la violation alléguée des dispositions des articles L. 341-1, L. 420-1 et L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et du caractère anticoncurrentiel est de nature à caractériser une violation de l'ordre public économique, il n'en résulte pas pour autant que serait exclu le recours à l'arbitrage pour trancher les litiges nés, entre opérateurs économiques, de l'application de ces textes* » : CA Paris, 23 mai 2017, n° 16/25311 : *Jurisprudence Dalloz*.

⁵⁰⁶ **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**, « Abus de puissance économique et droit international privé » : *RID éco.*, 2010, p. 57.

⁵⁰⁷ Arbitrabilité déduite d'un arrêt intéressant une clause attributive de juridiction : Cass. 1^{er} civ. 22 octobre, 2008, pourvoi n° 07-15.823, *Monster Cable Products Inc. c. / Société Audio Marketing Service*, *Bull. civ.*, 2008, I, n° 233.

l'impérativité de la disposition assurant le respect de l'ordre public économique⁵⁰⁸.

Il reste à savoir la raison d'être des dispositions relatives à la nécessité de l'équilibre contractuel.

B/ La légitimité de l'objectif téléologique recherché par la prohibition du déséquilibre significatif

Les dispositions du droit de la concurrence en général cherche à atteindre un intérêt commun. L'un des objectifs téléologiques de ce droit est la protection de l'intérêt des consommateurs, dans la mesure où ils peuvent avoir les mêmes produits et services à des prix moins élevés, grâce à la libre concurrence qui s'exerce entre les entreprises.

Lorsque certains législateurs édictent des dispositions visant à pallier les effets de l'utilisation de la puissance économique de manière abusive, le marché va fonctionner sainement et va produire des prix plus intéressants pour les consommateurs. A condition que les entreprises puissantes économiquement ne tiennent pas sous leur joug les autres entreprises, en concluant des contrats très déséquilibrés. Les entreprises en position de faiblesse ne souffrent plus de l'emprise démesurée qu'exercent les entreprises en position de force. Cela va naturellement conduire à l'abaissement des prix car les entreprises en position de faiblesse ne seront plus obligées à compenser le déséquilibre contractuel en recourant à une augmentation des prix aux consommateurs. Ce faisant, ces entreprises seront désavantagées sur le plan concurrentiel par d'autres entreprises proposant de meilleurs prix car elles ne subissent pas les abus exagérés de leurs cocontractants⁵⁰⁹.

C'est pourquoi le législateur français n'a pas conditionné la mise en œuvre de la disposition du déséquilibre contractuel, à l'exigence classique de l'affectation du marché intérieur. Il n'a

⁵⁰⁸ La Cour d'appel de Paris a déclaré que « si le caractère de loi de police économique de la règle communautaire du droit de la concurrence interdit aux arbitres de prononcer des injonctions ou des amendes, ils peuvent néanmoins tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard des règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause. » : CA Paris, 19 mai 1993, Labinal c. / Mors et Westland Aerospace : Rev. arb., n° 4, 1993, p. 645, note Jarrosson (Ch.) ; RTD Com, 1993, p. 494, note Loquin (E.).

⁵⁰⁹ « La protection d'un professionnel permet d'instaurer de la confiance (c'est le cas, notamment, des obligations d'information). De même, la protection peut être un facteur d'égalisation des conditions de la concurrence ou de moralisation de cette même concurrence. En protégeant des professionnels, on en vient ainsi à protéger le marché de même que, plus lointainement, les consommateurs. » : **RACINE (J.-B.)**, « La protection du professionnel contractant en matière internationale », *op. cit.*, pp. 263-264.

pas non plus exigé que l'une des entreprises soit en position dominante sur le marché, pour appliquer la notion du déséquilibre contractuel. Par ailleurs, il n'a pas exigé que l'une des entreprises soit en état de dépendance économique vis-à-vis de l'autre entreprise, pour prohiber le déséquilibre contractuel. Tout cela démontre à quel point cette disposition est importante pour le législateur français.

Son objectif dépasse d'ailleurs l'intérêt privé en tant que tel et cherche à éviter les effets de l'abus de puissance économique⁵¹⁰. Il est donc partial d'attacher l'exigence d'un équilibre contractuel au seul intérêt privé des entreprises⁵¹¹. Ainsi, « *les dispositions relatives aux équilibres des contrats conclus entre professionnels sont motivées moins par l'instauration d'un traitement particulièrement favorable à certaines catégories de professionnels que par la volonté de tempérer les effets des abus possibles de la partie en position de force* »⁵¹².

Le législateur de cette façon, traque l'abus de puissance économique sans imposer d'être lié par les conditions économique et techniques qui tiennent à la définition du marché concerné et à un effet ou objet anticoncurrentiel de l'accord examiné. C'est la raison pour laquelle un auteur a écrit que « *La défense de la libre concurrence sur le marché sert parfois de prétexte à une protection déguisée de l'entrepreneur économiquement dépendant contre les abus du partenaire dominant* »⁵¹³.

La véracité de ce constat n'enlève rien à la légitimité de la prohibition du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, lorsque l'objectif recherché relève de l'intérêt général. D'autant plus qu'au fond, le droit de la concurrence n'est pas étranger aux droits individuels des entreprises. Par conséquent, « *A notre avis, les droits individuels dont bénéficient les opérateurs économiques constituent un aspect majeurs des lois sur la*

⁵¹⁰ Un auteur a écrit en ce sens : « *quant aux règles qui protègent une catégorie de professionnels contre d'autres, il est souvent difficile d'identifier un intérêt général, distinct de celui de chacun des professionnels protégés, qui commanderait un domaine d'application nécessaire précis ; lorsque la qualification de loi de police est retenue, ce qui n'est pas en général justifié, les tribunaux tendent à retenir comme critère l'établissement du professionnel protégé.* » : **MAYER (P.)**, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 523.

⁵¹¹ A propos des pratiques restrictives de concurrence en général, il a été soutenu « *que ces normes ont pour objet de réaménager la notion d'ordre public en prenant le contrat en considération à titre de vecteur de la politique économique, ce qui modifie l'approche traditionnelle de la distinction entre les parties et les tiers* » : **LUCIANI (A.-M.)**, « Une histoire juridique d'amour-haine : le contrôle des pratiques restrictives de concurrence » : *Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Decoopman*, « Les frontières du droit », éd. CEPRISCA, Amiens, 2014, p. 107. Voir aussi : **JOBARD-BACHELLIER (M.-N.)**, « Une impérativité active des règles de droit dans l'ordre international » : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 345-346.

⁵¹² **AUBRY (H.)**, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, PUAM, Aix en Provence, 2002, p. 311.

⁵¹³ **BOUARD (F. de)**, *La dépendance économique née d'un contrat*, *op. cit.*, p. 24.

concurrence, souvent méconnu par les commentateurs de l'arbitrage »⁵¹⁴.

A partir de ce contexte, il est permis de soutenir que l'application de la disposition prohibant un déséquilibre contractuel significatif, doit sortir du cadre contractuel classique. Elle doit aussi intégrer la sphère de la réglementation dirigiste associée par les Etats, à la réalisation d'un intérêt général⁵¹⁵.

Certes, dans un contexte international, les professionnels en position de faiblesse, ne sont pas parmi les personnes qui méritent protection allant jusqu'à remettre en cause la validité de la clause compromissaire, en raison d'absence d'infériorité de négociation lors de la conclusion du contrat⁵¹⁶. Mais cela ne signifie pas que la protection doit être exclue à ce titre devant l'arbitre. Le législateur ne vise pas la protection du consentement des professionnels, il cherche à consacrer la protection en tant que telle étant donné ses bienfaits projetés sur la structure du marché pris dans son ensemble. Cela inclut la lutte contre l'abus de puissance économique auquel peut être soumis un professionnel⁵¹⁷. En prohibant le déséquilibre contractuel significatif, la notion de contrepartie qui traverse le droit de la concurrence dans son aspect contractuel, existe.

Il ne devrait pas être surprenant qu'un arbitre international statue sur des pratiques abusives conduisant à un déséquilibre contractuel significatif. Celles-ci sont condamnées par les tribunaux étatiques et l'arbitre peut trouver ses repères en faisant recours à la jurisprudence étatique, abordant de telles questions. Un auteur a par exemple recensé certaines clauses

⁵¹⁴ **MAIRE (J.-P.) et HAHN (D.)**, « Réglementation de la concurrence et évolution du concept d'arbitrabilité », in *Competition and Arbitration Law*, ICC, Paris, 1993, p. 81.

⁵¹⁵ « Il possible [...] qu'une règle de protection individuelle, qui ne serait pas à ce titre une loi de police, le soit en tant qu'elle intéresse directement l'Etat. » En outre, « il arrive qu'une règle assure à la fois la protection d'une partie en situation de faiblesse, et la défense d'intérêts étatiques. » : **MAYER (P.)**, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 539. Dans le même sens, voir : **RACINE (J.-B.)**, « La protection du professionnel contractant en matière internationale », *op. cit.*, p. 267. Voir également **NUYTS (A.)**, « L'application des lois de police dans l'espace réflexion au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire », *op. cit.*, spéc., point 5.

⁵¹⁶ M. Mayer a écrit : « En définitive, seule une inégalité existant au moment de la conclusion du contrat et risquant de se traduire par une faiblesse dans la négociation justifie une atteinte à la loi d'autonomie. Cela vise essentiellement les personnes qui concluent un contrat assurant la satisfaction d'un besoin vital, et celles qui se présentent isolées et sans expérience juridique devant une entreprise puissante ; pour l'essentiel : salariés, locataires, consommateurs stricto sensu, assurés. » : **MAYER (P.)**, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 537.

⁵¹⁷ Ce raisonnement est emprunté à M. Mayer lorsqu'il explique que la protection de l'agent commercial et du concessionnaire exclusif peut résulter d'une volonté étatique consacrant cette protection en tant que telle, sans se préoccuper du consentement de l'intéressé. Selon l'auteur, « l'impérativité d'une règle substantielle peut résulter de la valeur particulière que l'on accorde à la protection qu'elle procure, et ne repose pas nécessairement sur une présomption d'inégalité des parties dans la négociation » : **MAYER (P.)**, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 537.

caractérisant un déséquilibre contractuel en s'appuyant sur la jurisprudence. Il propose l'analyse suivante « [...] il est possible de dresser un portrait-robot des clauses déséquilibrées (sans que cela ne préjuge du caractère significativement déséquilibré du contrat). Il s'agit :

- des clauses qui reconnaissent une prérogative à une seule des parties ou qui mettent un devoir à la charge d'une seule partie, alors que la prérogative ou le devoir pourrait être réciproque ;
- des clauses qui reconnaissent une prérogative exorbitante à l'une des parties ou qui mettent un devoir exorbitant à la charge d'une partie, sans contrepartie ;
- des clauses qui dérogent de manière répétée à des règles supplétives en faveur d'une partie ;
- des clauses de réductions de prix consenties sans contrepartie par un fournisseur à un distributeur dans les relations relevant de l'article L. 441-7 du Code de commerce »⁵¹⁸.

La condamnation de telles clauses intervient souvent à l'occasion d'une demande formulée par les autorités publiques, chargées de faire appliquer le droit de la concurrence⁵¹⁹. Toutefois, il arrive à l'arbitre de statuer sur ces clauses car la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris en a l'occasion⁵²⁰.

Cette question du déséquilibre contractuel a été invoquée devant un arbitre, lors d'un litige

⁵¹⁸ **SIMON (F. L.)**, « Panorama de jurisprudence sur les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en vue de l'application de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce (2016-2017) » : *Petites affiches*, n° 37, p. 3, spéc. § 25.

⁵¹⁹ L'article L. 442-4 du Code de commerce, modifié par Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 - art. 2 prévoit que « I.- Pour l'application des articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8, l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée aux articles précités ». La position de la Cour de cassation à propos de la prérogative reconnue au ministre de l'économie est comme suit « Mais attendu qu'après avoir rappelé que l'article L. 442-6, III, du Code de commerce réserve au ministre chargé de l'économie la faculté de saisir le juge pour faire cesser des pratiques illicites et prononcer des amendes civiles, l'arrêt énonce, à bon droit, que l'action ainsi attribuée au titre d'une mission de gardien de l'ordre public économique pour protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence est une action autonome dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques au regard de sa nature et de son objet ; que, le ministre n'agissant ni comme partie au contrat ni sur le fondement de celui-ci, la cour d'appel a caractérisé l'inapplicabilité manifeste au litige de la convention d'arbitrage du contrat de distribution ; que le moyen n'est pas fondé. »

⁵²⁰ La Cour d'appel a déclaré : « la circonstance que l'article L. 442-6 du Code de commerce investisse le ministre chargé de l'économie d'une action autonome devant les juridictions étatiques aux fins de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence par la cessation des pratiques illicites et l'application d'amendes civiles n'a pas davantage pour effet d'exclure le recours à l'arbitrage pour trancher les litiges nés, entre les opérateurs économiques, de l'application de ce même texte. » : CA Paris, 7 avril 2015, n° 15/00512 : *Lextenso*.

portant à la fois sur une rupture brutale d'une relation commerciale établie et sur le caractère déséquilibré du prix proposé, pour renouveler le contrat. L'une des parties a invoqué la tentative de l'autre, d'imposer un prix excessivement augmenté pour renouveler le contrat. Le tribunal a répondu que le la demanderesse n'avait pas démontré que le prix proposé par la défenderesse, pour la poursuite de la relation, était « *hors de toute proportion* »⁵²¹.

Dans une autre affaire, le déséquilibre dans les obligations assumées par les parties au contrat, a pu justifier que l'une des parties mette fin au contrat⁵²². En l'espèce, il s'agit d'un contrat de distribution de produits pharmaceutiques conclu entre un distributeur américain et un concédant allemand. Le tribunal arbitral a joué là un rôle plus actif que passif dans la modification de la volonté des parties, car l'exigence de respecter l'ordre public allemand était en question, tout comme celle de l'équilibre contractuel. Le contrat contenait une clause en son article 7, selon laquelle les deux parties avaient le pouvoir de renouveler le contrat en respectant un préavis de six mois. La partie américaine avait décidé de mettre en œuvre cette clause, en notifiant à son cocontractant son intention de renouveler le contrat. La partie allemande s'y est opposée en invoquant l'article 138 du Code civil allemand qui prévoit que la convention qui se heurte à l'ordre public est nulle. La contrariété à l'ordre public réside dans l'hypothèse où si effet était donné à la clause convenue, cela peut conduire à la validation d'une obligation pour une durée indéterminée. Cet argument a convaincu les arbitres qui ont soutenu que les arbitres comme les juges, avaient la responsabilité « *de poser les limites aux relations contractuelles de long terme, en particulier lorsqu'elles imposent des obligations plus lourdes à l'une des parties* »⁵²³.

Par conséquent, les arbitres ont pu constater un déséquilibre entre l'obligation du concédant considérée comme plus lourde et celle du distributeur dont le rôle était de promouvoir et de vendre au mieux, les produits du concédant à des tiers. Ainsi, les arbitres ont décidé que le concédant était en droit de résilier le contrat. Bien que le concédant ait invoqué la réorganisation de son entreprise pour éviter le renouvellement du contrat, il semble que les arbitres n'en aient pas tenu compte et qu'ils aient basé leur décision sur le déséquilibre économique constaté entre les deux parties.

⁵²¹ Sentence arbitrale finale CCI, aff. n° 14817, 2008 : *JDI*, 2011, p. 1272, note Carlevaris (A.).

⁵²² Sentence arbitrale CCI, aff. n° 6830 de 1991 (lieu de l'arbitrage : Londres - droit applicable : droit allemand), inédite, citée par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Litec, Paris, 2002, pp. 195-196.

⁵²³ **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, op. cit., p. 196.

Cela permet de dire que le principe d'équilibre contractuel n'est pas totalement étranger à l'institution arbitrale, mais il n'intervient que dans des situations particulièrement graves. C'est pourquoi un auteur pense que l'arbitre prend en compte la nature et la gravité du déséquilibre contractuel lors de l'appréciation des droits et obligations consentis pour décider de l'issue du litige⁵²⁴.

En fin de compte : « *Dans la réalité, on sait bien que très souvent, l'un des contractants sera en position de force par rapport à l'autre, même si cet autre n'entre pas dans la catégorie des parties étiquetées "faibles" comme le sont les salariés, les consommateurs, les assurés, ou encore les créanciers d'aliments* »⁵²⁵. Cela incite l'arbitre à ne pas négliger un déséquilibre significatif lorsque l'Etat concerné fait le lien entre la condamnation de cette pratique et un intérêt général.

S'il n'est pas admissible que l'arbitre porte atteinte à un intérêt général étatique propre à un seul Etat, ne paraît-il pas plus légitime qu'il participe à généraliser la prohibition du déséquilibre contractuel sur l'échelle mondiale ? L'arbitre devrait contribuer à réprimer l'abus de puissance économique chaque fois que l'occasion se présente à lui, mais cette position est apparemment minoritaire bien qu'elle soit sans doute la plus morale. Dans cet objectif, un auteur n'a pas hésité à prendre position : « *il serait souhaitable que les arbitres entreprennent de sanctionner les abus de domination manifestes. Cette notion appréhenderait les cas où un contractant abuse de la situation de dépendance économique de son partenaire dans le but de s'octroyer un avantage excessif. De cette manière, les arbitres assainiraient les relations d'affaires internationales. En utilisant le critère d'abus manifeste, ils sanctionneraient les pratiques les plus graves sans remettre fondamentalement en cause la sécurité juridique* »⁵²⁶. Cela est d'autant plus important que les petites et moyennes entreprises sont des opérateurs du commerce international, pas seulement les entreprises multinationales⁵²⁷.

⁵²⁴ **RACINE (J.-B.)**, « La protection du professionnel contractant en matière internationale », *op. cit.*, p. 271.

⁵²⁵ **GAUDEMONT-TALLON (H.)**, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *op. cit.*, p. 264.

⁵²⁶ **RACINE (J.- B.)**, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 392.

⁵²⁷ **RACINE (J.-B.)**, « La protection du professionnel contractant en matière internationale », *op. cit.*, p. 261.

CONCLUSION DU CHAPITRE

Etant donné ce qui précède, le déséquilibre contractuel significatif ne constitue pas une préoccupation de l'arbitre, pour le moment. Force est donc de constater la nécessité pour l'arbitre, de changer de regard et de se conformer aux visions étatiques sur la question. Le fait qu'un lien est établi entre le déséquilibre contractuel significatif et la stabilité de l'ordre public économique, ne fait qu'affirmer l'inéluctable confrontation entre l'arbitrage et les juridictions étatiques, si les arbitres ne se plient pas à de telles politiques étatiques.

Dans un premier temps, il suffit que l'arbitre tienne compte des lois de police consacrant la prohibition du déséquilibre contractuel lorsqu'un Etat a intérêt à imposer cette prohibition. Dans un second temps, il est souhaitable que l'arbitre contribue à l'intégration de la notion d'abus de puissance économique, dans l'univers du commerce international. Ce faisant, lorsqu'il est commandé ou décide de se référer aux principes généraux du droit pour trancher un litige, l'déséquilibre contractuel significatif, ne lui échappe pas.

La participation de l'arbitre à la régulation de notre monde globalisé, lui dicte d'adopter et capter de telles notions contractuelles et les met en œuvre de façon concrète. Loin de la une mission impossible, l'arbitre était capable de consacrer le principe de bonne foi et d'en faire un emblème dans le commerce international. L'une des applications de ce principe tient au fait de ne pas commettre un abus de droit. L'abus de puissance économique qui conduit à un déséquilibre contractuel significatif, ne semble pas sortir du cadre de la bonne fois, si ce principe est conçu fonctionnellement : en imposant des dispositions contractuelles exorbitantes, la partie puissante abuse de sa puissance économique, ce qui contrevient au principe de bonne foi.

Si la question est abordée d'un point de vue territorial, l'arbitre ne saurait pas contredire la volonté d'un législateur aspirant à l'élaboration d'un ordre public économique harmonisé, dans lequel plus de liberté est octroyée aux opérateurs économiques. Ces opérateurs ont le droit de contester la puissance économique envahissante. L'arbitre doit veiller à ce que ses rapports avec les ordres juridiques étatiques relèvent de la catégorie " gagnante-gagnante ". Ainsi, l'avis d'un auteur qui s'est exprimé sur l'application des lois économique par l'arbitre en général, ne peut qu'être suivi. Après avoir énumérer les matières économiques dans

lesquelles l'arbitrabilité est reconnue, à savoir dans l'essentiel : le droit de la concurrence, le droit de la faillite, le droit de la propriété intellectuelle, la loi contre le crime organisé aux Etats Unis (RICO Act) et la loi sur les contrats de concession en Belgique, il écrit : « *les pouvoirs ainsi reconnus aux arbitres de statuer même si l'ordre public économique est en jeu ont une contrepartie : c'est le devoir, pour ces mêmes arbitres, de respecter et d'appliquer exactement ces lois* »⁵²⁸.

⁵²⁸ **FOUCHARD (PH.)**, « L'arbitrage. Les règles de procédure face problèmes économiques », in *Philippe FOUCHARD, Ecrits, Droit de l'arbitrage, Droit du commerce international*, Comité français de l'arbitrage, Paris, 2007, p. 201.

CHAPITRE II

L'APPLICABILITÉ DES DISPOSITIONS RELATIVES À LA RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES

Mettre fin à une relation contractuelle n'est pas critiquable en soi, mais lorsque l'une des parties met fin au contrat sans respecter un préavis tenant compte de la durée de la relation contractuelle, il engage sa responsabilité à l'égard de son cocontractant. Les opérateurs économiques ont besoin de prévoir l'avenir pour assurer la continuité de leurs affaires. Si un événement aussi grave que la rupture d'une relation contractuelle se produit sans que l'opérateur économique y soit préparé, il subit un préjudice et mérite des dommages-intérêts.

Face à cette question, il importe de connaître la position de l'arbitre international. En l'occurrence, il considère la rupture brutale d'une relation commerciale comme une pratique relevant d'un abus de droit, contraire au principe de bonne foi, qu'il sanctionnera à ce titre. Quant à la législation française⁵²⁹, elle considère la rupture brutale comme une pratique abusive qui relève des pratiques restrictives de concurrence. Par conséquent, la législation française et la pratique arbitrale internationale se recoupent en principe, sur ce point. La spécificité de la législation française est qu'elle ne laisse pas l'appréciation de la régularité de la rupture, au pouvoir discrétionnaire du juge, mais elle préfère encadrer les conditions d'application du texte. Bien qu'un décalage entre la pratique arbitrale et l'exigence législative française puisse se créer, une disposition contractuelle déterminant le délai de préavis semble être satisfaisant pour l'arbitre ; il suffit de la mettre en œuvre. En revanche, pour la législation française, la clause contractuelle déterminant le délai de préavis peut s'avérer insuffisante, s'il ne tient pas compte de la durée de la relation contractuelle. Cela ressort de l'article L. 442-1-II du Code de commerce qui prévoit que « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels.*

⁵²⁹ La responsabilité de la rupture brutale de relations commerciales établies a été introduite en droit français en 1996 par la loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, *JORF*, n° 153 du 3 juillet 1996, p. 9983.

En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois.

Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure ».

Que les arbitres sanctionnent la rupture brutale de relations commerciales établies en dehors de toutes lois étatiques, incite à aborder cette question en trois temps. Dans un premier temps, il convient de savoir si l'abus de droit suffit à fonder l'engagement de la responsabilité de l'auteur de la rupture, sans besoin de se référer à une disposition spécifique comme l'article L. 442-1-II du Code de commerce (Section 1). Dans un deuxième temps, il convient de savoir si l'arbitre se réserve le droit d'interpréter la disposition juridique étatique indépendamment de la jurisprudence étatique, lorsque l'application de la loi française est invoquée devant lui (Section 2). Dans un troisième temps, il convient de relever un point de divergence qui peut surgir entre la vision arbitrale et la vision étatique (Section 3).

SECTION I- LA RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES RENTRE DANS LE CADRE DU PRINCIPE D'ABUS DE DROIT

En principe, les arbitres considèrent que la rupture brutale de relations commerciales établies est incompatible avec le principe de bonne foi et elle constitue un abus de droit. Pour autant, le respect du délai de préavis contractuel serait suffisant pour exclure toute responsabilité selon les principes généraux du droit (I). Le respect du délai de préavis contractuel n'est remis en cause que si une attente légitime de la poursuite de la relation contractuelle est créée, chez l'autre partie (II).

§I - Le respect du délai de préavis contractuel exclut toute responsabilité selon les principes généraux du droit

Pour certains arbitres, le principe de bonne foi n'est pas contredit lorsque l'une des parties met en œuvre une clause contractuelle. En revanche, l'inobservation de clauses contractuelles constitue une violation du principe. Par conséquent, il est inopportun de modifier le contenu d'une clause contractuelle, en se référant au principe de bonne foi ou d'abus de droit.

Ainsi, lors d'un litige⁵³⁰ portant sur la régularité de la rupture d'une relation contractuelle, le principe de bonne foi et celui de prohibition d'abus de droit ont été invoqués par la partie qui s'estime lésée, afin d'engager la responsabilité de la partie ayant mis un terme à la relation contractuelle. La demanderesse X a soutenu que l'observation stricte du délai de préavis contractuel n'était pas compatible avec le principe de bonne foi. Selon elle, le délai de préavis aurait dû être plus long étant donné la durée contractuelle⁵³¹.

Le tribunal arbitral commence par définir l'obligation de bonne foi. D'après lui, « *La bonne foi fait partie des notions cadres aux contours juridiques imprécis dont le contenu reste flou et mal défini. Dans le contexte contractuel, cette notion polysémique repose sur l'idée selon laquelle les contractants ont l'un envers l'autre un devoir de loyauté qui leur impose davantage que le strict respect des engagements contractuels. Agir de bonne foi, c'est se conduire en homme honnête et consciencieux, c'est-à-dire faire ce à quoi l'on s'est engagé, et répondre aux sollicitations de l'autre. Mais, de manière plus positive, c'est aussi faire preuve d'initiative chaque fois que l'honnêteté et la loyauté l'exigent (...).*

L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est liée au devoir de ne pas surprendre une confiance éveillée chez son cocontractant. Ainsi, les parties au contrat sont liées par une obligation implicite accessoire qui leur impose de se comporter loyalement l'un envers l'autre. La violation de ce devoir entraîne une responsabilité, dans la mesure où une confiance justifiée a été abusivement trompée ou déçue de manière déloyale. La jurisprudence sanctionne également l'intention de nuire à son cocontractant (arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 mai 1992, citation juridique de X n° (...)).

Le non renouvellement d'un contrat arrivant à échéance contractuelle n'est en soi pas contraire au principe de la bonne foi. Une non reconduction d'un contrat à durée déterminée ne constitue ainsi pas un comportement déloyal, sauf à établir l'attitude d'une partie propre à éveiller une attente légitime de reconduction du contrat chez son cocontractant. La doctrine et la jurisprudence parle d'un comportement qui a fait naître dans l'esprit du cocontractant

⁵³⁰ Sentence arbitrale CCI, n° 14637, 2008 : *JDI*, 2011, p. 1249, note Jarvin (S.) et Truong (C.).

⁵³¹ Outre les principes généraux du droit (le principe de bonne foi et l'abus de droit), la demanderesse a invoqué l'application de l'article L. 442-6-5° du Code de commerce (devenu l'article L. 442-1-II).

*une confiance légitime dans une certaine stabilité du contrat ou le maintien d'un lien contractuel »*⁵³².

Le tribunal exclut également tout abus de droit lorsqu'il ajoute qu' « *En outre, toute rupture des relations contractuelles inattendues pour la partie à qui elle est notifiée ne constitue pas nécessairement un abus de droit ou un comportement déloyal. Le principe reste celui de la liberté contractuelle et notamment celle de mettre fin à une relation contractuelle, que cette relation soit à durée déterminée ou indéterminée. De surcroît, selon la jurisprudence, une partie à un contrat à durée déterminée peut le dénoncer en respectant le délai de préavis contractuel sans motiver sa décision : Ne pas donner ses raisons n'est pas en soi commettre un abus de droit (Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 juillet 2001, pièce (...))* »⁵³³.

Le tribunal arbitral a justifié sa position en arguant de la liberté contractuelle et de l'équivalence économique des opérateurs. Selon lui, dès le moment où cette équivalence économique est établie, il n'est pas envisageable que l'économie générale du contrat s'en trouve affectée. Pour le tribunal « (...) *il est rappelé à nouveau que les parties sont libres d'organiser leurs relations commerciales comme elles l'entendent. En effet, il n'existe aucune protection absolue – même par l'interdiction de l'abus de droit – contre des stipulations contractuelles commercialement défavorables, notamment contre des inadéquations entre la durée du préavis contractuel et le temps effectivement nécessaire au cocontractant pour assurer sa reconversion.*

Deux acteurs économiques importants de même pouvoir de négociation assument eux-mêmes les risques qu'ils prennent en acceptant des termes contractuels dont certains peuvent s'avérer contraires à leurs intérêts. Ainsi, ils ne peuvent pas, après avoir accepté de plein gré une stipulation défavorable, recourir au principe général de l'interdiction de l'abus de droit afin de remettre en cause tout l'équilibre contractuel. En effet, les contrats procèdent toujours d'un certain équilibre et les concessions d'une partie sont souvent contrebalancées par celles faites par l'autre et reflétées dans d'autres clauses du même contrat. Ce n'est donc pas le rôle du juge ou de l'arbitre de corriger unilatéralement cet équilibre contractuel en modifiant des clauses contractuelles prises isolément en fonction des circonstances particulières. Il n'y a

⁵³² Sentence arbitrale CCI, aff. n° 14637, 2008 : JDI, 2011, pp. 1249-1250, note Jarvin (S.) et Truong (C.).

⁵³³ *idem*, pp. 1250-1251.

pas lieu de mieux prévoir que l'ont fait les parties mais de s'assurer que l'une ne profite abusivement ou de mauvaise foi des circonstances : il faut un abus ou une mauvaise foi pour que le juge ou l'arbitre intervienne »⁵³⁴.

En fin, l'attachement de l'arbitre aux dispositions contractuelles apparaît clairement lorsque le tribunal énonce que « *En d'autres termes, pour admettre qu'une clause claire et précise soit pourtant réputée non écrite, il faut d'abord pouvoir constater qu'elle a été stipulée "en contradiction avec l'économie générale du contrat" (Com. 15 février 2000 : D. 2000. Somm. Comm. 365, obs ph. Delbecque). En l'espèce, le délai de préavis de six mois ne remet pas en cause l'économie générale du contrat. Même si X devait avoir établi la contradiction entre ses propres intérêts économiques et le délai de préavis de non renouvellement de six mois, cela aurait été insuffisant de toute manière pour remettre en cause les principes de la liberté contractuelle des parties et du respect des conventions »⁵³⁵.*

Il s'ensuit de cette sentence que les arbitres ne sont pas enclins à remettre en cause une clause contractuelle déterminant le délai de préavis. Pour eux, la mauvaise foi serait constatée chez celui qui cherche à modifier le contenu d'une clause contractuelle, soit en se référant aux principes généraux du droit tel que l'abus de droit et le principe de bonne foi, soit en se référant à une loi étatique qui permet une telle modification. A la suite de ce constat, une autre question se pose : la pratique arbitrale jugée attachée aux dispositions contractuelles connaît-elle un infléchissement ?

§II - La rupture est brutale malgré le respect du préavis contractuel si elle met en échec l'attente légitime de l'autre partie contractante

Les arbitres peuvent sanctionner une rupture qualifiée d'abusive, si un comportement caractérisant l'abus a été révélé devant l'arbitre. De fait, « *la preuve d'un comportement blâmable de l'auteur de la rupture, d'une attitude malveillante visant à aggraver la situation de l'autre cocontractant est souvent exigée pour que la résiliation soit qualifiée d'abusive »⁵³⁶.*

⁵³⁴ *idem*, p. 1251.

⁵³⁵ *idem*.

⁵³⁶ **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, op. cit., p. 204.

L'arbitre unique siégeant à Paris a parfaitement expliqué quand une rupture est jugée abusive : « en droit français, chacune des parties est libre de dénoncer à tout moment un contrat à durée indéterminée de la nature de celui ayant existé en l'espèce, sans encourir de responsabilité du seul fait de la dénonciation. La dénonciation n'est source de responsabilité qu'en cas d'abus, l'abus consistant normalement dans la brusquerie ou dans le fait que la rupture soit motivée par des reproches ou des accusations inexactes de nature à compromettre le crédit du cocontractant. En l'espèce, il n'y a pas eu de brusqueries. Il n'y a pas non plus d'imputations inexactes [...]. Cette dénonciation n'était pas ainsi de nature à engager la responsabilité de la société défenderesse »⁵³⁷.

Dans la pratique arbitrale, il est commun que la brutalité soit retenue lorsque l'une des parties laisse l'autre croire que la relation contractuelle va se poursuivre et procède par la suite à sa rupture. Une telle rupture est considérée comme brutale même si la partie qui prend l'initiative de la rupture, respecte le délai de préavis prévu par le contrat.

En effet, si la relation est rompue alors que l'une des parties s'attend raisonnablement au renouvellement du contrat, la rupture peut être qualifiée de brutale ou abusive. Ainsi, dans une sentence arbitrale, le tribunal chargé de résoudre un litige a décidé de donner raison à la partie s'estimant lésée de la rupture du contrat l'unissant à l'autre partie. En l'occurrence, un distributeur égyptien s'attendait à ce que le contrat conclu avec une société française fabriquant des ascenseurs, devait être renouvelé sur la base d'un comportement de la société française de nature le lui laissant croire, notamment des communications échangées entre les deux parties. En raison de l'attente légitime provoquée chez son cocontractant, la société française a été condamnée par le tribunal arbitral, à verser une indemnité au distributeur égyptien. Le droit français ayant été appliqué, ce comportement a été qualifié d'abus de droit⁵³⁸.

⁵³⁷ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 8234, 1995 (lieu d'arbitrage : Paris - droit applicable : droit français), inédite, citée par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales* CCI, Litec, Paris, 2002, p. 199.

⁵³⁸ Sentence CCI, n° 7514, 1994, (lieu de l'arbitrage : Zurich - droit applicable : droit français), inédite, cité par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales* CCI, Litec, Paris, 2002, pp. 193-195.

La notion d'attente légitime se trouve dans l'obligation de bonne foi. Ainsi, si le concédant « *entretient son cocontractant dans l'illusion d'un renouvellement du contrat* »⁵³⁹ et par la suite, refuse de le renouveler, il engage sa responsabilité. Dans l'affaire n° 7514⁵⁴⁰, les arbitres ont examiné la validité d'une rupture estimée brutale, intempestive, ainsi qu'abusive par le distributeur. Le tribunal arbitral a ainsi déclaré que : « *in the case at hand , X [...] first indicated that distribution agreement would be renewed (end 89 – beginning 90); it then acted accordingly for – months , demonstrating that this was its actual intention , accepting orders in May-June 1990 and discussing the same in detail; finally, only a few days later (June 22, 1990), it suddenly sent notice of termination [...] Nor is X.'s offer to extend the contract by 6 months of much importance, because this in fact demonstrates knowledge of the immediateness of notice of termination. The tribunal arbitral holds that this behavior was at least "légèreté blâmable" or with "intention de nuire" and therefore it was an abuse of the right [...]* »⁵⁴¹. Le contrat conclu entre les deux parties était un contrat de concession exclusive d'approvisionnement et de fourniture.

Plus précisément, le tribunal arbitral a reproché au concédant son « *comportement opportuniste* »⁵⁴², car il avait accepté de livrer à son distributeur, la dernière commande et seulement ensuite, lui a-t-il envoyé le préavis de non renouvellement⁵⁴³.

Dans une autre affaire, l'attente légitime s'est traduite par l'exigence d'un préavis même si le contrat permet la rupture sans préavis. Ainsi, un tribunal arbitral a retenu la responsabilité du fournisseur, estimant qu'il avait abusé de son droit en mettant fin au contrat sans l'en avertir préalablement⁵⁴⁴. L'arbitre a estimé insuffisant les arguments du fournisseur sur des manquements aux obligations contractuelles commises par son cocontractant, distributeur des produits. N'étant pas tenu de se prononcer en se référant à un droit étatique, l'arbitre a

⁵³⁹ **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, op. cit., p. 194.

⁵⁴⁰ Sentence arbitrale, aff. n° 7514, 1994, (lieu d'arbitrage : Zurich - droit applicable : droit français), inédite, citée par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Litec, Paris, 2002, pp. 193-194.

⁵⁴¹ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 7514 de 1994, (lieu d'arbitrage : Zurich - droit applicable : droit français), inédite, citée par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Litec, Paris, 2002, p. 194.

⁵⁴² **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, op. cit., p. 195.

⁵⁴³ *idem*.

⁵⁴⁴ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 4972 de 1989 : *JDI*, 1989, p. 1104, obs. Alvarez (G.-A.).

appliqué la théorie de l'abus de droit : « le Tribunal arbitral considère que s'il est tenu par les stipulations contractuelles encore a-t-il, en vertu des pouvoirs d'amiables composition qui lui ont été conférés, le pouvoir d'en modérer, c'est-à-dire de ne pas appliquer les dispositions contractuelles dans toute leur rigueur des lors que pareille application heurterait l'équité »⁵⁴⁵. Il ajoute que « l'exercice d'un droit aussi radical que celui de mettre fin à un contrat sans préavis, requiert que celui qui entend s'en prévaloir ait fait preuve d'exigence quant au respect des dispositions lui ouvrant ce droit tout au long de ses relations avec son cocontractant.

... le laxisme dont fait preuve (la défenderesse) au cours des trois années qui ont précédé la rupture ... n'a pas permis (aux demanderesses) de prévoir la rupture qui a ainsi été prononcée ... dans des circonstances qui heurtent les principes d'exécution de bonne foi des conventions et d'équité.

La décision ...d'appliquer soudainement à la lettre les termes du contrat, sans tenir compte du fait qu'elle avait admis pendant des années le manquement dont elle se prévalait, ne peut par conséquent être considérée comme régulière »⁵⁴⁶.

Dans cette affaire, il est à observer que l'arbitre s'est libéré de la disposition contractuelle sur laquelle l'auteur de la rupture s'est appuyé pour mettre fin au contrat. Il se peut que la qualité d'amiable compositeur de l'arbitre, ait joué un rôle dans la décision, mais cela n'exclut pas la prédisposition à contrôler la régularité de la rupture. Notamment, s'il estime qu'un préavis est requis avant de mettre fin au contrat, car il correspond à une attente légitime de la part de la victime de la rupture.

Il s'ensuit de ce qui précède que la pratique arbitrale sanctionne la rupture brutale au titre de l'abus de droit, à condition qu'il n'y ait pas de clause contractuelle précisant le délai de préavis. Toujours est-il que cela n'empêche pas l'arbitre de retenir la responsabilité de l'auteur de la rupture, lorsqu'il met en échec une attente légitime. Reste à savoir si l'arbitre change de position si l'invocation d'une rupture brutale est fondée précisément sur l'article L. 442-1-II du Code de commerce, lequel constitue une loi de police française.

⁵⁴⁵ *idem*, p. 1103.

⁵⁴⁶ *idem*, pp. 1104-1105.

SECTION II- L'OBSERVATION DE L'INTÉRÊT ÉTATIQUE PAR L'ARBITRE LORS DE L'INTERPRÉTATION DE LA DISPOSITION CONSACRANT L'INTERDICTION DE LA RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES

Lorsque l'arbitre est appelé à appliquer l'article L. 442-1-II du Code de commerce interdisant la rupture brutale de relations commerciales établies, il vérifie si l'ordre juridique français a intérêt à régir le litige. Cela va lui permettre de suivre la jurisprudence étatique dans l'application du texte. Si le litige n'intéresse pas l'ordre juridique français objectivement, l'arbitre va disposer d'une marge de décision élargie (I). En revanche, s'il constate que l'ordre juridique français est intéressé, il devient indispensable de prendre une position identique à celle prise par la jurisprudence étatique. L'intérêt de l'arbitrage est patent à cet égard. L'observation rigoureuse de la jurisprudence étatique va freiner l'hostilité dont font preuve certaines juridictions étatiques, à l'égard de la clause compromissoire lors de l'invocation du texte en question (II).

§I- Le désintérêt de l'ordre juridique français rend l'arbitre plus favorable au délai de préavis déterminé par les parties

Les arbitres sont conscients que le plus souvent la loi de police a un aspect territorial. Si cet aspect fait défaut, l'arbitre reprend sa pleine capacité d'appréciation, car l'intérêt étatique fait défaut également. Ainsi, dans une affaire, le tribunal arbitral a fait prévaloir une position jurisprudentielle étatique sur une autre qui était inverse, raisonnant en termes de l'intérêt étatique territorial : *« La jurisprudence à ce sujet est contradictoire : la cour d'appel de Versailles juge en octobre 2004 que l'article L. 442-6-I du Code de commerce [devenu l'article L. 442-1] s'applique à tout contrat soumis au droit français, même exécuté à l'étranger (pièce (...)). La cour d'appel de Lyon considère en septembre 2004 qu'il s'agit d'une loi de police économique au sens du droit international qui limite ses effets au territoire national (pièce (...)). Lorsque la loi de police est la loi de for, l'intérêt précis qui s'attache, selon l'ordre juridique du for, à son application en l'espèce, l'emporte certainement sur l'intérêt, peu pressant, d'une localisation objective de la question du droit. (P. Mayer /V. Heuzé, Droit international privé, 8^e éd., Paris 2004, n°124, p. 90). Le Tribunal arbitral serait enclin à suivre le raisonnement de la cour d'appel de Lyon. En effet, l'objet de la loi en*

question est de sanctionner, par l'octroi de dommages intérêts, et éventuellement d'une amende civile, un délit économique. Cela justifie l'intervention du ministère de l'économie à la procédure et laisse penser que le délit économique doit s'être produit sur le territoire français pour que l'article L. 442-6-I du Code de commerce soit applicable (....) »⁵⁴⁷.

En l'espèce, un contrat de sous-licence exclusive avait été conclu entre une société brésilienne et une société française. La société brésilienne s'engageait à fabriquer des vêtements sous la marque de la société française pendant une période de deux ans. Il avait été convenu que le contrat pouvait être reconduit tacitement pour la même durée, sauf si l'un des contractants dénonçait ledit contrat, en tenant compte d'un préavis de six mois. L'exécution du contrat avait commencé en 1995 et avait été tacitement reconduit plusieurs fois, mais en 2006, la société française a manifesté sa volonté de ne pas reconduire le contrat, ce qu'elle a notifié à son cocontractant en respectant le préavis de six mois. Pourtant, la société brésilienne s'estimant lésée d'une telle décision, a demandé « *une compensation pour les dommages liés à la fin des rapports contractuels* »⁵⁴⁸.

Après l'échec de démarches tentées en vue de trouver une solution amiable, la société brésilienne a demandé au juge brésilien en septembre 2006, d'ordonner des mesures conservatoires à l'encontre de la société française, avant de solliciter la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, en octobre 2006, pour faire prévaloir son droit éventuel. En 2007, le tribunal arbitral a été constitué et il a dû se prononcer sur deux points principaux : Le premier concernait les mesures conservatoires demandées devant le juge brésilien, car ce dernier en avait prononcé n'ayant effet que jusqu'à la décision à prendre par le tribunal arbitral. Le second point était lui, relatif à la rupture de la relation contractuelle.

Après avoir tranché la question relative aux mesures provisoires, déboutant les deux parties de leurs demandes, sans porter de jugement sur le fond du litige, le tribunal arbitral a étudié le deuxième point du litige : la validité de la rupture de la relation contractuelle.

Le fait que la société française ait dénoncé le contrat après avoir mis la société brésilienne en demeure six mois à l'avance, constitue-t-il un manquement à son obligation vis-à-vis de son cocontractant ? La société française reprochait à son cocontractant de ne pas avoir exécuté ses

⁵⁴⁷ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 14637, 2008 : *JDI*, 2011, p. 1246, note Jarvin (S.) et Truong (C.)

⁵⁴⁸ **JARVIN (S.)** et **TRUONG (C.)**, note sous Sentence arbitrale CCI, aff. n° 14637, 2008 : *JDI*, 2011, p. 1244.

obligations de bonne foi, comme prévu à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil⁵⁴⁹. De son côté, la société brésilienne avait avancé que l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce français (devenu l'article L. 442-1-II) trouvait à s'appliquer⁵⁵⁰ et soutenait qu'avec cette application de l'article, le préavis ne pouvait être inférieur à 18 ou 24 mois. En conséquence, la défenderesse engageait sa responsabilité et devait verser des dommages-intérêts⁵⁵¹. Par conséquent, « *le tribunal arbitral [a été] amené à considérer si le délai de préavis de six mois convenu entre les parties [était] conforme au droit impératif français* »⁵⁵². Concluant que c'était le cas, le tribunal a donné raison à la société française (la défenderesse) en confirmant que le préavis de 6 mois convenu entre les parties, était suffisant au regard du droit français.

Pour étayer sa décision, le tribunal a considéré que les conditions exigées pour que l'article L. 442-6-I-5° soit applicable, n'avaient pas été remplies. Selon lui, la jurisprudence française retient trois caractéristiques de la rupture susceptibles d'engager la responsabilité de son auteur. La rupture doit être « *imprévisible, soudaine et violente* », mais aucun des trois n'ayant été présents dans le cas d'espèce, il n'a pu être reproché à la défenderesse d'avoir rompu la relation contractuelle⁵⁵³.

Le tribunal arbitral cite la jurisprudence française qui impose les conditions à considérer lorsqu'une question de rupture brutale est à régler : « *Selon la jurisprudence, la rupture des relations économiques peut être préjudiciable et peut ouvrir droit à des dommages et intérêts si elle est « imprévisible, soudaine, violente » (CA Montpellier, 11 août 1999, Langlais c/ Quick : RJDA 11/99 n° 1176). Le Tribunal arbitral va donc examiner si en l'espèce la rupture des relations entre les parties résultant du non renouvellement du contrat peut être caractérisée comme imprévisible, soudaine, violente au regard du délai contractuel (...) ou encore au regard des circonstances particulières du cas d'espèce* »⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ L'article 1134 du Code civil français prévoit que : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.* »

⁵⁵⁰ **JARVIN (S.)** et **TRUONG (C.)**, note sous Sentence arbitrale CCI, aff. n° 14637, 2008 : *JDI*, 2011, p. 1245.

⁵⁵¹ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 14637, 2008 : *JDI*, 2011, p. 1246, note Jarvin (S.) et Truong (C.).

⁵⁵² **JARVIN (S.)** et **TRUONG (C.)**, note sous Sentence arbitrale CCI, aff. n° 14637, 2008 : *JDI*, 2011, p. 1246.

⁵⁵³ *idem*.

⁵⁵⁴ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 14637, 2008 : *JDI*, 2011, pp. 1246-1247, point 168 de la sentence, note Jarvin (S.) et Truong (C.).

En l'occurrence, il a conclu que la rupture n'avait été ni « [...] "imprévisible " car elle respectait à la lettre le mode de résiliation des rapports contractuels prévu par le Contrat ; [ni]"soudaine", car la Défenderesse avait formulé des reproches à la Demanderesse à plusieurs reprises auparavant ; [ni]"violente", car la Défenderesse était prête à faire des concessions importantes au niveau du délai effectif de préavis de rupture des relations commerciales (...) »⁵⁵⁵.

Le fait de poser ces trois qualifications rend l'application de l'article L. 442-6-I-5° très difficile. En effet, le tribunal arbitral limite l'application de l'article, à des cas de rupture intolérable. Ici, le tribunal a estimé que le délai de préavis convenu entre les parties avait été suffisant, pour que l'autre partie prenne acte de la rupture. Le tribunal ajoute que la rupture était prévisible car le contrat prévoit la modalité de résiliation qui a été respectée. En outre, la mise en demeure sur les manquements dans l'exécution du contrat, légitime la rupture et en exclut la soudaineté. Enfin, la violence dans la rupture a également été exclue, étant donné que l'auteur de la rupture avait la volonté de faire élargir la durée effective du préavis.

Le point essentiel qui démontre l'aspect territorial de la disposition en question a été relevé par le tribunal lorsqu'il a énoncé que : « A titre liminaire, il y a lieu de relever que si le Tribunal arbitral devait se prononcer sur le champ d'application de la disposition précitée, il conclurait que celle-ci n'est pas applicable dans le cas d'espèce. [...]

En appliquant ce raisonnement au pouvoir du ministère de l'Economie dans le cadre de l'article L. 442-6-I-5° [devenu l'article L. 442-1-II] du Code de commerce d'adopter des arrêtés fixant un délai minimum de préavis et encadrant les conditions des ruptures, le Tribunal arbitral conclut que le champ d'application de la disposition en question paraît limité au territoire français et que la disposition vise à répondre au besoin de protection des distributeurs français. Quant à l'application dans le temps, il importe peu que la loi soit intervenue après la signature du contrat dans la mesure où elle vise la rupture qui constitue un délit économique. Par conséquent, la date du contrat est indifférente. Le Tribunal n'a toutefois pas besoin de se prononcer sur la délimitation du champ d'application de l'article L. 442-6-I du Code de commerce vu qu'en l'espèce les conditions n'en sont pas réunies de toute manière »⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ *idem.*, p. 1256.

⁵⁵⁶ *idem.*, pp. 1246-1247.

Il semble évident que le tribunal arbitral a étayé sa position en s'appuyant sur des décisions d'origine étatique, à savoir la jurisprudence française. Il a statué par rapport à l'application de l'article L. 442-1 du Code de commerce et retenu que l'application de cet article était de nature à protéger les contractants qui sont victimes de rupture de relations contractuelles établies sur le territoire français. Il ne considère pas qu'une telle disposition constitue une loi de police méritant d'être appliquée en toutes circonstances. Il a profité de la divergence qui existait entre les magistrats dans l'application de l'article cité.

Dire que l'article L. 442-6-I-5° (devenu l'article L. 442-1) ne s'applique que si la relation contractuelle affecte une partie faible établie en France, n'est pas aux yeux du tribunal, de nature à sauver la sentence arbitrale. Autrement dit, le fait que le tribunal arbitral se soit prononcé sur le champ d'application de l'article, neutralise l'intérêt étatique, mais pas l'exigence d'appliquer correctement la *lex causae*. En effet, le tribunal a ressenti la nécessité de se justifier, en ce qui concerne la nature impérative de l'article. Il n'est pas suffisant d'en écarter purement et simplement l'application, tant que la société affectée est une société brésilienne établie ailleurs.

Par ailleurs, le tribunal a contourné la question de délai de préavis. Le droit français est clair : le délai de préavis doit tenir compte de la durée de la relation contractuelle. Or, le tribunal a validé le délai de préavis de 6 mois, sans le questionner à la lumière de la durée contractuelle. L'absence d'intérêt étatique, en l'occurrence français, semble justifier le choix du tribunal. Si la victime de la rupture était établie en France, la solution retenue par le tribunal n'aurait pas été jugée satisfaisante.

Le fait que le tribunal rend compte de l'intérêt étatique lors de l'examen de l'applicabilité d'une loi de police, est à approuver car l'attitude du tribunal atténue la contestation jurisprudentielle de l'arbitrabilité des litiges impliquant la question de rupture brutale.

§II- La corrélation de l'observation de l'intérêt étatique

Lorsque les juridictions étatiques constateront que les arbitres tiennent compte de l'intérêt étatique représenté par la disposition de la rupture brutale de relations commerciales établies, les juridictions étatiques seront moins enclines à évincer la clause compromissoire, lorsque le litige en nécessite l'application. Le législateur entend protéger les opérateurs économiques qui

exercent leurs activités sur le territoire français. Si les magistrats constatent que l'arbitre ne compromet pas l'organisation économique souhaitée par leur ordre juridique, ils n'auront aucune raison de restreindre l'arbitrabilité de la matière.

En examinant la jurisprudence française, il apparaît que certaines juridictions françaises sont tentées de décliner l'arbitrabilité des litiges, impliquant une rupture brutale de relations commerciales établies (A). Cela dénote une certaine méfiance étatique vis-à-vis de l'arbitrage que la haute juridiction dissipe par son intervention épisodique (B).

A/ La neutralisation de la clause compromissaire

Les tentatives jurisprudentielles de ne pas céder la compétence juridictionnelle lorsque la question de rupture brutale est invoquée, trouvent plus d'applications lorsqu'il s'agit d'une clause attributive de juridiction. Ainsi, dans une affaire⁵⁵⁷, les parties ont choisi les tribunaux de Stockholm pour trancher les litiges découlant d'un contrat de distribution. Le Tribunal de commerce de Marseille n'avait pas respecté la clause attributive de compétence juridictionnelle, arguant que les parties s'étaient mises d'accord sur cette compétence, après le début des relations commerciales. Elles avaient prévu cette clause lors de la conclusion du contrat de distribution qui avait eu lieu après le début des relations commerciales. Outre ces considérations, le Tribunal de commerce a opté pour la qualification en responsabilité délictuelle de la rupture, pour se déclarer compétent

S'agissant d'une clause d'arbitrage, la Cour d'appel de Lyon juge dans un litige qu'« *il apparaît donc que la clause d'arbitrage [...] est sans application dans le cas où la demande repose sur la violation des dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6 [devenu l'article L. 442-1] du Code de commerce, dont les finalités échappent en tout état de cause aux prévisions contractuelles* »⁵⁵⁸.

L'importance du texte induit des tentatives de s'approprier la compétence juridictionnelle et l'application du texte par les juridictions françaises, même en présence de loi d'autonomie étrangère choisie par les parties pour régir leur litige. Ainsi, la Cour d'appel de Grenoble a-t-elle jugé avec des termes non équivoques que l'article constituait une loi de police qui

⁵⁵⁷ T. com. Marseille, 25 novembre 2014, n° 2013F03790 : *AJ contrats d'affaires-concurrence-distribution*, 2015, p. 248, note Pironon (V.).

⁵⁵⁸ CA Lyon, 9 septembre 2004, n° 2004/00108 : *Jurisprudence Dalloz*

s'imposait en dehors de toute volonté : « *Le contrat de fourniture conclu entre les parties ayant pour lieu de livraison le territoire français est suffisamment rattaché à la France pour que les dispositions de l'article L. 442-6-I-5° [devenu l'article L. 442-1-II] du Code de commerce français et qui constitue une loi de police s'impose aux parties et alors même qu'elles avaient choisi de soumettre leur contrat à la loi luxembourgeoise selon la clause susvisée valablement conclue* »⁵⁵⁹.

Cette attitude jurisprudentielle démontre l'attachement que l'ordre juridique français a pour la disposition de la rupture brutale de relations commerciales établies. Elle comporte un message destiné à l'arbitre selon lequel il ne faut pas ignorer son application lorsque le litige lui est confié. La Cour de cassation a très bien clarifié la position à prendre par l'arbitre, lorsqu'elle a reconnu l'arbitrabilité de la question tout en qualifiant le texte de loi de police dont l'application s'imposait dès les conditions d'application remplies.

B/ La position de la haute juridiction française

L'arbitrabilité des différends relatifs à la rupture brutale des relations commerciales établies, est reconnue par la Cour de cassation. Ainsi, le recours à l'arbitrage dans les litiges nécessitant l'application des règles relevant de l'ordre public telles que la rupture de relations commerciales établies, ne fait pas obstacle à la compétence de l'arbitre. Ce qui importe à la Cour de cassation, ce sont les termes constituant la clause compromissoire, car si ceux-ci sont employés de façon assez large, ils permettent d'englober tous les litiges possibles entre les deux parties et l'arbitre est bel et bien habilité à se prononcer. Ainsi, lors de la résiliation d'un contrat de distribution exclusive de produits suédois sur le territoire français, le distributeur français (Doga) a assigné la société suédoise (HTC) qui est à l'origine de la résiliation, devant les juridictions françaises. A l'occasion de cette affaire, la Cour de cassation a rendu un arrêt dans lequel elle prenait la défense de la clause compromissoire. La société française (Doga) essayant de mettre en cause la compétence de l'arbitre, a invoqué deux sortes d'arguments. Le premier repose sur le fait que le litige appelle l'application d'une loi de police qu'est l'article L. 442-6-I-5° (devenu l'article L. 442-1-II). Autrement dit que la rupture brutale d'une relation commerciale établie constitue une matière non arbitrale, car l'application de la loi de police relève de la compétence des juridictions étatiques françaises, selon cette partie. Le

⁵⁵⁹ CA Grenoble, 5 septembre 2013, n° 10/02122 : *Jurisprudence Dalloz*. Voir également CA Lyon, 30 avril 2008, n° 06/04689 : *Jurisprudence Dalloz*.

deuxième argument repose sur le fait que l'article relève de l'ordre public. La méconnaissance de cette règle constitue « un délit civil »⁵⁶⁰. De ce fait, la rupture brutale constitue un « agissement illicite [...] commis à l'occasion d'un contrat »⁵⁶¹. Par conséquent, selon la société française « l'action en réparation intentée par la victime pour voir sanctionner la méconnaissance par l'autre partie d'une obligation légale est en elle-même sans lien avec le contrat, de sorte que la clause compromissoire qu'il contient est manifestement inapplicable au litige »⁵⁶². La Cour elle, a jugé inversement à la demanderesse et prononcé : « Mais attendu qu'ayant relevé que la clause compromissoire visant tout litige ou différend né du contrat ou en relation avec celui-ci n'était pas manifestement inapplicable dès lors que la demande de Doga présentait un lien avec le contrat puisqu'elle se rapportait notamment aux conditions dans lesquelles il y avait été mis fin et aux conséquences en ayant résulté pour Doga, peu important que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige dès lors que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de police, sont applicables, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il appartenait à l'arbitre de se prononcer par priorité sur sa propre compétence ; que le moyen ne peut être accueilli »⁵⁶³.

Dans un arrêt de 2015, la Cour de cassation a refusé d'annuler une sentence arbitrale sur le fondement de l'inarbitrabilité de la question de rupture de relations commerciales établies. En l'espèce, le tribunal arbitral avait attribué une somme de 2.5 millions d'euros à la victime de la rupture, au titre du préjudice causé. La Cour de cassation a jugé que la compétence juridictionnelle n'est pas cantonnée aux juridictions étatiques désignées par le Code de commerce⁵⁶⁴. Elle ajoute que les termes de la clause compromissoire étaient clairs⁵⁶⁵ et ne

⁵⁶⁰ Cass. 1^{er} civ, 8 juillet 2010, n° 09-67.013, *Bull. civ.*; *D.*, 2010, p. 2884, obs. Delpech (X.).

⁵⁶¹ *idem.*

⁵⁶² *idem.*

⁵⁶³ *idem.*

⁵⁶⁴ « Il résulte du fait que les articles L. 442-6 et D. 442-3 du Code de commerce ont pour objet d'adapter les compétences et les procédures judiciaires à la technicité du contentieux des pratiques restrictives de la concurrence, et que la circonstance que le premier de ces textes confie au Ministre chargé de l'économie et au ministère public une action autonome aux fins de protection du marché et de la concurrence n'a pas pour effet d'exclure le recours à l'arbitrage pour trancher les litiges nés entre les opérateurs économiques de l'application de l'article L. 442-6, que l'action aux fins d'indemnisation du préjudice prétendument résulté de la rupture de relations commerciales n'était pas de celles dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques. » : Cass. 1^{er} civ, 21 octobre 2015, n° 14-25-080 : *AJ contrats d'affaires – concurrence* – distribution, 2015, p. 520, note Ruy (B.).

⁵⁶⁵ Un auteur a résumé la question de l'arbitrabilité des litiges relatifs à la rupture brutale des relations commerciales établies en les insérant au sein des litiges délictuels : « Quant à la question de l'arbitrabilité des litiges délictuels, elle est, quant à elle, facilement et positivement résolue. Dans un premier mouvement, il importe donc surtout de savoir ce que les parties ont voulu soumettre au tribunal élu et de faire de leur

s'interprétaient pas différemment, puisqu'ils donnaient la compétence à l'arbitre de trancher « *les différends qui viendraient à naître à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat* »⁵⁶⁶.

Cette position jugée très favorable à l'arbitrage ne signifie pas de sacrifier de la mise en œuvre de la disposition. La Cour donne à l'arbitre l'occasion d'appliquer le texte et apparemment, les arbitres ont compris à quel point l'ordre juridique français tient à sa mise en œuvre. Le recours en annulation formulée à l'encontre de la sentence attribuant des dommages-intérêts en raison de la rupture brutale, est une bonne illustration de l'attention particulière que les arbitres commencent à accorder à la disposition.

La question qu'il convient de se poser à présent concerne la mise en œuvre du texte par les arbitres : est-elle susceptible de présenter des difficultés ?

SECTION III - LES POINTS DE DIVERGENCE SUSCEPTIBLES DE SURGIR ENTRE LA PRATIQUE ARBITRALE ET LA DISPOSITION ÉTATIQUE

Le point de divergence qui risque de se produire entre la pratique arbitrale et la disposition juridique étatique tient au délai de préavis porté dans le contrat et que l'arbitre peine à modifier (I). Ce cas de figure est différent de celui relatif à la prévisibilité contractuelle de la rupture. Lorsque les parties laissent apparaître contractuellement, la prévisibilité de la rupture, la brutalité de la rupture fait défaut pour l'arbitre (II).

§I - Le délai de préavis contractuel entre la jurisprudence arbitrale et la jurisprudence étatique

Il se peut que les parties conviennent d'un délai de préavis avant de rompre le contrat ou de cesser la relation contractuelle. Ses dispositions contractuelles sont observées par l'arbitre et il sanctionne tout manquement à leur égard. Ainsi, si les deux parties se mettent d'accord sur une procédure spécifique de fin de contrat, cette procédure doit être respectée, sinon la rupture

volonté une interprétation maximaliste » : **ANCEL (M.-E.)**, « L'article L. 442-6-I-5° c. com. en droit international privé » : *RJ com.*, n° 3, 2009, p. 202.

⁵⁶⁶ Cass. 1^{er} civ, 21 oct. 2015, n° 14-25-080 : *AJ contrats d'affaires – concurrence – distribution*, 2015, p. 520, note Ruggy (B.).

est condamnée par l'arbitre. Dans une affaire où l'arbitre a eu à se prononcer sur la validité d'une rupture, le tribunal arbitral a décidé que « *La société X, en ne respectant pas la procédure prévue à l'article ... - clause de résiliation - du contrat de franchise, s'est privée de la possibilité de se prévaloir d'un tel manquement. Sa résiliation unilatérale du contrat de franchise sera donc jugée fautive. Par voie de conséquence, la rupture du contrat d'approvisionnement doit également être imputée à la faute de la société X...* »⁵⁶⁷.

L'attitude arbitrale est connue à propos du respect des clauses contractuelles. C'est la première source de divergence entre la pratique arbitrale et la disposition étatique. Selon la jurisprudence étatique, la détermination d'un délai de préavis d'un commun accord entre les parties ne doit pas être toujours respectée. La Cour de cassation ne demande pas aux premiers juges d'instruire scrupuleusement, selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties. Au contraire, elle leur demande d'intervenir et de changer si nécessaire, le délai convenu en un délai plus raisonnable, en tenant compte de l'ancienneté des relations entretenues et des circonstances entourant leur relation. Elle décide dans un arrêt rendu par la chambre civile que « *l'existence d'un délai de préavis contractuel ne dispense pas la juridiction d'examiner si ce délai de préavis tient compte de la durée de la relation commerciale et d'autres circonstances au moment de la notification de la rupture* »⁵⁶⁸.

Cette position jurisprudentielle est constante⁵⁶⁹. Le fait de confirmer que la durée de préavis convenue entre les parties peut s'avérer insuffisante au regard de l'article L. 442-1-II du Code de commerce, montre ainsi que le juge peut interférer dans la volonté des parties, afin de faire imposer une disposition légale puisque l'article en question le prévoit clairement. Ce qui engage la responsabilité, c'est « *l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels* ». Il est tout à fait envisageable que le délai de préavis contractuel n'est pas proportionnel à la durée contractuelle.

Par analogie, l'arbitre peut s'approprier le même pouvoir que le juge étatique, même si le premier est plus attaché au contrat que le second. Il est cependant préférable qu'il procède à

⁵⁶⁷ Sentence arbitrale, 2000, inédite, citée par **MOUSSERON (J.-M.)**, « L'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce : contournable ou pas ? » : *Etudes offertes à B. Mercadal*, Editions Francis Lefebvre, Paris, 2002, p. 236.

⁵⁶⁸ Cass. com., 22 octobre 2013, n° 12-19.500 (n° 1007 FS-PB), Sté Vista Automobiles c. / Sté JP Froment : *Bull. civ.*, IV, n° 156 ; *RTD civ.*, 2014 p. 118, note Fages (B.).

⁵⁶⁹ Cass. com., 12 mai 2004, n° 01-12865, Sté. ABCG participation c. / Sté. Auchan France, *Bull. civ.*, IV, n° 86, p. 90.

résoudre le litige au cas par cas, en examinant la relation contractuelle et les circonstances qui l'entourent. La difficulté provient de l'insistance de l'arbitre à appliquer la clause contractuelle sans tenir compte de la proportionnalité exigée par le législateur français. La référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels, est de nature à justifier la décision de l'arbitre, tant sur le plan arbitral que sur le plan étatique. Dans ce contexte, l'arbitre ne doit pas faire preuve de zèle vis-à-vis des clauses contractuelles, il doit tendre à faire prévaloir le texte juridique.

Il peut s'avérer par exemple, que la brièveté du délai de préavis ait été imposée par l'une des parties. Dans une telle hypothèse, l'arbitre peut engager la responsabilité de l'auteur de la rupture malgré la disposition contractuelle⁵⁷⁰. Même en l'absence de contrainte, l'arbitre en vertu du droit français, peut voire doit, considérer que le délai de préavis inséré dans le contrat comme insuffisant.

Or, à cet égard, la pratique arbitrale démontre une certaine incompatibilité avec la disposition étatique de la rupture brutale. Les arbitres fondent leur prépondérance au délai de préavis prévu par le contrat sur la puissance économique égale des contractants. Ainsi, dans une affaire tranchée par un tribunal arbitral, ce dernier a retenu le délai de préavis convenu entre les parties. Il justifie sa décision en faisant valoir la parité des contractants lors de la négociation : *« ainsi X n' a pas apporté d'éléments convainquants pour établir un changement des circonstances par rapport à ses connaissances et sa situation au moment où elle a librement convenu avec Y du délai de préavis contractuel, propre à rendre le non renouvellement des relations entre les parties « brutal » au sens du droit impératif français. En d'autres termes, la seule durée de la relation commerciale entre les parties n'est pas de nature à rendre le délai de préavis convenu initialement insuffisant. Cela est d'autant plus vrai que les parties l'ont négocié at arm's length [sans lien de dépendance]. En conclusion, le délai de préavis n'est pas insuffisant et n'est donc pas propre en soi à donner lieu d'appliquer l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce »*⁵⁷¹.

Le tribunal ajoute que *« les deux parties sont des opérateurs économiques importants et des commerçants expérimentés. X [la demanderesse] emploie 3000 employés et génère des profits dépassant USD 100 millions ... il s'agit de partenaires contractuels égaux avec le même pouvoir de négocier les termes contractuels qui les lient. Ceci est d'autant plus vrai que X*

⁵⁷⁰ CA Bordeaux, 11 juin 1996, *Lettre de la distribution*, cité par **DIAS (C.)**, *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, Tome 1, coll. Institut de droit des affaires, Puam, Aix en Provence, 2014, p. 241.

⁵⁷¹ Sentence arbitrale CCI, n° 14637, 2008 : *JDI*, 2011, p. 1248, note Jarvin (S.) et Truong (C.).

affirme elle-même qu'elle n'était pas particulièrement intéressée à entrer dans la relation commerciale avec les sociétés du groupe Y à l'origine (...) »⁵⁷².

Il semble que le tribunal ait choisi de raisonner en termes de finalité législative, car pour lui, l'absence de pression lors de la négociation du délai de préavis ne justifie pas l'application de l'article en question. Le tribunal énonce qu' *« au regard de ces circonstances, il est difficile de s'imaginer que X ait pu subir une pression de la part de son partenaire contractuel ou ait pu se trouver en situation d'infériorité. Il y a donc lieu de conclure que X était entièrement libre de négocier à sa guise les termes contractuels et notamment la durée du préavis de non renouvellement et a volontairement accepté dès le départ l'idée d'un préavis de six mois de non reconduction des relations contractuelles. (...) »⁵⁷³.*

Le tribunal a construit sa décision sur l'absence de pression exercée par l'une des parties quant au délai de préavis convenu. Or, le motif relatif à la présomption d'infériorité économique de l'une des parties au contrat, est l'un des motifs expliquant l'exigence d'un délai de préavis suffisant et proportionnel à la durée contractuelle. Tout d'abord, l'exigence d'un préavis suffisant avant la rupture représente une source de *« stabilité contractuelle »⁵⁷⁴*. En outre, un délai de préavis suffisant représente des avantages d'ordre pratique. Comme le souligne un auteur *« Le préavis doit [...] permettre à la partie subissant la rupture d'anticiper une éventuelle future reconversion ou encore de s'engager dans un autre réseau »⁵⁷⁵*. Le préavis donne l'occasion à la partie démise de se préparer financièrement comme économiquement, à la cessation de la relation contractuelle. C'est la vision en tout cas, du législateur étatique. En effet, le but recherché par les législateurs consacrant une telle disposition est très clair : le préavis permet à la partie avec laquelle la relation contractuelle est rompue, d'avoir le temps nécessaire pour penser des moyens le rendant plus apte à absorber la rupture ; notamment si le contrat rompu constitue une source importante de son chiffre d'affaires⁵⁷⁶.

Une telle légitimation de la disposition en question n'est pas absente dans les décisions étatiques. Ainsi, la Cour d'appel de Paris énonce-elle dans un arrêt que *« Cette exigence, conforme à l'obligation légale de loyauté, a pour but de permettre au cocontractant qui n'a*

⁵⁷² *idem*, p. 1247.

⁵⁷³ *idem*.

⁵⁷⁴ **DIAS (C.)**, *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, Tome 1, coll. Institut de droit des affaires, Puam, Aix en Provence, 2014, p. 235.

⁵⁷⁵ *idem.*, p. 234.

⁵⁷⁶ En ce sens : **DIAS (C.)**, *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, *op. cit.*, p. 234.

pas pris l'initiative de la rupture de faire face à ses conséquences économiques et financières »⁵⁷⁷. La Cour fait de l'obligation d'un préavis une sorte d'obligation légale de loyauté qui a sa place dans le droit commun des contrats. La même Cour déclare dans un autre arrêt que « *si un accord conventionnel d'une durée indéterminée peut être rompu à tout moment, il appartient à celui qui en prend l'initiative d'accorder à son partenaire un préavis de raison, en fonction de la durée écoulée de l'accord, afin de lui ménager le temps matériel de réorganiser son exploitation pour tenir compte des effets futurs de la dénonciation de l'accord* »⁵⁷⁸.

En fin de compte, la justification retenue par le tribunal arbitral ci-dessus, qui se focalise sur l'absence de pression économique, n'est pas de nature de le dispenser de l'application de la disposition législative. Outre la contrariété de la décision à la lettre du texte légal, le tribunal contrevient à la raison d'être du texte. Il y a une sorte de moralisation voulue par le législateur français et qui doit l'introduire dans relations commerciales. Un délai de préavis suffisant est un aspect de cette moralisation. Cela veut dire que ce n'est pas seulement question d'infériorité économique lors de la négociation, il y a d'autres considérations qui sous-entendent l'édiction de la disposition de la rupture brutale. Même si le préjudice subi par la victime de rupture est infime, le tribunal aurait dû respecter la proportionnalité imposée par le texte légal entre le délai de préavis et la durée contractuelle⁵⁷⁹.

Tout ce qui précède amène à faire le constat suivant : selon le droit français, la partie qui décide de ne pas renouveler le contrat arrivé à son terme, a le devoir de « *prendre toutes les précautions qu'imposent la loyauté et la morale des affaires pour éviter de mettre brutalement son cocontractant devant le fait accompli* »⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ CA Paris, 8 décembre 1994, n° XP081294X : D., 1997, p. 52, obs. Ferrier (D.).

⁵⁷⁸ CA Paris, 20 décembre 2007, n° 06/01841, Société Française du Radiotéléphone (SFR) c. / HPA : *Jurisprudence Dalloz*.

⁵⁷⁹ Force est de constater que le tribunal est conscient de l'aspect relatif à l'organisation de l'activité de la partie démise. Le tribunal déclare que « *L'exception ou plutôt un correctif à ce principe est donc l'exigence de la bonne foi et l'obligation de se comporter loyalement envers son cocontractant. C'est dans ce contexte que la jurisprudence française examine non seulement si le préavis contractuel a été respecté mais encore s'il permet au cocontractant d'organiser sa reconversion (Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 6 mai 2002, pièce (...)). Cependant, cet arrêt constate que, dans la mesure où les circonstances de fait permettent la reconversion du cocontractant, il n'existe pas d'obligation de ne pas diminuer les chances de reconversion du cocontractant allant au-delà du respect du délai de préavis contractuel (...)* » : Sentence arbitrale CCI, n° 14637, 2008 : JDI, 2011, p. 1250, note Jarvin (S.) et Truong (C.).

⁵⁸⁰ **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, op. cit., p. 193

Le fait que les parties insèrent dans leur contrat une clause selon laquelle la poursuite de la relation contractuelle est exclue *ab initio*, est-il de nature de créer une divergence entre la pratique arbitrale et la disposition étatique relative à la rupture brutale de relations commerciales établies ?

§II - La prévisibilité contractuelle de la rupture du contrat

Il est envisageable que les parties excluent la poursuite de leur relation par une clause expresse en ce sens. Une clause qui doit être respectée selon la pratique arbitrale qui a tendance à valider les dispositions contractuelles. En revanche, la jurisprudence étatique n'a aucun mal à invalider ces clauses lorsqu'une attente légitime de poursuite de la relation contractuelle est, entamée chez l'autre contractant. Par exemple, la Cour de cassation a jugé « *qu'après avoir constaté que chaque contrat indiquait sa date de prise et de fin d'effet, sa durée, limitée à une année, et excluait toute tacite reconduction, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, qu'un nouveau contrat était conclu entre les parties dès la cessation du précédent, sans difficulté depuis six ans, et que, compte tenu de leurs pratiques antérieures, du chiffre d'affaires significatif et exclusif généré par la relation, la société GB Cristal pouvait légitimement s'attendre à la signature d'un nouveau contrat à l'échéance du précédent ; qu'il retient que la décision prise le 26 août 2013 par la société Babou de mettre un terme à la relation le 30 septembre 2013, avec un préavis d'un mois, a empêché la société GB Cristal de se reconvertir et de réorienter son activité vers d'autres clients ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations écartant par là même les conclusions invoquées, la cour d'appel a pu retenir l'existence d'un trouble manifestement illicite ; que le moyen n'est pas fondé* »⁵⁸¹.

Si cette affaire était tranchée par un arbitre, il serait peu probable qu'il arrive à une conclusion semblable étant donné sa propension à respecter le contrat. L'attente légitime constatée par les juges étatiques pourrait ne pas correspondre à la conception arbitrale de cette notion. Un délai de préavis d'un mois et une prévisibilité contractuelle du non poursuite du contrat pourrait être suffisant pour l'arbitre, pour dispenser la partie ayant mis fin à la relation contractuelle de toute responsabilité.

⁵⁸¹ Cass. com., 23 juin 2015, n° 14-14.687, Babou c. / GB Cristal : *Jurisprudence Dalloz*.

Par ailleurs, la prévisibilité de la rupture est pour l'arbitre présente, lorsque l'une parties conditionne la poursuite de leur relation contractuelle, à l'exécution par l'autre partie, de certaines conditions. A défaut de cette exécution, le contrat prend fin. Ainsi, lorsqu'un tribunal arbitral⁵⁸² avait constaté que les deux conditions exigées par le concédant, à l'égard de son distributeur, n'avaient pas été exécutées par ce dernier, il n'a pas retenu la brutalité de la rupture. Ces conditions consistaient en premier lieu, à payer « *le solde des redevances dues de l'année en cours avant la signature d'un nouveau contrat* » et en second lieu, à « *l'assurance du distributeur de payer le concédant pendant les six prochains mois* »⁵⁸³.

Faute de remplir ces deux conditions, le tribunal arbitral retient la régularité de la rupture du contrat, même si dans cette affaire, « *le concédant a expédié deux échantillons au distributeur aux fins d'exposition du modèle dans un salon de meubles* »⁵⁸⁴. Ils ont considéré que cet envoi n'avait pas eu pour conséquence, de prouver que le contrat était alors renouvelé tacitement, comme le prétend le distributeur.

Étant donné que l'arbitre préfère donner effet aux dispositions contractuelles, le risque de divergence entre sa position et celle des tribunaux étatiques reste présent. Il convient qu'il adopte une approche similaire à celle de la jurisprudence étatique.

⁵⁸² Sentence arbitrale partielle CCI, aff. n° 5506, 1987 (lieu de l'arbitrage : Paris – droit applicable : droit français), inédite, citée par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Litec, Paris, 2002, p. 192.

⁵⁸³ **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, op. cit., p. 192

⁵⁸⁴ *idem*.

CONCLUSION DU CHAPITRE

En principe, l'arbitre exige un préavis avant que l'une des parties mette fin à la relation contractuelle. Il considère la rupture brutale d'une relation commerciale établie comme incompatible avec le principe de bonne foi. Cette attitude arbitrale peut être confirmée lorsqu'il se réfère à une loi étatique comme la loi française, mais aussi lorsqu'il se réfère aux principes généraux du droit. L'arbitre est d'autant plus sensible à la question de rupture brutale si une attente légitime a été mise en échec. Cependant, une réticence de l'arbitre peut être observée lorsque l'une des parties conteste le délai de préavis contractuel. Lorsque l'une des parties le respecte avant de cesser ses relations avec son cocontractant, l'arbitre peine à engager sa responsabilité. C'est là que réside la réticence de l'arbitre vis-à-vis du droit français qui ne se contente pas du délai de préavis prévu par le contrat, il faut que ce délai soit compatible avec la durée de la relation contractuelle en général. L'arbitre est conscient des objectifs recherchés par le législateur français. Il sait qu'il faut permettre à la partie démise d'avoir l'occasion d'organiser sa reconversion. L'arbitre est conscient également que le législateur français en édictant une telle disposition, se montre septique à l'égard du délai de préavis contractuel. Le législateur soupçonne qu'une contrainte puisse avoir été exercée sur l'une des parties lors de la conclusion du contrat, dont l'objet aurait été de fixer un délai de préavis court. L'arbitre oppose à ces considérations des arguments d'ordre pratique. En ce qui concerne la reconversion de l'un des contractants, il examine les circonstances de fait et décide en conséquence. Si la partie qui invoque la rupture brutale était capable de se reconvertir et de s'organiser facilement étant donné sa situation économique, l'arbitre ne voit aucune raison d'exiger un délai de préavis plus long. En ce qui concerne la contrainte économique, l'arbitre voit dans le poids économique de la partie invoquant la rupture brutale, un empêchement de lui accorder un délai de préavis plus long que celui accepté lors de la conclusion du contrat. La conséquence naturelle d'avoir retenu l'équivalence économique de deux parties, est de faire prévaloir le principe de liberté contractuelle.

Certes, l'attitude arbitrale n'est pas en totale conformité avec la disposition étatique incarnée par l'article L. 442-1-II du Code de commerce français. Mais, cela ne permet pas de dire que l'arbitre ignore la disposition. Au contraire, il semble qu'il tienne compte de cette disposition sans atteindre le niveau souhaitable. Il est préférable que l'arbitre applique le texte étatique et

dépasse le cadre contractuel à chaque fois les considérations qui préoccupent le législateur français sont constatées dans l'affaire sur laquelle il statue.

En fin, l'arbitre international tient compte de la territorialité de l'article L. 442-1-II lorsqu'il se prononce sur son application. Dès lors, il peut l'ignorer si l'entreprise qui l'invoque n'exerce pas son activité sur le sol français et ce, malgré le fait que le droit français est déclaré applicable.

TITRE II

LES FONDEMENTS D'UNE DÉFENSE EFFECTIVE DES POLITIQUES ÉTATIQUES DE CONCURRENCE

La nécessité de respecter les politiques étatiques n'est pas l'apanage des lois étatiques. Cette nécessité se trouve dans des droits savants qui font référence à ces politiques, en précisant que leur mise en œuvre n'empêche pas les tribunaux d'appliquer des dispositions impératives appartenant aux droits étatiques. La même idée est consacrée par la structure juridique dite la *lex mercatoria*. Dans cette structure, le respect des politiques étatiques occupe une place primordiale. L'interprétation retenue de la *lex mercatoria* contribue à définir son rôle dans le respect des politiques étatiques. Elle peut être employée pour étayer le respect des politiques étatiques applicables, comme pour les ignorer, mais il est plus tentant de retenir la première interprétation de la *lex mercatoria*. En effet, elle constitue une barrière contre les opérateurs de commerce international de porter atteinte aux politiques étatiques, lorsque ces opérateurs choisissent de placer leur contrat sous l'autorité de la *lex mercatoria*. L'une des sources de la *lex mercatoria* est la *soft law*, mais ce qui permet de faire la distinction entre le concept de la *lex mercatoria* et le concept de la *soft law* est l'aspect spontané de la première, par opposition à l'aspect réfléchi de la seconde. C'est la raison pour laquelle, il convient d'aborder la question des fondements susceptibles d'étayer la position de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques de concurrence sur le plan international, en divisant ces fondements en deux catégories : le soutien de la *soft law* (droit réfléchi) aux politiques étatiques (Chapitre 1) et le soutien de la *lex mercatoria* (droit spontané) aux politiques étatiques de concurrence (Chapitre 2).

CHAPITRE I

LE SOUTIEN DE LA *SOFT LAW* AUX POLITIQUES ÉTATIQUES

Le droit souple s'intéresse-t-il aux politiques étatiques et quelle est la valeur qu'il réserve aux questions cruciales dont les solutions sont consacrées par des dispositions législatives étatiques ?

Une telle question concerne la valeur juridique des règles relevant du droit souple et la place réservées aux politiques étatiques par l'ordre commercial international, du point de vue du droit souple.

Il convient de rappeler que la codification des règles de droit applicables au sein du commerce international par « *les pouvoirs privés* », a connu un succès remarquable grâce à la qualité des « *œuvre(s) réalisée(s)* »⁵⁸⁵. Certaines de ces codifications contiennent des dispositions claires portant sur le respect des règles impératives de source nationale, internationale ou supranationale. C'est le cas des Principes d'Unidroit qui ont pour objet de s'appliquer aux contrats internationaux. Par ailleurs, il y a d'autres règles dont le propos est également d'unifier le droit régissant les contrats internationaux, comme les Principes du droit européen du contrat, réalisés par la commission Lando. D'autres instruments internationaux classés dans la catégorie du droit souple, incitent au respect des règles impératives, ayant vocation à s'appliquer sans pourtant contenir de règles matérielles. Tel est le cas des principes de La Haye, sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux, adoptés par une commission spéciale de la Conférence de La Haye en 2012⁵⁸⁶. Dans ce contexte, l'accent sera mis sur les principes d'Unidroit dans les développements suivants, étant donné leur notoriété et l'usage qu'en est fait par les arbitres.

Pour bien cerner la façon dont le droit souple appréhende les politiques étatiques, il est judicieux de commencer par aborder son mode d'intervention devant l'arbitre (Section 1). Ensuite, il conviendra d'examiner des dispositions relevant du droit souple consacrant la primauté des dispositions étatiques impératives (Section 2).

⁵⁸⁵ DEUMIER (P.), *Le droit spontané*, Thèse, Economica, Paris, 2002, p. 390.

⁵⁸⁶ Article 11, § 5 des Principes : « *Ces principes ne doivent pas empêcher un tribunal arbitral d'appliquer les règles d'ordre public, ou d'appliquer ou de tenir compte des lois de police de la loi d'un autre État que celle choisie par les parties, si cela est requis ou permis par le tribunal arbitral.* »

SECTION 1 - LE MODE D'INTERVENTION DU DROIT SOUPLE DEVANT L'ARBITRE

Il est classiquement enseigné que l'arbitre dispose d'une marge de décision, dans la question du droit applicable au litige et la référence au droit souple ne fait pas exception à cette affirmation⁵⁸⁷. Devant les arbitres, la distinction très stricte entre droit souple et droit dur n'est pas véritablement observée, ce qui leur donne une grande flexibilité dans l'établissement des décisions jugées plus proches de l'équité. Plus encore, le droit souple et le droit dur se confondent à un point tel qu'une dégradation s'installe dans la dureté de l'un la souplesse de l'autre, les arbitres plaçant les dispositions des deux droits, sur un pied d'égalité⁵⁸⁸.

Dans le cas par exemple, où les parties ne choisissent pas une loi étatique pour régir leur relation, la possibilité d'appliquer les règles du droit souple par l'arbitre augmente considérablement. Les Principes d'Unidroit constituent une illustration pertinente à cet égard. En effet, pour qu'ils trouvent à s'appliquer, soit les parties au contrat omettent de choisir un droit pour régir leur relation⁵⁸⁹, soit les parties désignent des principes communs partagés par des systèmes juridiques donnés ou encore, elles font référence aux principes du commerce international ayant reçu application par les tribunaux nationaux et internationaux⁵⁹⁰. Face à ces situations, l'arbitre est en mesure d'appliquer des dispositions issues des ordres juridiques étatiques ou des règles sans valeur normative, telles que les Principes d'Unidroit, en dehors de la volonté des parties d'une certaine façon, puisque ces droits n'ont pas été désignés spécifiquement.

Cette position arbitrale est explicable par l'abstention des parties de désigner un droit applicable à leur contrat, ce que le tribunal arbitral peut interpréter comme un « *choix négatif implicite* »⁵⁹¹ des Principes d'Unidroit. D'autre part, la référence faite par les parties aux principes transnationaux ou du commerce international, légitime le recours aux Principes

⁵⁸⁷ Les arbitres ont tendance à prendre en considération les dispositions de la *soft law* comme une source de droit jugée légitime lorsqu'ils rendent leurs sentences : **DIMATTEO (L.)**, « Soft law and principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration », *op. cit.*, p. 5.

⁵⁸⁸ **DIMATTEO (L.)**, « Soft law and principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration », *op. cit.*, p. 12.

⁵⁸⁹ **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », *op. cit.*, p. 171.

⁵⁹⁰ **OSER (D.)**, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?*, BRILL, 2008, p. 28, disponible sur *ProQuest Ebook Central* : <http://ebookcentral.proquest.com>

⁵⁹¹ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 7375, 5 juin 1996 : *Rev. arb.*, n° 1, 1999, p. 129.

d'Unidroit parce qu'ils reflètent la concordance d'une majorité de systèmes juridiques étatiques sur certains points contractuels.

Par conséquent, l'application du droit souple doit se baser sur une interprétation de la volonté des parties, que cette volonté soit expresse ou déduite⁵⁹². Toutefois, il faut différencier volonté et attente légitime des parties. Ainsi, l'arbitre peut-il choisir de s'appuyer sur l'attente légitime des parties pour désigner le droit applicable, alors que la volonté des parties est autre. Tel est le cas lorsque les deux parties ne désignent pas un droit applicable, faute de se mettre d'accord sur ce droit. Dans cette hypothèse, la volonté faisant défaut, les arbitres désignent un droit qui correspond à l'attente légitime des parties. Ce choix du tribunal peut être contesté par l'une ou les deux parties à l'arbitrage⁵⁹³. En d'autres termes, l'arbitre peut s'appuyer sur ce qu'il pense être l'attente légitime des parties, pour leur imposer l'application d'un droit souple tel que les Principes d'Unidroit, au même titre qu'il leur impose une loi étatique.

Que les Principes d'Unidroit soient employés pour interpréter les dispositions du droit applicable au contrat, est acceptable car l'interprétation stricte du droit n'est pas la priorité des arbitres. Ces derniers préfèrent une interprétation compatible avec le milieu des affaires, c'est-à-dire plus équilibrée, plutôt que de privilégier une interprétation juridique à proprement parler, jugée rigide⁵⁹⁴. En outre, lorsque les dispositions des lois nationales sont en conformité avec les standards reconnus dans la sphère internationale, les Principes d'Unidroit sont employés par les tribunaux arbitraux, pour confirmer l'application de ces lois nationales et les solutions qu'elles consacrent⁵⁹⁵.

La question qui mérite d'être posée à ce stade du raisonnement, est de connaître la raison qui incite l'arbitre à prêter une attention particulière à l'application de la *soft law* qui d'une certaine façon, s'inscrit dans le cadre de *lex mercatoria* et plus précisément, dans le cadre des règles transnationales. Deux explications sont avancées pour justifier le recours à ces règles de droit : premièrement, la nécessité d'avoir une ligne directrice dans la résolution de litiges

⁵⁹² Les parties influencent la normativité puisque « *Un droit mou à l'égard du juge peut être perçu comme un droit dur par ses destinataires* » : **MEKKI (M.)**, « Propos introductifs sur le droit souple » : *Le droit souple*, Journées nationales, Tome XIII/Boulogne sur Mer, Dalloz, 2009, p. 4.

⁵⁹³ **DERAINS (Y.)**, « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international » : *Travaux du Comité français de droit international privé, années 1984-1985*, CNRS, Paris, 1987, p. 90.

⁵⁹⁴ **DIMATTEO (L.)**, « Soft law and principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration », *op. cit.*, p. 34.

⁵⁹⁵ *idem.*, p. 27.

internationaux, dont l'objet est d'exclure les lois nationales consacrant des dispositions isolées, comparativement à « *des conceptions plus généralement admises dans la communauté internationale* »⁵⁹⁶. Deuxièmement, l'attente légitime des parties ne souffre aucune déception dont l'origine serait l'application de la *lex mercatoria*. Au lieu de favoriser une seule vision étatique, l'arbitre opte pour le recours à une solution consacrée par plusieurs ordres juridiques, paraissant plus apte à satisfaire les parties grâce à une concordance transfrontalière allant dans un sens donné⁵⁹⁷. Or, le droit souple contribue activement à révéler et à affirmer les solutions à retenir dans le commerce international, qui traduisent des lignes directrices internationales. En d'autres termes, la *soft law* est utilisée comme un moyen de créer des principes reconnus au niveau international, pour pallier des problèmes auxquels le droit dur ne fournit pas de solutions satisfaisantes⁵⁹⁸.

Dans le même ordre d'idées, il a été soutenu que le pluralisme juridique, qui découle de la coexistence de multiples ordres juridique, doit être perçu comme un atout. Il faut le garder et essayer dans la mesure du possible, de concilier les ordres juridiques distincts et de dégager la meilleure méthode pour résoudre les conflits du commerce international. Cet objectif est réalisé si les dispositions du droit souple ou du droit dur, s'analysent en des dispositions complémentaires et non conflictuelles⁵⁹⁹.

Cette idée a reçu un appui important chez les académiciens. Ainsi, les codificateurs des Principes d'Unidroit et les Principes du droit européen des contrats, ont-ils compris l'importance de se focaliser sur les principes généraux du droit. Ceux-ci ont le mérite de faciliter la tâche de l'arbitre en lui donnant la possibilité d'éviter le conflit de lois et ils constituent également, une incitation pour les juges étatiques à accorder la force exécutoire aux sentences arbitrales, sans renforcer le contrôle, car ces principes sont familiers pour ces juges. D'où l'intérêt de privilégier la présence des principes communs partagés par les praticiens du droit⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ **GAILLARD (E.)**, « Trente ans de la *lex mercatoria* : Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit » : *JDI*, 1995, p. 27.

⁵⁹⁷ En ce sens : **GAILLARD (E.)**, « Trente ans de la *lex mercatoria* : Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 8.

⁵⁹⁸ **DIMATTEO (L.)**, « Soft law and principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration », *op. cit.*, p. 3.

⁵⁹⁹ *idem*, p. 14.

⁶⁰⁰ **STONE SWEET (A.)**, « The New *Lex Mercatoria* and Transnational Governance » : *Faculty Scholarship Series*, Paper 92, 2006, p. 634, disponible sur : http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/92

Le souci d'échapper au conflit de lois est patent chez certains acteurs du commerce international, comme un auteur a pu le souligner : « *quant aux organisations non gouvernementales, ou groupes d'intérêt, elles ne proposent habituellement que des principes généraux ou des solutions matérielles qui viennent faciliter la coopération internationale. Aucune règle de droit international privé n'est généralement contenue dans les travaux de ces organismes* »⁶⁰¹. Cela démontre que le conflit de lois et les désordres dont il est assorti, constituent un vrai dilemme pour les opérateurs du commerce international, dont ils s'efforcent de s'éloigner par l'adoption de règles matérielles.

En revanche, les droits souples produits par des organisations intergouvernementales ou quasi-gouvernementales, contiennent délibérément des règles de conflit pro-étatiques. Leur existence a le mérite d'atténuer les menaces soulignées par la doctrine. Ces menaces portent sur le sacrifice éventuel de l'application des lois de police, étant donné qu'il est permis aux parties de se référer en premier lieu, aux règles de la *lex mercatoria*, sans forcément assortir ce choix d'une loi étatique⁶⁰².

Il faut rappeler que certains auteurs reconnaissent l'existence d'un droit international privé transnational qui peut être invoqué en soutien des règles impératives étatiques⁶⁰³. Cela s'ajoute au fait que des règles non contraignantes peuvent acquérir plus de valeur juridique lorsqu'elles coïncident avec les attentes des parties, en termes de ce qui est compatibles avec les règles contraignantes⁶⁰⁴. De la sorte, il est possible de dire que les règles impératives étatiques trouvent soit leur équivalent dans le droit souple, soit le droit souple lui-même incite à la mise en œuvre de ces règles, ce qui rend leur exclusion devant l'arbitre, très difficile.

Ces développements plaident naturellement en faveur des lois de police, mais aussi en faveur de l'ordre public international des ordres juridiques. Cela veut dire que le recours aux dispositions du droit souple n'est pas de nature à limiter l'application des politiques étatiques

⁶⁰¹ **KESSEDJIAN (C.)**, « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales (Volume 300) », *op. cit.*, p. 179.

⁶⁰² **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », *op. cit.*, pp. 287-288.

⁶⁰³ "Private international customary law has been used to preempt the application of mandatory or party-chosen hard laws.": **DIMATTEO (L.)**, « Soft law and principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration », *op. cit.*, p. 11.

⁶⁰⁴ "Nonbinding rules can have legal significance when they shape expectations as to what constitutes compliance with binding rules.": **DIMATTEO (L.)**, « Soft law and principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration », *op. cit.*, p. 9.

poursuivies, quand il s'agit de la matière commerciale internationale. Il faut souligner également que les politiques étatiques peuvent se glisser dans des dispositions applicables sur le plan national. En effet, il est tout à fait envisageable qu'une politique étatique contraignante sur le plan national, devienne une politique étatique opposable sur le plan international, en raison de la volonté commune des parties. Cela se produit lorsque les deux parties au contrat international optent pour l'application d'une loi étatique donnée. Il semble que ce choix renforce la loi étatique, à tel point qu'elle évince le recours à la *lex mercatoria*, à l'exclusion des cas où des circonstances particulières sont constatées.

Il reste à vérifier si le droit souple fait référence aux dispositions impératives étatiques.

SECTION 2 - LA CONSÉCRATION DE LA PRIMAUTÉ DES DISPOSITIONS ÉTATIQUES IMPÉRATIVES PAR LE DROIT SOUPLE

Une question se pose immédiatement : pourquoi le droit souple se penche-t-il sur la problématique des dispositions impératives consacrées par les Etats, alors que ce type de droit est conçu pour surmonter les problèmes relatifs aux conflits de lois, en instaurant des règles matérielles unificatrices ?

La réponse se trouve dans le souci de légitimité de ces instruments internationaux. De fait, les auteurs des règles du droit souple ne peuvent ignorer les intérêts des Etats, pour la simple raison qu'ils sont justement les acteurs majeurs du cercle commercial international. De plus, les règles auxquelles les Etats n'acceptent pas de déroger sont souvent porteuses de valeurs consacrant une justice internationale ou nationale, cohérente avec leurs propres valeurs. Par ailleurs, le souci d'harmoniser les règles de droit et de promouvoir les bonnes pratiques, entraîne les codificateurs du droit souple à inclure dans leurs instruments, des objectifs régulateurs de nature publique, souvent incorporés dans des dispositions du droit dur national ou international⁶⁰⁵. A cet égard, les dispositions incluses dans les Principes d'Unidroit qui prohibent la contrainte lors de la conclusion du contrat et permettent son annulation de ce fait, constituent un exemple sur la participation de la *soft law* à la condamnation des pratiques illicites perçues comme telles par les ordres étatiques⁶⁰⁶. De même, la prohibition des

⁶⁰⁵ **DIMATTEO (L.)**, « Soft law and principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration », *op. cit.*, p. 12.

⁶⁰⁶ A l'article 3.2.6 des Principes d'Unidroit de 2016 : « *La nullité du contrat pour cause de contrainte peut être invoquée par une partie lorsque son engagement a été déterminé par les menaces injustifiées de l'autre partie, dont l'imminence et la gravité, eu égard aux circonstances, ne laissent à la première aucune autre*

avantages excessifs au profit de l'un des contractants constitue une préoccupation semblable à celles consacrées normalement par des ordres juridiques étatiques⁶⁰⁷. De telles dispositions servent à mettre en relief les points communs des ordres juridiques étatiques et à promouvoir leur mise en œuvre.

Par ailleurs, l'incitation à tenir compte des règles impératives étatiques peut être consacrée par la *soft law*. En effet, l'insertion de règles au sein des droits souples consacrant le respect des textes législatifs étatiques, traitant des matières sensibles, est constatée.

Cette réponse soulève un point important : les personnes élaborant ces lois sont-elles neutres ? Quel est leur degré d'emprise étatique (I) ? Une fois déterminées les réponses à ces questions, il conviendra d'étudier la portée réelle de la reconnaissance de la primauté des règles étatiques impératives, par des règles relevant du droit souple devant l'arbitre international (II).

§I - La neutralité des pouvoirs privés instaurant le droit souple

Les sources du droit du commerce international se déclinent sous deux formes : les sources autonomes qui produisent des règles de droit de manière automatique, car elles viennent de la pratique commerciale internationale ; les règles réfléchies, qui viennent de l'extérieur, c'est à dire existant déjà dans un ou des systèmes juridiques, pour être ensuite consacrées au sein des règles du commerce international⁶⁰⁸.

issue raisonnable. Une menace est, notamment, injustifiée lorsque l'acte ou l'omission dont une partie est menacée est en soi illicite, ou qu'est illicite le recours à une telle menace en vue d'obtenir la conclusion du contrat. »

⁶⁰⁷ A l'article 3.2.7 des Principes d'Unidroit de 2016 :

- « 1) La nullité du contrat ou de l'une de ses clauses pour cause de lésion peut être invoquée par une partie lorsqu'au moment de sa conclusion, le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie. On doit, notamment, prendre en considération :
- a) le fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale de l'état de dépendance, de la détresse économique, de l'urgence des besoins, de l'imprévoyance, de l'ignorance, de l'inexpérience ou de l'inaptitude à la négociation de la première; et
 - b) la nature et le but du contrat.
- 2) Le tribunal peut, à la demande de la partie lésée, adapter le contrat ou la clause afin de le rendre conforme aux exigences de la bonne foi en matière commerciale.
- 3) Le tribunal peut également adapter le contrat ou la clause à la demande de la partie ayant reçu une notification d'annulation pourvu que l'expéditeur de la notification en soit informé sans tarder et qu'il n'ait pas agi raisonnablement en conséquence. Le paragraphe 2 de l'article 3.2.10 est alors applicable. »

⁶⁰⁸ **DEUMIER (P.)**, « Les sources du droit et les branches du droit. A propos d'une conception doctrinale des sources du droit du commerce international » : *Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, Paris, 2013, p. 182.

Ainsi, les règles appartenant au droit souple et regroupées sous la forme d'un code, sont-elles classées au rang des règles réfléchies, élaborées pour répondre aux besoins du commerce international, du point de vue de leurs créateurs.

Les personnes qui produisent les règles du droit souple doivent être neutres, car la légitimité de ces pouvoirs privés ne se mesure pas seulement à l'aune des visions étatiques, mais également à l'aune des intérêts des entreprises privées, opérant sur le plan international. Cette légitimité est importante pour l'arbitre international, puisque cela donne à sa décision plus de légitimité et de crédibilité lorsqu'il s'y réfère.

De ce point de vue, il est primordial que les groupes de travail élaborant les règles, présentent un niveau de neutralité raisonnable vis-à-vis des acteurs du commerce international, y compris les Etats. En d'autres termes, « *l'indépendance des auteurs par rapport à la puissance publique participe de leur qualification d'instrument de soft law* »⁶⁰⁹.

Il convient de préciser que cette indépendance n'est tout de même pas totale. En effet, la réalité indique que les auteurs de certains instruments internationaux dont l'autorité est reconnue à grande échelle, ne sont pas totalement détachés des Etats. La notion d'indépendance des auteurs est par conséquent à relativiser et les Principes d'Unidroit élaborés sous la tutelle de l'Institut international pour l'unification du droit privé, en est un exemple.

Cette organisation intergouvernementale constituée de 61 Etats reçoit des contributions qui participent à sa pérennité. Par conséquent, son indépendance ne peut être totale. Tel est également le cas des Principes du droit européen du contrat, puisque la commission chargée de les éditer reçoit des aides de la Commission européenne⁶¹⁰. La commission qui a commencé ces travaux sur le droit européen du contrat dès les années 1980, était constituée d'universitaires sous la direction du professeur Ole Lando. Ce groupe de travail a reçu un soutien financier partiel visant à faciliter ses réunions⁶¹¹. Par la suite, ces travaux ont été soutenus par des institutions européennes, en plus de la Commission européenne.

De fait, tant que ces structures doctrinales seront subventionnées par des organes étatiques

⁶⁰⁹ **CHANTEPIE (G.)**, « Les codifications privées » : *Le droit souple*, Journées nationales, Tome XIII/Boulogne sur Mer, Dalloz, 2009, p. 43.

⁶¹⁰ *idem*.

⁶¹¹ **KESSEDJIAN (C.)**, « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales (Volume 300) », *op. cit.*, p. 106.

ou quasi étatiques, leur indépendance sera toujours remise en question. Ceci étant, la vraie question est de savoir si l'appartenance de ces groupes de travail à des organisations étatiques affecte réellement leur neutralité. En ce qui concerne les Principes d'Unidroit, il a été soutenu que le groupe de travail bénéficiait d'experts ad hoc et qu'aucun représentant gouvernemental ne siégeait⁶¹² dans ses réunions bien que l'Institut international pour l'unification du droit privé soit un organisme intergouvernemental⁶¹³.

Il en est de même des normes non-étatiques élaborées par des organisations intergouvernementales, concernant les intérêts publics. Elles présentent un taux de fiabilité supérieur à celles élaborés par des organisations privées. Ainsi, l'institut Unidroit et la CNUDCI sont-ils considérés comme producteurs d'un droit souple plus juste vis-à-vis des Etats ⁶¹⁴.

De plus, la fiabilité de certains instruments comme les Principes d'Unidroit, vient d'une volonté étatique favorable à la *lex mercatoria*, traduite par la reconnaissance des sentences fondées sur ces Principes. En outre, un auteur considère même qu'il faut y voir un soutien étatique, dans la mesure où les Etats s'efforcent d'affirmer les règles relevant de la *lex mercatoria*, par le biais d'un ensemble de règles non contraignantes, pour les mettre à la disposition de l'arbitre⁶¹⁵.

Il est important de comprendre que le danger de sacrifier l'intérêt général par des groupes de travail produisant un droit souple, n'est pas toujours neutralisé par le recours à des institutions internationales et intergouvernementales. A vrai dire, que des groupes de travail constitués pour produire une *soft law*, prennent en considération l'intérêt général n'est pas manifeste. Il n'existe pas de moyens suffisants pour s'assurer que les experts spécialisés chargés d'une telle tâche, soient désintéressés. Les institutions internationales adoptent les travaux réalisés par tel ou tel groupe sans y avoir inclus au préalable, des personnes missionnées pour veiller à ce que l'intérêt général soit sauvegardé. La question des financements est ici prépondérante, la participation à des réunions de travail nécessitant un soutien financier considérable. Seules les

⁶¹² *idem*, p. 155.

⁶¹³ FONTAINE (M.), « Du droit "mou" ... impératif » : *Etudes offertes à B. Mercadal*, Editions Francis Lefebvre, Paris, 2002, p. 162.

⁶¹⁴ SYMEONIDES (S.), « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux » : *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 807.

⁶¹⁵ Voir : LOQUIN (E.), « Où en est la *lex mercatoria* » : *Mél. Philippe Kahn*, « Souveraineté étatique et marchés internationaux du 20^{ème} siècle », Litec, 2000, p. 48.

entités ayant des moyens financiers organisés, comme les grandes entreprises, sont capables de participer aux réunions nécessaires à la production de normes souples. Cela exclut la possibilité d'une participation englobant tous les intérêts en jeu et surtout les Etats⁶¹⁶.

Il ressort de ces développements que la garantie de neutralité des règles du droit souple, est commandée par certaines exigences difficiles à vérifier de façon certaine. Pour autant, la fiabilité de certains droits souples doit être retenue, car ils ont été obtenus, certes grâce au soutien d'institutions intergouvernementales, mais avec une marge d'autonomie considérable. Il s'y ajoute que certains droits souples (les Principes d'Unidroit et les Principes européens des contrats) recueillent l'approbation de la doctrine, car ils s'expriment avec impartialité et révèlent leurs bienfaits pour le commerce international. Il faut ajouter que les arbitres qui appliquent souvent ces règles, ont la latitude d'apporter leur propre regard à ces règles lors de leur application et de s'assurer de leur vocation à régir la situation dans certains cas.

La crédibilité de la *soft law* est loin d'être remise en question lorsqu'elle contient des règles faisant référence à la nécessité d'appliquer des règles impératives étatiques, ou lorsqu'elle contient elle-même des règles impératives équivalentes à celles consacrées par les ordres juridiques étatiques.

§II - La mise en œuvre des règles de droit souple consacrant la prééminence des règles impératives étatiques

Les dispositions contenues dans le droit souple et respectant la primauté des règles impératives étatiques, sont basées sur des considérations pragmatiques. Le réel problème réside dans l'interprétation par l'arbitre, à retenir de ces règles. Leur portée concrète doit être déterminée en fonction des circonstances au cours desquelles intervient l'arbitre.

Il se trouve dans les Principes d'Unidroit, plusieurs dispositions abordant la question des règles impératives étatiques. Parmi ces dispositions, l'article 1.4 intitulé (Règles impératives), doit être mentionné en premier lieu, car il prévoit que « *Ces Principes ne limitent pas l'application des règles impératives, d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé* ».

⁶¹⁶ **KESSEDJIAN (C.)**, « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales (Volume 300) », *op. cit.*, pp. 181-183.

Pour prendre un autre exemple exprimant le point de vue d'un droit souple sur la nécessité d'appliquer les dispositions étatiques impératives, il conviendrait de se tourner vers le droit souple européen. Les Principes du droit européen des contrats élaborés par la Commission Lando, contiennent un article en ce sens. Il s'agit de l'article 1:103 intitulé (Règles impératives) qui prévoit : « (1) *Lorsque le droit applicable le permet, les parties peuvent choisir de soumettre leur contrat aux Principes de telle sorte que les règles impératives nationales ne s'appliquent pas.*

(2) *Elles doivent toutefois respecter les règles impératives du droit national, supranational ou international qui, selon les règles pertinentes du droit international privé, s'appliquent indépendamment du droit qui régit le contrat ».*

La formulation de cet article diffère quelque peu de l'article 1.4 des Principes d'Unidroit précité, mais le principe y figurant et instaurant la préoccupation à l'égard des dispositions impératives étatiques, est identique. Les Principes européens sont plus explicites puisqu'ils ont le mérite de distinguer les simples règles impératives des règles impératives relevant de l'ordre public international et des lois de police.

Il convient de mentionner également un autre texte, venant de la même famille de *soft law* et consacrant le respect des règles impératives applicables, dont la spécificité est de faire référence directe à l'arbitre. Il s'agit de l'article 11 5^{ème} paragraphe des de Principes de la Haye de 2012, sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux. Celui-ci prévoit que : « *Ces principes ne doivent pas empêcher un tribunal arbitral d'appliquer les règles d'ordre public, ou d'appliquer ou de tenir compte des lois de police de la loi d'un autre État que celle choisie par les parties, si cela est requis ou permis par le tribunal arbitral ».*

Le cœur de la question est de déterminer la signification de l'expression *règles impératives* employée par le premier instrument. En effet, les Principes d'Unidroit ne précisant pas la nature des règles impératives, celles-ci peuvent renvoyer, soit à des lois de police, à des règles d'ordre public ou à des règles d'ordre public international⁶¹⁷. De prime abord, cette imprécision est de nature à créer d'importantes confusions, entraînant une insécurité juridique.

⁶¹⁷ FONTAINE (M.), « Du droit "mou" ... impératif », *op. cit.*, p. 161.

En réalité, il n'en est rien, bien qu'il faille déterminer un critère ayant pour fonction d'éviter une telle incertitude. Ce critère peut se trouver dans la nature de la disposition prétendant être applicable. Si elle vise à protéger un intérêt général, ou un intérêt privé débouchant sur un intérêt général, sans relever de l'arbitraire, la disposition doit recevoir application. Le garant capable de s'assurer de la réalisation de ce critère est l'arbitre lui-même. Autrement dit, il faut laisser à l'arbitre une marge de manœuvre, pour décider de l'impérativité internationale et de la légitimité de la disposition en question⁶¹⁸ et ce, sans hésiter de se référer aux critères d'application retenus par l'ordre juridique concerné.

Par la suite, il est utile de préciser l'effet qu'engendre la violation d'une règle impérative étatique. En effet, l'article 3.3.1 des Principes d'Unidroit intitulé (Contrat violant une règle impérative) prévoit que : « 1) *La violation d'une règle impérative d'origine nationale, internationale ou supranationale qui s'applique en vertu de l'article 1.4 produit sur le contrat les effets que ladite règle a pu prescrire expressément* ».

Les Principes d'Unidroit renvoient donc à la loi étatique qui a été violée, pour déterminer les effets qui vont être produits. Une telle disposition est cohérente avec l'application de la règle étatique considérée comme impérative. Ainsi, si la loi étatique prévoit la nullité comme sanction pour la violation de ses dispositions, l'annulation de ce contrat s'impose.

Pourtant, les Principes reprennent le relais, lorsque la règle étatique impérative ne détermine pas expressément les effets à produire. L'article 3.3.1 prévoit ainsi que :

« 2) *Lorsque la règle impérative ne prescrit pas expressément les effets de sa violation sur le contrat, les parties peuvent exercer les moyens fondés sur l'inexécution du contrat qui sont raisonnables dans les circonstances* ». Le paragraphe suivant donne les critères déterminants de ce qui est entendu par "raisonnables".

Il ressort de telles dispositions que les Principes d'Unidroit reconnaissent et envisagent la possibilité de conclure un contrat illicite, mais ils s'exonèrent de donner suite à l'illicéité tant que le droit étatique s'en charge.

Les Principes du droit européen des contrats contiennent un article semblable, l'article 4:101 intitulé (Questions non traitées) qui prévoit que : « *Le présent chapitre ne traite pas de*

⁶¹⁸ Certains auteurs préfèrent parler de politiques principales fondamentales contre les règles impératives applicables dans l'ordre juridique interne : "A distinction is generally drawn between mandatory rules of the domestic law of a jurisdiction and overarching fundamental policies of that jurisdiction" : **BEATSON (J.)**, « International arbitration, public policy considerations, and conflicts of law: the perspectives of reviewing and enforcing courts »: in *Arbitration international*, Oxford University press, 2017, p. 176.

l'invalidité découlant de l'illégalité ou de l'immoralité du contrat, ni de l'incapacité des parties ». En d'autres termes, « *la loi nationale applicable en vertu des habituelles règles de conflit de lois ou un autre ensemble de normes de caractère international ou non national s'appliquent alors pour régir ces questions* »⁶¹⁹.

Etant donné ce qui précède, la question de savoir si les règles impératives étatiques gardent leur priorité d'application, sans tenir compte du motif justifiant l'application des Principes d'Unidroit par l'arbitre, se pose (A). Une autre question se pose quant à la compatibilité des dispositions impératives prévues par les Principes eux-mêmes avec les dispositions impératives venant d'un droit étatique (B).

A/ L'influence du fondement d'application des Principes d'Unidroit sur l'impérativité des règles impératives étatiques

En réalité, la réponse à cette question dépend de la qualification juridique retenue pour ces Principes, l'arbitre ne plaçant pas les Principes d'Unidroit sur un même niveau de normativité, dans toutes les affaires. Il fera la différence entre une situation où les Principes sont désignés en tant que *lex contractus*⁶²⁰ et la situation où ils sont choisis en tant que simples dispositions contractuelles. Dans le premier cas, l'ordre public interne de la loi désignée par la règle de conflit ne prime pas sur les Principes. En revanche dans le second cas, les principes ne peuvent pas contrarier l'ordre public interne de la loi étatique désignée comme la *lex contractus* par les parties⁶²¹.

Certains auteurs retiennent cependant une interprétation restrictive des règles impératives étatiques qui doivent être respectées en vertu des Principes, dans le sens où ces Principes

⁶¹⁹ **LEW (J.)**, « Les Principes d'Unidroit en tant que *lex contractus* choisie par les parties et sans choix exprès de droit applicable : point de vue du conseil » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, p. 94. Les parties ont la possibilité d'éviter l'incertitude en choisissant outre les Principes d'Unidroit, un droit étatique neutre pour compléter les domaines non traités par ces Principes : **RAESCHKE-KESSLER (H.)**, « Les Principes d'UNIDROIT dans la pratique contractuelle d'aujourd'hui » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, p. 109.

⁶²⁰ M. Mayer soutient qu'« *il est extrêmement rare que les principes d'UNIDROIT soient retenues comme lex contractus, si l'on entend par là, comme on le doit, un droit qui est applicable en dehors de l'intervention de l'arbitre, et dont l'arbitre se borne à découvrir l'applicabilité préexistante.* » Le même auteur précise que « *plus nombreux sont les cas où l'arbitre décide de se servir des Principes d'UNIDROIT, comme un corps de règles susceptible de l'aider à trancher le litige.* » : **MAYER (P.)**, « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans la pratique de l'arbitrage de la CCI » : *Bull. CCI*, Vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, p. 124.

⁶²¹ **LOQUIN (E.)**, « Règles matérielles internationales et *lex mercatoria* (322) » : *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 2007, pp. 207-208.

sauraient contrarier les règles impératives ayant cette qualité dans l'ordre public interne⁶²². Ces auteurs préfèrent cantonner la conception de règles impératives prévue par les Principes « *aux règles impératives des lois d'application nécessaire* »⁶²³. Autrement dit, ces auteurs se réfèrent aux lois de police pour définir les règles impératives. Ayant retenu une telle définition étroite, la possibilité d'incompatibilité entre les Principes d'Unidroit et les lois de police devrait s'estomper ou au moins « *ne devrait pas, en général, être cause de réel conflit, car leur objet est différent* »⁶²⁴.

En ce qui concerne la présente étude, l'interprétation apportée par M. Dessemonet⁶²⁵ apparaît très convaincante. Cet auteur explique que lorsque la solution proposée par les Principes s'accommode mal des dispositions impératives du droit applicable, la primauté de ces dernières s'impose. L'exception à cette règle, qui consiste à faire abstraction du droit étatique applicable, n'existe que si les Principes sont désignés comme étant un droit régissant le contrat ou le litige. Dans ce cas, l'auteur précise que les Principes ne doivent pas porter atteinte à l'ordre public international de l'ordre juridique national, selon la conception interne de cet ordre. Par ailleurs, la solution consacrée par les Principes ne doit pas enfreindre « *les lois de police des Etats tiers* »⁶²⁶. Il rejoint donc d'autres auteurs dans la nécessité de respecter l'ordre public international de l'Etat concerné⁶²⁷, en ayant le mérite de préciser la manière dont la loi de police intervient, c'est à dire lorsqu'un ordre juridique tiers est impliqué.

⁶²² **CRAWFORD (J.) et SINCLAIR (A.)**, « Application aux contrats de l'Etat des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, p. 76.

⁶²³ *idem*.

⁶²⁴ **BONELL (M.-J.)**, « Les Principes d'UNIDROIT comme moyen d'interpréter et de compléter le droit international uniforme » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, p. 32. D'autres auteurs insistent sur le fait que les Principes ne sauraient contrevenir à l'ordre public international des Etats dans lesquels la sentence est susceptible d'être exécutée : « *Les Principes d'UNIDROIT ne peuvent contrarier les lois de police des Etats qui revendiqueraient leur application à la relation contractuelle, ni l'ordre public international des Etats dans lesquels la sentence serait présentée* » : **LOQUIN (E.)**, « Règles matérielles internationales et *lex mercatoria* (322) », *op. cit.*, p. 207.

⁶²⁵ **DESSEMONTET (F.)**, « L'utilisation des Principes d'UNIDROIT pour interpréter et compléter le droit national » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, p. 44.

⁶²⁶ *idem*. Voir également **LY (F. de)**, « Choice of law clauses, Unidroit Principles of international commercial contracts and Article 3 Rome Convention: The *lex mercatoria* before domestic courts or arbitration privilege ? » : *Etudes offertes à B. Mercadal*, Editions Francis Lefebvre, Paris, 2002, pp. 140-141.

⁶²⁷ Il convient de préciser que certains auteurs veillent à restreindre la conception de l'ordre public international au maximum. A cet égard, un auteur écrit que devant l'arbitre « *il n'y a pas de loi étrangère dans un arbitrage international au sens d'une règle qui ne fait pas partie du système juridique de l'autorité en charge de résoudre le différend. Toutes les lois nationales ont le même statut. Ceci a des implications importantes, non seulement en ce qui concerne la preuve du contenu de la loi applicable en question, mais également pour l'intervention de ce que l'on appelle "l'ordre public prééminent" ("overriding public policy"). L'arbitre international n'a pas le devoir d'assurer la conformité à des concepts qui sont purement nationaux.* » : **DERAINS (Y.)**, « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans l'arbitrage commercial international : une vue européenne » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, p. 12.

Les Principes d'Unidroit contiennent des dispositions impératives que les parties ne sont pas autorisées à contredire, ce qui incite l'arbitre à prendre position en décidant en faveur de quelle impérativité il va se pencher.

B/ L'influence du fondement d'application des Principes d'Unidroit sur l'impérativité des règles impératives contenues dans les Principes eux-mêmes

Examinée sous un autre angle, la question des règles impératives pose un second problème : les Principes d'Unidroit contiennent des règles impératives contraignantes auxquelles les parties ne doivent se soustraire. Par conséquent, il peut y voir conflit avec les règles impératives étatiques. A quel corps de règles, la priorité d'application doit-elle alors être attribuée ? En réalité, comme cela a été dit, les parties peuvent valablement choisir les Principes d'Unidroit en tant que loi régissant leur relation devant l'arbitre international⁶²⁸. Cette possibilité pose à son tour le problème de l'article 3.1.4 des Principes d'Unidroit intitulé (Caractère impératif des dispositions) qui prévoit que « *Les dispositions relatives au dol, à la contrainte, à l'avantage excessif et à l'illicéité contenues dans le présent Chapitre sont impératives.* » Face à cette situation, il faut faire la part des choses entre deux types de règles impératives : celles appartenant aux Principes d'Unidroit et celles appartenant au droit applicable, ce qui génère une situation peu cohérente dans la mesure où les Principes appartiennent au droit souple.

Parallèlement, « *comment les principes pourraient-ils prétendre empêcher les parties de déroger à certaines dispositions, alors qu'ils ne s'appliquent que dans la mesure où les parties le veulent ?* »⁶²⁹ Selon le commentaire de l'article 3.1.4 lui-même, la réponse se trouve, dans le fait que ces dispositions impératives des Principes coïncident avec les autres dispositions impératives contenues dans les lois nationales internes. Pourtant, une objection a tout de suite été opposée à cet argument : les Etats n'adoptent pas tous la même vision des dispositions impératives. A titre d'exemple, le principe de bonne foi n'est pas perçu par les systèmes juridiques de la même façon, alors que les Principes le classent comme une disposition impérative⁶³⁰.

⁶²⁸ LALIVE (P.), « Les Principes d'UNIDROIT en tant que *lex contractus*, avec ou sans choix explicite ou tacite de la loi : point de vue de l'arbitre » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, p. 84.

⁶²⁹ FONTAINE (M.), « Du droit "mou" ... impératif », *op. cit.*, p. 163.

⁶³⁰ *idem*, pp. 163-164.

Par conséquent, afin de répondre à la question concernant le corps de règles auquel la priorité d'application doit être attribuée, il faut, là encore, faire une distinction entre les deux perceptions possibles des Principes d'Unidroit. Si ces Principes sont considérés comme de simples dispositions contractuelles incorporées au contrat, la violation des dispositions impératives n'a pas d'impact sur la validité du contrat. Sauf si ces dispositions impératives trouvent appui dans un droit étatique applicable en vertu des dispositions du droit international privé, mis en œuvre par l'arbitre.

En revanche, si les Principes sont perçus comme une loi à part entière régissant le contrat, à l'exclusion de toute loi étatique, la violation des dispositions impératives de ces Principes affectera la validité du contrat⁶³¹.

A ce stade du développement, il convient de s'interroger sur l'importance d'inclure au sein d'un droit souple, des dispositions impératives auxquelles les parties ne peuvent déroger, alors que le droit souple en est le cadre.

Il est légitime de soutenir que les Principes visent à établir une sorte de justice élémentaire, de nature internationale. Pourtant, les codificateurs des Principes semblent avoir voulu introduire une restriction des pouvoirs de l'arbitre. De fait, celui-ci n'hésite pas à invoquer le droit des affaires internationales ou la *lex mercatoria*, pour ignorer certaines dispositions étatiques pouvant régir la relation contractuelle, afin d'atteindre un résultat d'après lui plus compatible avec les transactions internationales. Puisque les Principes englobent les prismes des systèmes juridiques étatiques et consacrent des principes généraux partagés par ces systèmes, l'arbitre se trouve contraint de suivre la tendance qui est à la fois étatique et internationale⁶³². Cela mène à penser que les Principes tentent de cerner l'arbitre par deux voies : la référence aux

⁶³¹ *idem*, pp. 165-166.

⁶³² « Plutôt que de vagues principes ou de directives générales, les Principes sont essentiellement constitués de règles précises, clairement énoncées et articulées de manière cohérente et systématique » : Sentence arbitrale CCI, aff. n° 7110, 1999, *Bull. CCI*, 1999, vol. 10/n° 2, p. 40, spéc. p. 51, la traduction est reprise de **LOQUIN (E.)**, « Règles matérielles internationales et *lex mercatoria* (322) » : *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 2007, p. 210, Le même tribunal continue en parlant des Principes d'Unidroit et énonce qu'« Ils ont été mis au point par un groupe d'éminents experts internationaux, originaires de tous les systèmes de droit prévalant dans le monde, sans intervention des Etats ni des gouvernements. Ces deux éléments contribuent à la très haute qualité et à la neutralité du produit et à son aptitude à refléter l'état actuel du consensus sur les règles juridiques internationales et sur les principes qui régissent les obligations contractuelles internationales dans le monde, principalement sur la base de leur caractère équilibré et approprié aux transactions commerciales internationales qui entrent dans leur domaine. » : Sentence arbitrale CCI, aff. n° 7110, 1999, *Bull. CCI*, 1999, vol. 10, n° 2, p. 40, spéc. p. 50, la traduction est reprise de **LOQUIN (E.)**, « Règles matérielles internationales et *lex mercatoria* (322) » : *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 2007, p. 210.

règles impératives étatiques et l'adoption des règles impératives au sein de ses propres dispositions.

Par ailleurs et de façon générale, ces Principes ont pour objectif d'introduire une « *certaine morale contractuelle* » dans les contrats internationaux⁶³³. Par conséquent, certaines règles doivent être soulignées plus que d'autres, étant donné les avantages qu'elles représentent et auxquels l'arbitre est sensible. En ce sens, il est permis de dire que les règles souples « *garantissent un accès au droit en informant les destinataires sur un certain nombre de principes ou de règles auxquelles les autorités publiques attachent une importance majeure* »⁶³⁴. La notion de dépendance permettant d'avoir des avantages excessifs constitue un exemple à cet égard.

⁶³³ FONTAINE (M.), « Du droit "mou" ... impératif », *op. cit.*, p. 164.

⁶³⁴ MEKKI (M.), « Propos introductifs sur le droit souple », *op. cit.*, p. 13.

CONCLUSION DU CHAPITRE

En définitive, l'arbitre peut être considéré comme faisant partie des destinataires du droit souple en matière internationale, parce que ce droit exprime une tendance générale poursuivie par les Etats. Le travail de l'arbitre en est facilité et il peut alors mettre en œuvre, une combinaison de règles mises au point par des experts compétents. Le fait qu'un droit souple contienne des règles impératives et qu'il fasse référence aux règles impératives édictées par les droits étatiques, exige que l'arbitre prête une attention particulière, à la fois aux règles d'ordre public international appartenant aux ordres étatiques et aux règles impératives contenues dans le droit souple. A chaque fois qu'une règle impérative semblable à celles consacrées par le droit souple est invoquée, l'arbitre est tenu de vérifier si cette règle n'a pas d'équivalent dans le droit déclaré applicable par lui.

CHAPITRE II

LE SOUTIEN DE LA *LEX MERCATORIA* AUX POLITIQUES ÉTATIQUES

Trois rôles distincts sont attribués à *lex mercatoria*. Il y a d'abord, celui qui constitue un moyen de s'affranchir des politiques étatiques (Section 1), puis celui qui constitue une institution juridique neutre, visant à augmenter l'efficacité de l'arbitrage (Section 2). En fin, le troisième rôle de la *lex mercatoria* est de défendre les politiques étatiques prépondérantes (Section 3).

SECTION 1 - LA *LEX MERCATORIA* EST UN MOYEN DE S'AFFRANCHIR DES POLITIQUES ÉTATIQUES

Lorsque l'arbitre décide de se référer aux principes généraux du droit et du droit du commerce international, ainsi qu'aux usages du commerce, il applique des règles relevant de la *lex mercatoria*. Toutefois, l'imprécision entourant ces conceptions génère des difficultés à la mise en œuvre du droit étatique, déclaré applicable.

Par exemple, le fait de retenir une définition très large de l'un des composants de *lex mercatoria* tel que les usages du commerce international conduit à vider la loi étatique déclarée applicable de la plupart de ses règles (I). Par ailleurs, la perception de la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique du commerce international, permet à l'arbitre d'emprunter une approche dogmatique sur certaines notions juridiques bien ancrées dans les ordres juridiques étatiques (II).

§I - L'imprécision de la définition attribuée aux usages du commerce

Certaines règles impératives relevant du droit applicable sont évincées par les tribunaux arbitraux du simple fait qu'elles ne sont pas dans les usages du commerce. Il est donc nécessaire de cerner la question des usages du commerce international. Pour certains, ils ne peuvent être que le synonyme de la *lex mercatoria* et lorsque les conventions internationales font référence aux usages du commerce, c'est la *lex mercatoria* dont elles parlent. Cette affirmation n'empêche pas la *lex mercatoria* de contenir des règles générales qui correspondent aux principes généraux du droit, tout en précisant que l'origine de ces principes

est une source savante⁶³⁵. Cette interprétation peut se comprendre dans la mesure où la *lex mercatoria* renvoie à la substance des règles du commerce international, plutôt qu'à la manière par laquelle se forment ces règles⁶³⁶.

D'une certaine manière, cette signification très large des usages du commerce ouvre la voie à la marginalisation des lois étatiques choisies par les parties⁶³⁷. Dès lors, la loi de volonté devient comme un récipient creux qui ne contient qu'une partie infime des règles matérielles régissant le contrat. Une telle conséquence ne reste pas au stade d'un débat académique, elle peut se concrétiser par la pratique arbitrale. Ainsi, un tribunal arbitral, en se référant au règlement d'arbitrage de la CCI de 1988, a décidé de ne puiser dans la loi choisie par les parties que des solutions pour des points litigieux auxquels le contrat et les usages du commerce n'apportent de réponse. En effet, il s'agit là de l'application d'un article contenu dans le règlement d'arbitrage, selon lequel le tribunal doit tenir compte des usages du commerce international. En outre, le tribunal s'est injustement référé à la clause désignant le droit applicable, pour en tirer l'intention des parties de restreindre l'application de la loi étatique. Par conséquent, le tribunal est arrivé à la conclusion que le droit étatique choisi ne s'appliquait qu'aux questions de validité⁶³⁸.

Il convient de préciser que l'arbitre trouve cette incitation à l'application des usages du commerce dans les lois étatiques également. Tel est le cas du droit français. L'article 1511 du Code de procédure civile : « *Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce* ».

⁶³⁵ « Dans sa branche internationale, la célèbre *lex mercatoria* ne connaît que des usages professionnels. Les rares règles générales qui y sont rencontrées sont le plus souvent des principes généraux du droit, d'émanation savante. La qualification d' "*usages*" consacrée par les conventions internationales en la matière se justifie donc pleinement. » : **DEUMIER (P.)**, *Le droit spontané*, op. cit., p. 189.

⁶³⁶ « La notion de la *lex mercatoria*, à la différence de celle de règle transnationale ou de principe général du droit du commerce international, met l'accent sur le contenu des normes davantage que sur leur mode de formation. » : **GAILLARD (E.)**, « Trente ans de la *lex mercatoria* : Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », op. cit., p. 7.

⁶³⁷ M. GAILLARD a écrit que « La controverse sur le sens du mot "*usage*" n'a d'incidence que lorsque les parties ont expressément désigné une loi étatique déterminée pour régir leur différend. Si une conception large des "*usages*" incluant les principes généraux du droit devait être retenue, les arbitres auraient la possibilité de s'écarter des dispositions de la loi choisie par les parties en invoquant l'obligation qui leur est faite d'appliquer "*dans tous les cas*" les usages. Une conception stricte du terme usage, au sens de pratiques habituellement suivies dans une branche d'activité, imposerait au contraire aux arbitres de s'en tenir aux dispositions de la loi choisie par les parties et de ne recourir aux usages qu'à titre supplétif. » : **GAILLARD (E.)**, « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international » : *Etudes offertes à Pierre Bellet*, 1991, Litec, p. 210.

⁶³⁸ Sentence arbitrale CCI, n° 9479, 1999 : *Bull.CCI.*, vol. 12, n° 2, 2001, p. 71.

Autrement dit, il faut retenir une conception assez restreinte des usages du commerce et restreindre la liberté de l'arbitre. Dans ce sens, l'arbitre se réfère aux usages du commerce international pour compléter la loi étatique, « *notamment en vue de l'interprétation du contrat et de la détermination des suites qu'il comporte* »⁶³⁹.

Dans le même ordre d'idées, il a été soutenu que « *si les usages du commerce international peuvent contribuer à révéler le contenu des droits et obligations nés du contrat, ils sont par nature impuissants à préciser les conditions de sa validité et l'étendue de ses effets quant aux personnes* »⁶⁴⁰.

Il semble plus logique que la force des usages du commerce réside dans l'interprétation du droit ou du contrat. Ainsi, quand l'arbitre interprète une disposition contractuelle, il privilégie l'interprétation contextualisée, car elle permet de prendre en compte les coutumes, les usages du commerce et les transactions antérieures. En outre, cela permet de bien cerner l'intention des parties et les cas où elles agissent de mauvaise foi⁶⁴¹.

La jurisprudence arbitrale connaît cette définition restreinte des usages du commerce. Dans une autre sentence arbitrale, un tribunal a précisé l'étendue des usages du commerce, pour rejeter l'argument relatif à l'application de la disposition relative aux changements de circonstances (*hardship*). Il a mis en évidence que malgré la consécration de la théorie par les Principes d'Unidroit, elle ne trouvait pas à s'appliquer puisqu'elle ne faisait pas partie des usages du commerce international, appliqués régulièrement et continuellement en dehors d'une clause contractuelle en ce sens. Le même tribunal a exclu l'application de la disposition relative aux avantages excessifs consacrée par les Principes également, en empruntant le même raisonnement⁶⁴² : « *les usages du commerce international servent strictement à interpréter et à compléter le droit national dans la mesure où il existe dans la loi des lacunes pouvant être comblées de façon adéquate par ces usages.[...] Ceci est vrai à plus forte raison lorsque les parties ont choisi une loi nationale comme loi applicable à leur relation ; dans ce*

⁶³⁹ **MAYER (P.)**, *Droit international privé*, 4^{em} éd., Paris, Montchrestien, 1991, p. 440

⁶⁴⁰ **MAYER (P.)**, « L'autonomie de l'arbitre international par rapport aux juges étatiques (217) », *op. cit.*, p. 440.

⁶⁴¹ **DIMATTEO (L.)**, « Soft law and principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration », *op. cit.*, p. 16.

⁶⁴² Les dispositions concernant le déséquilibre manifeste des prestations relèvent des dispositions impératives des Principes d'Unidroit : **FONTAINE (M.)**, « Du droit "mou" ... impératif », *op. cit.*, p. 162. En d'autres termes, les parties ne peuvent déroger à ces Principes (article 1.5). Cette impérativité trouve tout son sens lorsque les parties désignent les Principes d'Unidroit comme un droit applicable à leur contrat.

cas les usages du commerce international ne peuvent certainement pas remplacer la loi nationale choisie par les parties en ce qui concerne les institutions, les comportements et les effets qui sont soumis à un régime législatif propre à celui-ci »⁶⁴³.

Ce tribunal minimise à juste titre, le rôle des usages du commerce en réduisant leur emploi à combler des lacunes et à interpréter des dispositions floues de la loi nationale. Ce faisant, ce tribunal a le mérite d'adopter une approche jugée très cohérente. Dans la mesure où il éclaire la fonction des usages du commerce, il précise les cas où l'arbitre est amené à se référer à ces usages. Il est autorisé d'y faire recours quand le droit national choisi par les parties, faillit à apporter une réponse précise.

Le raisonnement juridique poursuivi par le tribunal dans cette affaire est irréprochable, car, il se réfère au droit étatique applicable pour fonder sa décision, en écartant l'application de la théorie de *hardship*. Cependant, ce raisonnement n'est pas opposable lorsque le droit national applicable consacre bel et bien la notion en question. Si le tribunal décline l'applicabilité d'une institution juridique alors qu'elle est consacrée par la loi déclarée applicable, il est accusé de dogmatisme.

§II - La *lex mercatoria* sert d'incubateur pour le dogmatisme arbitral

L'arbitre trouve dans l'argument des règles régissant le commerce international un refuge pour adopter une approche unitaire en ce qui concerne les règles qui doivent être appliquées à un contrat international. Faisant valoir qu'un tel ou tel principe ne reflète pas l'état actuel de la pratique poursuivie dans les transactions internationales, il parvient à neutraliser l'application des principes juridiques inclus dans le droit déclaré applicable. Ce faisant, il écarte la mise en œuvre des institutions juridiques qui auraient pu être appliquées, en vertu de la loi d'autonomie (B) ou le droit déclaré applicable(A), comme le principe de *hardship*, le principe de déséquilibre contractuel significatif ou le principe la rupture brutale de relations commerciales établies.

⁶⁴³ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 9029, 1998 : *Bull. CCI*, vol. 10, n° 2, 1999, p. 91, spéc. p. 94.

A/ L'utilisation de la lex mercatoria pour créer une entorse au droit déclaré applicable

Si l'arbitre fait recours à l'argument de la *lex mercatoria* pour exclure les dispositions du droit applicable, ce mécanisme est entaché de dogmatisme. Ainsi, dans un contrat soumis volontairement au droit espagnol, un tribunal arbitral n'a pas fait droit à une demande formulée par l'une des parties, dont l'objet était d'appliquer le principe de *hardship*⁶⁴⁴. Tout en constatant qu'une clause contractuelle en ce sens faisait défaut, le tribunal a jugé que « *si l'on peut admettre l'existence d'une tendance, dans certaines branches, à stipuler avec une certaine continuité des clauses de hardship, il est certain que dans la pratique des affaires, l'obligation de rééquilibrer le contrat (par l'article 6-2-3 des principes UNIDROIT), qui caractérise la hardship, constitue un principe tout à fait exceptionnel qui n'est accepté que dans le cadre de clause contractuelle, qui devront déterminer en détail les situations justifiant la hardship ainsi que les conséquences de celle-ci. Il est donc exclu que l'on puisse considérer les dispositions en matière de hardship contenues dans les principes UNIDROIT comme des usages du commerce. Il s'agit, au contraire, de règles qui ne correspondent pas, au moins en l'état actuel, à la pratique courante des affaires dans le commerce international et qui ne seront par conséquent applicables que lorsque les parties y ont fait une référence expresse, ce qui n'est pas le cas ici* »⁶⁴⁵.

En effet, en questionnant le droit espagnol, le tribunal avait l'occasion de retenir la théorie de *hardship* car à cette époque, ce droit connaissait la théorie en question à travers la jurisprudence de la Cour suprême espagnole⁶⁴⁶.

Deux remarques s'imposent en ce qui concerne cette sentence. D'abord, il faut approuver la distinction faite entre le principe de *hardship* et les usages du commerce international. En effet, si le tribunal avait opté pour l'intégration de *hardship* au sein des usages du commerce, cela aurait induit que l'application de cette théorie devienne systématique devant les arbitres

⁶⁴⁴ La Cour de cassation belge définit la théorie d'imprévision comme une « *théorie qui tend à faire admettre qu'en toute matière, la partie lésée par un contrat peut être déliée de ses engagements lorsque des événements extraordinaires, échappant à toute prévision au moment où le contrat a pris naissance, en ont altéré si profondément l'économie, qu'il soit certain qu'elle n'aurait pas consenti à assumer l'aggravation des charges qui en résulte.* » : Cass. 30 octobre 1924 : *Pas.*, 1924, I, p. 565, cité par **PHILIPPE (D.)**, « La force majeure et le hardship » : *Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international éd. 2010 et l'arbitrage*, Actes du colloque du CEPANI, Bruylant, 2011, p. 99.

⁶⁴⁵ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 8873, 1997 : *JDI*, 1998, p. 1017, spéc. 1019, obs. Hascher (D.).

⁶⁴⁶ **PLANUTIS (D.)**, *Le déséquilibre contractuel dû au changement imprévisible des circonstances et ses remèdes : Etude de droit comparé : Espagne – Pologne – France*, Mémoire de Master 2, Université Paris II Panthéon – ASSAS Institut de Droit Comparé, 2012-2013, pp. 26 et s.

internationaux. En particulier, la règle très commune et répandue dans les lois portant sur l'arbitrage international, imposant à l'arbitre de tenir compte des usages du commerce, indépendamment du droit applicable au fond. Ensuite, il faut critiquer l'autre aspect du raisonnement fait par le tribunal qui lui a permis de s'affranchir des dispositions du droit espagnol. Il a déclaré ce droit applicable tout en limitant sa portée par la *lex mercatoria*. Or, en déclarant le droit espagnol applicable, le tribunal aurait dû en tirer toutes les conséquences : dans la mesure où ce droit consacre le principe de *hardship*, sa mise en œuvre s'est imposée.

Une telle sentence prouverait qu'un conflit peut surgir entre les points de vue retenus, pour hiérarchiser l'autorité normative des dispositions, ayant vocation à régir la situation. En l'espèce, le tribunal arbitral a imposé sa vision lorsqu'il a exclu toute possibilité d'appliquer la théorie de *hardship*, en l'absence d'une clause contractuelle incluse dans le contrat en ce sens. Il est à constater ici, que la marge de manœuvre laissée à l'arbitre est à son maximum, en raison de la manipulation de la conception de la *lex mercatoria*.

Dans une autre affaire, l'arbitre a décliné l'application du principe de *hardship*, pourtant consacré par le droit déclaré applicable, en opposant l'argument de l'internationalité du contrat et le principe *pacta sunt servanda*, qui trouve à s'appliquer en tant qu'usage du commerce. Pour que le principe *pacta sunt servanda* s'applique, il suffit, que le droit choisi pour régir le contrat, fasse référence aux usages du commerce⁶⁴⁷.

Le contrat en question avait été conclu entre une partie turque et une partie néerlandaise. Son objet était l'installation d'une production de sucre en morceaux. La partie turque n'avait pas exécuté son obligation de paiement, invoquant le changement de circonstances économiques imprévisibles frappant le marché turc du sucre en morceaux. Bien que le droit néerlandais applicable en l'espèce, reconnaisse au juge le pouvoir de mettre fin au contrat lors de la survenance d'un changement économique imprévisible rendant l'exécution de l'obligation, déraisonnable et inéquitable, l'arbitre n'a pas mis en œuvre cette disposition. Ce dernier a estimé qu'une telle intervention d'arbitrage dans le contrat était incompatible avec le caractère

⁶⁴⁷ Sentence arbitrale CCI, n° 9753, citée par **MAYER (P.)**, « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans la pratique de l'arbitrage de la CCI » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, p. 124.

international du contrat. Ainsi, le principe de *pacta sunt servanda*, prévu dans l'article 6.2.1 des Principes, s'est trouvé applicable⁶⁴⁸.

Appliquant ce raisonnement concrètement, la théorie de l'imprévision se trouve neutralisée quasi-systématiquement abstraction faite des dispositions du droit applicable.

Si l'arbitre décide de mettre en œuvre une règle de conflit de lois et que cette règle le conduit à déclarer une loi étatique comme étant applicable, il n'a plus le droit de se référer à la *lex mercatoria*. En effet, si la loi désignée fournit au tribunal arbitral la solution recherchée, il n'y a aucune raison pour se référer à la *lex mercatoria* pour déjouer la solution prévue par le droit compétent⁶⁴⁹. Ainsi, il est difficile de suivre le raisonnement avancé par un tribunal arbitral, ayant décidé d'exclure la loi à laquelle renvoie la règle de conflit de lois mise en œuvre. En l'espèce, à l'occasion d'un litige opposant un vendeur danois à un acheteur allemand, le tribunal arbitral a exclu la loi danoise, dont l'application était due à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois, pour appliquer une règle de la *lex mercatoria*. Les parties n'avaient pas désigné de loi pour régir leur contrat, le tribunal a appliqué une règle de conflit de lois qui a par la suite débouché sur l'application du droit danois. Ce droit, contrairement au droit allemand, prévoit une notification immédiate si les produits faisant l'objet du contrat, ne sont pas livrés. Le droit danois a ici été ignoré car les pratiques observées dans le commerce international, ne mentionnent pas une telle exigence aussi sévère. En retenant une période raisonnable, le tribunal a appliqué une règle commerciale générale. Il a justifié son choix en expliquant que le droit danois avait été désigné en mettant en œuvre les règles du droit international privé⁶⁵⁰. Il semble que le tribunal légitime sa modification de la règle applicable, par l'absence d'une volonté expresse des parties choisissant le droit danois, comme droit régissant leur contrat. Ce parti pris a tout de même été interprété par un auteur, comme une préséance du droit souple sur le droit dur⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 8486, 1996 : *JDI*, 1998, p. 1047, obs. Derains (Y.). Cette position arbitrale a été critiquée par **MAYER (P.)**, « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans la pratique de l'arbitrage de la CCI » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, p. 126.

⁶⁴⁹ En cas de contradiction, il est difficile pour le tribunal arbitral d'écarter la loi nationale déclarée applicable et opter pour l'application des Principes au titre de la *lex mercatoria* : **DESSEMONTET (F.)**, « L'utilisation des Principes d'UNIDROIT pour interpréter et compléter le droit national » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, p. 50.

⁶⁵⁰ Sentence arbitrale, citée par **DIMATTEO (L.)**, « Soft law and principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration » : *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2013, pp. 20-21, published by Oxford University: <http://cjcl.oxfordjournals.org/>

⁶⁵¹ **DIMATTEO (L.)**, « Soft law and principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration », *op. cit.*, pp. 20-21.

Malgré l'adoption par le tribunal d'une disposition plus juste et plus raisonnable, l'approche est délicate. Concevoir la *lex mercatoria* comme une norme apte à corriger la loi étatique, mettrait en danger la sécurité juridique, ainsi que l'autorité de la loi étatique.

Cette approche arbitrale est d'autant plus grave si l'arbitre contourne la loi de volonté et opte pour l'application d'une règle relevant de la *lex mercatoria*.

B/ L'utilisation de la lex mercatoria pour créer une entorse à la volonté des parties

En employant l'approche de la *lex mercatoria*, l'arbitre peut aller jusqu'à ignorer la volonté explicite des parties ayant opté pour l'application d'une loi étatique donnée. C'est ce à quoi un tribunal arbitral a eu recours avec les dispositions de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, pour ne pas appliquer la période courte prévue par la loi choisie, pour notifier que les marchandises étaient défectueuses. Le tribunal a préféré appliquer l'article 39 (2) de la Convention de Vienne qui prévoit une période de notification de deux ans. Ce laps de temps a été jugé plus juste par le tribunal arbitral car la période adoptée par la loi d'autonomie était elle, injuste et déraisonnable⁶⁵².

Des arbitres peuvent donc décider d'aller à l'encontre d'une disposition prévue dans une loi désignée par les parties pour régir leur contrat, ce qui est injustifiable au regard de la volonté des parties. Il est évident que la *lex mercatoria* a été employée littéralement, pour rendre inopérantes des dispositions appartenant au droit régissant le contrat. Cela conduit à constater la contradiction suivante : la *lex mercatoria* est susceptible de constituer l'expression pure de la volonté des contractants, lorsqu'ils choisissent de placer leur contrat dans l'ordre mercatique. Également, la *lex mercatoria* constitue dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire lorsqu'elle a vocation à s'appliquer alors qu'un droit étatique est désigné pour régir le contrat, le pire ennemi de la volonté des parties puisqu'elle permet une dérogation à cette dernière. M. Mayer commente cette pratique arbitrale de manière générale en disant que « *si le caractère international du contrat est invoqué systématiquement pour écarter les dispositions du droit choisi au profit des principes applicables aux contrats internationaux, les prévisions des parties seront déjouées sans justification véritable* »⁶⁵³.

⁶⁵² Sentence arbitrale CCI, 1989, aff. n° 5713, citée par **DIMATTEO (L.)**, « Soft law and principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration »: *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2013, p. 21, published by Oxford University: <http://cjcl.oxfordjournals.org/>

⁶⁵³ **MAYER (P.)**, « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans la pratique de l'arbitrage de la CCI », *op. cit.*, p. 127.

De plus, en permettant à la *lex mercatoria* de restreindre les effets de la volonté, celle-ci contrecarre sa raison d'être. En fait, pour dénoncer le fait que la *lex mercatoria* empiète sur la volonté des parties, il a été mis en évidence qu'elle a été inventée pour asseoir l'autorité de la volonté, non pour la détruire. De cette façon, les dispositions contractuelles consenties constituent la principale référence pour les parties. La *lex mercatoria* sert ainsi à mettre cette volonté à l'abri de l'intervention étatique⁶⁵⁴ et par conséquent, il ne faut pas qu'elle soit invoquée pour la contrecarrer.

La nécessité d'une prudence et d'une modération dans l'utilisation de la *lex mercatoria* s'explique par un danger d'abus⁶⁵⁵. Au fond, le danger de la *lex mercatoria* réside dans le fait qu'elle devienne un instrument détruisant la volonté des contractants et qu'elle se transforme en norme, dont la vocation est d'interférer avec le contrat, sans autorisation préalable des parties⁶⁵⁶. La *lex mercatoria* pourrait être appliquée en l'absence même d'indices objectifs y conduisant.

Pourtant, il convient de préciser que dans certains cas, un tel raisonnement arbitral est par exemple admissible pour un calcul d'intérêts. Ce serait le cas dans l'hypothèse où la loi nationale prévoit un taux légal d'intérêts, lors d'un manquement à une obligation de paiement, sans tenir compte de la devise du contrat⁶⁵⁷. Par conséquent, l'arbitre n'est autorisé à user de son pouvoir discrétionnaire vis-à-vis de la règle de droit applicable, en présence d'une volonté manifeste, que dans la stricte mesure où la situation l'exige. De fait, l'arbitrage doit avoir une flexibilité qui augmente son efficacité.

Ni la théorie de *hardship*, ni la théorie des avantages excessifs⁶⁵⁸ n'ont été considérées comme des règles faisant parties des règles régissant le commerce international. Il s'ensuit que leur

⁶⁵⁴ "General principles of contract are functional for traders in that they give wide latitude to private arbitrators to tailor arbitration to the specific needs and wishes of the parties. After all, through contracts, parties create their own law; the *Lex Mercatoria* is meant to provide an independent foundation for this law, not to replace it." : **STONE SWEET (A.)**, « The New *Lex Mercatoria* and Transnational Governance », *op. cit.*, p. 634.

⁶⁵⁵ Cette possibilité trouve un soutien dans la doctrine : "In commercial contract law, customary law, including business customs, trade usage, and commercial practice, should, in certain contexts, be given more weight than the default rule provided by a convention or code." : **DIMATTEO (L.)**, « Soft law and principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration », *op. cit.*, p. 5.

⁶⁵⁶ En ce sens : **MOUSSERON (J.-M.)**, « *Lex mercatoria* bonne mauvaise idée ou mauvaise bonne idée ? » : *Mél. dédiés à Louis Boyer*, presse de l'université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1996, p. 490.

⁶⁵⁷ **MAYER (P.)**, « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans la pratique de l'arbitrage de la CCI », *op. cit.*, p. 127.

⁶⁵⁸ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 9029, 1998 : *Bull. CCI*, vol. 10, n° 2, 1999, p. 91, spéc. p. 94.

application est conditionnée par une clause contractuelle ou par la référence à une loi, qui les consacre expressément. Dans ce dernier cas, si les arbitres s'abstiennent d'appliquer ces théories, ils se heurtent à un problème important : trouver un fondement juridique pour expliquer leur position, sauf à supposer que la *lex mercatoria* constitue une loi supranationale, qui empêche l'application des théories tendant à introduire plus d'équilibre dans les relations contractuelles⁶⁵⁹.

Que l'arbitre décide d'appliquer une loi étatique et que celle-ci ne consacre pas une institution juridique donnée, sa décision d'exclure l'application de cette institution se trouve justifiée. Par contre, que l'arbitre décide d'exclure cette institution alors qu'elle fait partie du droit applicable et ce, en invoquant la *lex mercatoria*, sa décision se trouve privée de fondement juridique. Si l'arbitre cesse d'opposer à l'autorité de la loi étatique déclarée applicable l'argument de la *lex mercatoria*, l'argument du commerce international ou même l'argument des usages du commerce, des notions juridiques visant à rétablir l'équilibre contractuel trouvent à s'appliquer en vertu de cette loi. Ainsi, la possibilité d'appliquer certains principes tels que le principe de *hardship*, le principe d'abus de puissance économique réservant des avantages excessifs à l'un des contractants, le principe de la rupture brutale de relations commerciales établies, augmente considérablement.

La reconnaissance d'une normativité démesurée de la *lex mercatoria* conduit à la nécessité de lui attribuer un autre rôle que celui d'un droit supranational, capable de déjouer toute prévision quant à la règle qui sera mise en œuvre par l'arbitre.

SECTION 2 - LA *LEX MERCATORIA* EST UNE INSTITUTION JURIDIQUE VISANT À AUGMENTER L'EFFICACITÉ DE L'ARBITRAGE

Pour commencer, l'absence de choix d'une loi étatique pour régir un contrat permet à l'arbitre d'avoir recours à la *lex mercatoria*. Autrement dit, la *lex mercatoria* peut être appliquée à un contrat international, sans que son application ne soit le fruit de la volonté des parties, du

⁶⁵⁹ A cet égard, il a été écrit que « certains articles reflètent même ce que l'on pourrait appeler des "choix politiques". Les dispositions prévues en cas d'avantage excessif (art. 3.10 [des Principes d'Unidroit]) en sont une illustration : elles constituent une prise de position en faveur de l'équité des rapports contractuels, en réaction contre certaines pratiques abusives. » : **FONTAINE (M.)**, « Les Principes d'UNIDROIT : expression de la pratique contractuelle actuelle ? » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, p. 102. Cet auteur reconnaît que la notion d'avantage excessif ne fait pas partie de la *lex mercatoria*, selon la pratique arbitrale internationale.

moins de façon directe. Dans ce cas, il s'agit d'une désignation objective de la *lex mercatoria*. Tel est le cas lorsque le contrat présente des liens faibles avec de multiples ordres juridiques. L'arbitre sera en mesure d'imposer son application pour éviter d'être pris dans un cycle de conflits de lois, dans lequel la légitimité d'une loi ne serait pas établie par rapport à une autre⁶⁶⁰. Néanmoins, une précision doit être donnée concernant la relation entre l'arbitre et la *lex mercatoria* : l'arbitre est en mesure selon M. Mayer, de se référer à la *lex mercatoria*, mais il n'est pas obligé de le faire en dehors d'une convention conclue par les parties contractantes allant en ce sens⁶⁶¹.

Cela permet de constater que le recours de l'arbitre à la *lex mercatoria* n'est pas obligatoire. Tant que l'arbitre a l'occasion de mettre en œuvre une loi étatique, il ne doit pas supposer que l'intention des parties s'oppose à cette possibilité. De fait, l'application de la *lex mercatoria* est une option parmi d'autres. Le fait d'opter pour une loi étatique renforce la possibilité de trouver des règles consacrant des institutions juridiques partagées par les Etats, dont la *lex mercatoria* nie l'existence.

Il ne faut pas toujours percevoir la *lex mercatoria* comme une alternative au droit étatique et il faut parfois l'aborder comme un soutien de la loi étatique. A ce titre, les Principes d'Unidroit sont utilisés par les arbitres afin de renforcer les positions prises par eux, en application d'un droit étatique. C'est d'autant plus le cas lorsque le droit étatique appliqué, n'a pas été choisi par les parties⁶⁶².

Toutefois, dans tous les cas où une loi étatique est déclarée applicable, l'élasticité de la conception (I) de la *lex mercatoria* commande de lui attribuer un rôle subsidiaire (II).

§I - L'élasticité de la conception de la *lex mercatoria*

De prime abord, l'essence de la *lex mercatoria* peut sembler difficile à définir. Il existe une vraie perplexité à démonter les rouages qui la composent et fixer une règle claire, expliquant son intervention et les conditions qui l'entourent, devant l'arbitre international.

⁶⁶⁰ JACQUET (J.-M.), *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1983, pp. 121-122.

⁶⁶¹ MAYER (P.), « L'autonomie de l'arbitre international par rapport aux juges étatiques (217) », *op. cit.*, pp. 398 et s.

⁶⁶² MAYER (P.), « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans la pratique de l'arbitrage de la CCI », *op. cit.*, p. 117.

A titre d'exemple, la notion des principes généraux du droit, faisant partie de la *lex mercatoria*, est délicate à cerner. Il a été dit que ces principes sont partagés par certaines nations ; qu'ils représentent l'essence de la justice ou la justice élémentaire ; qu'ils avaient vu le jour grâce au « *pouvoir créateur* » du juge ou de l'arbitre ; qu'ils ne sont pas l'œuvre de la jurisprudence mais qu'ils ont été mis en œuvre par elle, dès leur naissance⁶⁶³. Pour M. Mayer, l'arbitre crée les règles de la *lex mercatoria* et son rôle ne s'arrête pas à la découverte de ces règles⁶⁶⁴. Ce qui montre que l'origine même de ces règles est une source de controverses.

S'ajoute à cela que la confirmation de l'existence d'un principe général du droit crée une difficulté, car en réalité, il est facile de prononcer l'existence d'un principe général du droit ou un usage du commerce, mais il est très difficile d'en établir l'existence⁶⁶⁵. Ainsi, « *pour établir de façon sérieuse l'existence d'un principe général du droit, par exemple, il faut rechercher le contenu de plusieurs lois appartenant à la famille romano-germanique, à la common law, au droit musulman, etc.* »⁶⁶⁶. C'est pourquoi un autre auteur, en réponse à cette critique, a précisé qu'il fallait relativiser la notion de principe général du droit. Il a soutenu que le recours à la notion de plusieurs ordres juridiques se regroupant autour de certains principes, suffit à élaborer l'existence d'un principe général. Il n'est alors nul besoin de constater un consensus large sur un principe donné, au point de consulter l'ensemble de lois appartenant aux différentes familles juridiques⁶⁶⁷.

En outre, les justifications permettant de faire le lien entre les différents éléments constituant la *lex mercatoria*, ne sont pas de nature à fournir une explication objective de la raison d'être de ce lien. En effet, le lien entre les principes généraux du droit du commerce international et les usages du commerce international, se traduisent par le fait que ces deux sources de règles de droit relèvent de la *lex mercatoria*. La conséquence à tirer de la combinaison de ces deux normes dans la *lex mercatoria*, n'est pas anodine. Cette combinaison sous-entend un

⁶⁶³ **DEUMIER (P.)**, *Le droit spontané*, op. cit., p. 197.

⁶⁶⁴ **MAYER (P.)**, « L'autonomie de l'arbitre international par rapport aux juges étatiques (217) », op. cit., p. 410.

⁶⁶⁵ *idem.*

⁶⁶⁶ *idem*, p. 409.

⁶⁶⁷ **GAILLARD (E.)**, « Trente ans de la *lex mercatoria* : Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », op. cit., pp. 5-30.

objectif important : que les principes généraux du droit bénéficient du statut privilégié dont sont dotés les usages du commerce⁶⁶⁸.

La confusion potentielle dans l'interprétation des liens regroupant les composants de la *lex mercatoria*, peut conduire à désactiver la loi choisie par les parties, pour régir leur relation contractuelle. Il est utile de rappeler que la *lex mercatoria* est susceptible de recueillir des règles matérielles, venant des principes généraux du droit et apportant une solution au fond du litige. Cela a pour conséquence de traiter les solutions consacrées par les usages du commerce et par les principes généraux du droit, sur un pied d'égalité. La neutralisation systématique de la loi de volonté va se produire et l'intervention de l'arbitre dans l'issue du litige ne connaîtra pas de limites.

En outre, la *lex mercatoria* souffre d'autres attaques doctrinales fondées sur l'ambiguïté qui l'entoure. En ce sens, les règles juridiques les plus affinées n'échappent pas à la critique de l'incorporation arbitraire au sein de la *lex mercatoria*. Certains auteurs par exemple, soutiennent que les Principes d'Unidroit sont l'incarnation des principes généraux du droit, extraits des droits nationaux. Leur application par l'arbitre selon eux, n'est donc que l'application des principes généraux du droit, à laquelle l'arbitre est tenu dans certaines situations⁶⁶⁹. En revanche, d'autres auteurs préfèrent nuancer le statut des Principes d'Unidroit, en disant qu'ils ne sont pas considérés comme faisant partie de la *lex mercatoria*. Ils ne relèvent de cette catégorie que si le contenu de ces Principes correspond au contenu des règles, issues véritablement de la *lex mercatoria* comme les règles issues des usages du commerce ou des principes généraux du droit. Par conséquent, les Principes d'Unidroit ne rentrent pas automatiquement dans le champ de la *lex mercatoria*, ils passent un examen approfondi avant d'y rentrer⁶⁷⁰.

En résumé, la notion de la *lex mercatoria* n'est ni assez délimitée ni assez circonscrite. Lorsqu'une loi étatique déclarée applicable, il faut que la solution consacrée par cette loi prime sur la solution consacrée par la *lex mercatoria*.

⁶⁶⁸ **DEUMIER (P.)**, *Le droit spontané*, op. cit., p. 198.

⁶⁶⁹ **LOQUIN (E.)**, « Règles matérielles internationales et *lex mercatoria* (322) », op. cit., p. 210.

⁶⁷⁰ **MAYER (P.)**, « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans la pratique de l'arbitrage de la CCI », op. cit., p. 122. Pour un même avis, voir : **LALIVE (P.)**, « Les Principes d'UNIDROIT en tant que *lex contractus*, avec ou sans choix explicite ou tacite de la loi : point de vue de l'arbitre », op. cit., p. 84.

§II - L'attribution d'un rôle subsidiaire à la *lex mercatoria*

Les règles impératives de la loi étatique s'imposent indépendamment du fait que leur contenu correspond ou non, aux règles de la *lex mercatoria*. La référence aux Principes d'Unidroit ne déroge pas à cette règle. Ainsi, dans une affaire⁶⁷¹ pour laquelle le droit koweïti a été déclaré applicable par le tribunal arbitral, la question de combler les lacunes a été posée. Le tribunal s'est référé à l'article 7.1.6 des Principes, pour éclaircir les dispositions dudit droit sur la notion de l'erreur manifeste. M. Mayer approuve cette démarche étant donné la difficulté à laquelle le tribunal est confronté, dans le décèlement de la signification exacte de la disposition. Cependant, il n'approuve pas la prééminence que le tribunal attribue aux Principes par rapport au droit koweïti. De fait, le tribunal a indiqué dans sa décision, qu'il aurait été obligé de s'affranchir du droit koweïti, si ce droit optait pour une définition restrictive de la notion et que ce tribunal dans l'affirmative, préférerait suivre les Principes dans la définition de la notion. Cette position est inacceptable car le tribunal a déclaré le droit étatique en question, applicable. Autrement dit, il ne faut pas déroger au droit déclaré applicable, en suivant la préférence personnelle du tribunal dont la légitimité sera discutable⁶⁷². S'ajoute à cela que le tribunal en procédant de la sorte, méconnaît l'autonomie de la volonté.

L'imprévisibilité et l'illégalité de cette tendance incitent à prôner la position prise par un tribunal arbitral dans une affaire où une question semblable était en cause. En l'espèce⁶⁷³, des contrats ont été conclus et soumis au droit iranien. Lors de l'arbitrage, les deux contractants ont accepté, outre l'application du droit iranien, de prendre en considération les principes généraux du droit international et les usages du commerce. La question des intérêts a fait l'objet d'une controverse devant le tribunal. Bien que ce tribunal ait constaté l'existence d'un usage selon lequel la date à partir de laquelle l'intérêt est calculé est celle qui correspond à l'échéance de la dette (article 7.4.9 des Principes), il a décidé de ne pas appliquer cet usage parce que le droit iranien contient une disposition expresse traitant cette question. Il s'agit de l'article 721 du Code de procédure civil iranien qui prévoit que les intérêts sont calculés à partir de la date à laquelle la demande a été formulée, à condition que la demande soit

⁶⁷¹ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 5835, 1988 : *Bull. CCI*, vol. 10, n° 2, 1996, p. 34, spéc. pp. 37-38.

⁶⁷² **MAYER (P.)**, « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans la pratique de l'arbitrage de la CCI », *op. cit.*, p. 126.

⁶⁷³ Sentence arbitrale CCI, n° 7365, *Cubic Defense system c./Ministry of defense of Iran*, cité par **MAYER (P.)**, « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans la pratique de l'arbitrage de la CCI » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, p. 126, (La position du tribunal est approuvée par M. Mayer).

conforme aux formalités exigées. Il faut voir dans cette attitude un respect de la loi choisie par les parties et une bonne mise en œuvre subsidiaire des Principes d'Unidroit, en présence d'une loi étatique. En d'autres termes, si les Principes apportent une solution différente de celle apportée par le droit national choisi par les parties, la solution consacrée par le droit national l'emporte devant l'arbitre⁶⁷⁴.

La subsidiarité des Principes d'Unidroit est rappelée par un autre tribunal arbitral. A cet égard, il déclare que ces Principes « *ne peuvent constituer en eux-mêmes un ensemble de principes normatifs à considérer comme loi supranationale applicable au lieu et à la place d'une loi nationale, du moins pour autant que l'arbitre est tenu de désigner la loi applicable à travers le choix de la règle de conflit qu'il juge la plus appropriée* »⁶⁷⁵.

En conséquence, le constat suivant doit être fait : le rôle de la *lex mercatoria* en général, ou des Principes d'Unidroit en particulier, ne doit être ni sous-estimé, ni surestimé. En effet, les tribunaux arbitraux y trouvent une réponse aux questions juridiques posées devant eux, si le droit choisi n'apporte pas de réponse ou que celle-ci n'est pas assez claire. Ce qui veut dire que le tribunal a la possibilité de s'en servir autant que de besoin, sans dépasser le cadre des solutions claires prévues par le droit applicable⁶⁷⁶.

Il ressort de ce qui précède que l'application d'une loi étatique est plus rassurante que l'application de la *lex mercatoria* en ce qui concerne certains régimes juridiques comme l'équilibre contractuel par exemple.

Pour finir, la *lex mercatoria* peut-elle servir en tant que moyen, pour défendre les politiques étatiques prépondérantes, ce qui inclut naturellement les politiques de concurrence.

SECTION 3 - LA *LEX MERCATORIA* EST UN MOYEN DE DÉFENDRE LES POLITIQUES ÉTATIQUES PRÉPONDÉRANTES

Le conflit des lois est un corollaire de l'internationalité du contrat et il prend de l'ampleur

⁶⁷⁴ **FRANSWORTH (A.)**, « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans l'arbitrage commercial international (2) : point de vue américain sur leurs finalités et leur application » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, p. 26.

⁶⁷⁵ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 9419, 1998 : *Bull. CCI* vol. 10, n° 2, 1999, p. 107, spéc. p. 109.

⁶⁷⁶ En ce sens : **MAYER (P.)**, « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans la pratique de l'arbitrage de la CCI », *op. cit.*, p. 126.

lorsque les parties ne prennent pas le temps de désigner le droit qui régira leur contrat. La question de la règle applicable n'est pas totalement exclue lorsque les parties désignent en effet, un droit ou des règles de droit, sous l'autorité desquels elles placent leur contrat. Tel est le cas lorsque l'arbitre décide de mettre en œuvre une loi de police. Tel est le cas également lorsque l'arbitre fait venir un principe général du droit relevant de la *lex mercatoria* et dont l'effet est d'annuler le contrat.

L'une des interprétations faites de la *lex mercatoria* est qu'elle constitue un mécanisme juridique permettant de faire le tri des lois et des règles qui revendiquent application au litige dont l'arbitre est saisi. Selon cette conception, il est permis de la classer en moyen permettant de défendre les politiques étatiques de concurrence, puisqu'elle peut signaler l'applicabilité d'une règle relevant du droit de la concurrence d'un Etat donné (I).

La structure juridique de la *lex mercatoria* assortie d'un libéralisme étendu, a incité la doctrine à restreindre son influence par la conception d'un ordre public transnational. Cet ordre est capable d'accueillir des politiques étatiques de concurrence dont la légitimité n'est nullement contestée, telles que la prohibition des ententes illicites et la prohibition de l'abus de position dominante, ainsi que d'autres politiques étatiques de concurrence dont la légitimité n'est pas pleinement reconnue par l'arbitrage. Il s'agit là par exemple, de la prohibition d'abus de puissance économique et de la rupture brutale de relations commerciales établies. C'est ainsi que l'insertion au sein de la *lex mercatoria* d'un ordre public transnational va permettre de considérer la *lex mercatoria* comme un moyen de défense des politiques étatiques (II).

§I - La *lex mercatoria* comme moyen de choisir la règle de droit applicable (rôle primordial)

Il est généralement admis que « *les arbitres internationaux utilisent très souvent une approche cumulative, en se référant à plus d'une règle de conflit et en citant à l'appui de leur conclusion en matière de choix de la loi toutes les sources pertinentes, sans manifester de préférence pour l'une ou pour l'autre. Ils compléteront souvent les conclusions tirées d'une*

*loi particulière par des références aux principes généraux du droit international privé ou de l'ordre public international »*⁶⁷⁷.

Autrement dit, les arbitres tendent à utiliser les règles relevant du droit international privé, pour justifier les conclusions auxquelles ils parviennent concernant les règles applicables⁶⁷⁸, sans considérer si les règles de conflit de lois viennent des lois étatiques ou des principes généraux du droit. Leur attention se porte sur les obligations assumées par chaque partie contractante, ils ne s'intéressent pas à élaborer une « *théorie* » sophistiquée concernant le droit applicable, ayant le mérite de prévisibilité et de sécurité juridique⁶⁷⁹.

En d'autres termes, dans la détermination de la loi applicable, l'arbitre peut se référer aux principes de droit international privé, communément admis par les différents ordres juridiques. Bien qu'il soit autorisé à faire recours à une méthode dite de « *voie directe* », l'arbitre cherche généralement à faire jouer les règles de conflit des lois transnationales, lui permettant d'ajouter plus de légitimité à sa décision et de s'éloigner de la désignation arbitraire de la loi applicable⁶⁸⁰.

En conséquence, la *lex mercatoria* est frappée par une évolution la rendant d'autant plus puissante normativement, qu'elle devient capable d'absorber des principes généraux puisés dans divers ordres juridiques, grâce à l'emploi de la méthode comparatiste. Ce faisant, les règles de la *lex mercatoria* sont créées par l'intermédiaire d'une méthode et non d'une liste. Il sied alors de constater que les contributeurs à cette évolution sont les arbitres internationaux⁶⁸¹ et que la *lex mercatoria* ne se réduit pas à des règles matérielles, mais elle contient des règles de conflit de lois.

Il est indéniable que l'arbitre n'hésite pas à donner une forme concrète aux théories doctrinales lui permettant de jouer un rôle positif dans le choix de la loi applicable. Selon un auteur, « *Heureusement, sans se préoccuper des règles qui gouvernent les tribunaux nationaux, les arbitres ont été capables de prendre eux-mêmes en considération tous les*

⁶⁷⁷ CRAWFORD (J.) et SINCLAIR (A.), « Application aux contrats de l'Etat des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », *op. cit.*, p. 73.

⁶⁷⁸ LEW (J.), « La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux », in *Le contrat économique international : stabilité et évolution*, Paris, Pedone, 1975, pp. 160-161.

⁶⁷⁹ *idem*

⁶⁸⁰ GAILLARD (E.), « Trente ans de la *lex mercatoria* : Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 15.

⁶⁸¹ LOQUIN (E.), « Règles matérielles internationales et *lex mercatoria* (322) », *op. cit.*, p. 172.

critères discrétionnaires défendus par la doctrine. Ils se sont fréquemment laissés influencer par ces théories dans la détermination du choix de la loi applicable »⁶⁸².

Parmi les théories qui donnent à l'arbitre un pouvoir discrétionnaire dans la détermination de la règle applicable, se trouvent la notion de l'attente légitime (A) et la notion de la justice (B).

A/ La lex mercatoria correspond à l'attente légitime des parties à l'arbitrage

Selon cette théorie, quelle que soit la manière dont l'arbitre aborde la question de la loi applicable au fond du litige, il cherche foncièrement à satisfaire l'attente légitime des parties. Même dans la mesure où l'arbitre décide de recourir à « *l'application cumulative* » des règles de conflit des lois étatiques ou à l'application cumulative des procédés conduisant à la désignation d'un droit donné, telles que « *la voie directe, l'économie du contrat et les points de contact* », il démontre que la convergence de ces procédés est l'expression de l'attente légitime des parties. Ce faisant, il s'assure qu'elles n'auront pas escompté l'application d'autres lois que celles déterminées par les différents procédés employés⁶⁸³.

Raisonnant de cette manière, l'arbitre ne fait pas recours à un système étatique de conflit des lois. Il prend en compte toutes les indications permettant de justifier l'application de telle ou telle loi. Autrement dit, lorsque l'arbitre cherche les points de contact liant le contrat à un ordre juridique donné, il ne met en œuvre aucun système de conflit des lois attaché à un ordre juridique donné⁶⁸⁴.

En ce sens, lorsque l'arbitre aborde la question du droit applicable au fond du litige, il ne met pas en œuvre une méthode encadrée pour arriver au droit applicable, il justifie l'application de la loi déterminée qu'il compte mettre en œuvre⁶⁸⁵.

Pour bien comprendre ce point de vue, il convient de reproduire les mots exacts utilisés par un auteur, pour expliquer le fonctionnement de la théorie de l'attente légitime : « *l'expression doit être entendue non pas au sens littéral, mais en ce sens que le juge [ou l'arbitre] ne doit pas prendre une décision qui ne puisse pas être prévisible pour chacune des parties. En d'autres termes, même si les parties n'ont pas forcément eu les mêmes attentes, au moment de*

⁶⁸² LEW (J.), « La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux », *op. cit.*, pp. 162-163.

⁶⁸³ DERAÏNS (Y.), « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *op. cit.*, pp. 88-89.

⁶⁸⁴ *idem*, p. 85.

⁶⁸⁵ *idem*, p. 88.

*la formation du contrat, elles ne doivent pas être étonnées, prises de surprise, lorsqu'elles prennent connaissance des éléments retenus par le juge [ou l'arbitre] dans la décision qu'il rend »*⁶⁸⁶.

Du reste, lorsque les arbitres se réfèrent aux principes généraux du droit, ils sont aussi dans la démarche de démontrer aux parties qu'aucun autre droit à part celui qu'ils décident d'appliquer, n'est aussi pertinent⁶⁸⁷.

Dans cette optique, l'arbitre a à sa disposition, de multiples motifs pour décider d'appliquer une loi de police ou non. Ainsi, il peut dire que selon toute logique, les parties pouvaient s'attendre à ce qu'une telle loi de police ne soit pas applicable. Il peut également dire que les parties ont eu l'intention d'éviter l'application de cette loi de police et partant, il l'exclut. Il peut enfin dire que l'économie du contrat, les circonstances entourant la conclusion du contrat et les obligations prises par les parties, démontrent bien que la loi d'application immédiate ne peut pas s'imposer en l'occurrence⁶⁸⁸.

Malgré la possibilité laissée à l'arbitre de faire respecter les lois de police des Etats, il y a au sein de cette théorie, une part d'insécurité juridique. En effet, l'interprétation de la théorie laisse entendre que la volonté des parties donnant naissance au contrat, pourrait affecter l'existence de l'attente légitime lors du règlement du litige. Cela enlèverait une partie de la crédibilité de la théorie, car en principe, l'imposition d'une loi de police ne doit pas dépendre de la volonté manifestée par les parties au moment de la conclusion du contrat. Le seul critère à être pris en considération est que la loi de police entend protéger l'ordre public de l'Etat concerné. Néanmoins, cette théorie est considérée comme l'une des meilleures capables de fournir des explications sur le pouvoir arbitral dans la détermination des lois applicables.

Quoi qu'il en soit, le fait que la théorie de l'attente légitime ne dépende pas de la mise en œuvre d'un système de conflit des lois d'origine étatique, a pour effet de l'assimiler au mode de fonctionnement de la *lex mercatoria*. Par conséquent, cette appréhension de la *lex mercatoria* en tant que mode de choix de la règle applicable, permet à l'arbitre de tenir compte des politiques étatiques, sans trahir l'attente légitime des parties.

⁶⁸⁶ **KESSEDJIAN (C.)**, « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales (Volume 300) », *op. cit.*, p. 185.

⁶⁸⁷ **DERAINS (Y.)**, « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 89.

⁶⁸⁸ *idem.*

Dans sa démarche de désigner la règle applicable, l'arbitre trouve dans la nécessité de rendre une décision juste et équitable, une justification pour se doter d'un pouvoir discrétionnaire à cet égard.

B/ La lex mercatoria amène à la décision la plus juste

Il s'agit d'une affirmation infondée, car la *lex mercatoria* en tant que règle de conflit de loi peut amener à l'application de la *lex mercatoria* constituée des règles matérielles (1°). Cette dernière ne consacre pas toujours la solution la plus juste. Cela a pour effet de soutenir que l'aspiration à s'approcher d'une solution plus juste passe par l'identification entre la *lex mercatoria* constituée de règles matérielles et les politiques étatiques portant sur la prohibition des pratiques abusives exercées par les acteurs du commerce international (2°).

1° - L'incertitude de la concordance entre la règle désignée par la lex mercatoria et la solution la plus juste

Une justification relative à la justice est avancée par la doctrine, afin de permettre à l'arbitre de faire recours à la *lex mercatoria* en sa qualité d'indicateur de la règle applicable. Ainsi, M. Loquin a écrit que « *l'arbitre puise à toutes les sources du droit les règles de comportement aptes à satisfaire un sentiment de justice qui, dans les relations internationales, doit tendre à l'universalité* »⁶⁸⁹. Le même auteur a énoncé également que « *le droit positif des contrats internationaux consacrait, au travers de la lex mercatoria, des règles inspirées de l'équité, afin d'introduire plus de justice dans les rapports contractuels internationaux* »⁶⁹⁰.

Dans la détermination de la solution la plus juste et équitable, un auteur autorise l'arbitre à se confier à son sens de ce qui est juste, moral et compatible avec les besoins du commerce international⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ LOQUIN (E.), « Les manifestations de l'illicite », in *L'illicite dans le commerce international*, Travaux de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Université de Bourgogne – CNRS, Volume 16, Litec, 1996, p. 277.

⁶⁹⁰ LOQUIN (E.), RAVILLON (L.), « La volonté des opérateurs vecteurs d'un droit mondialisé », *op cit.*, p. 130.

⁶⁹¹ « *les arbitres se fondent sur leur sens de l'éthique en affaires, de la moralité, de la justice, des besoins du commerce international, etc., pour décider quel serait le résultat le plus souhaitable et résoudre le conflit en se conformant à cette décision.* » : LEW (J.), « La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux », *op. cit.*, p. 160.

La démarche doctrinale destinée à attribuer à l'arbitre la prérogative de rendre une décision juste et équitable, comporte à la fois un risque et un bienfait. Comme la conscience de l'arbitre est considérée comme déterminante dans la décision arbitrale, cela introduit une subjectivité dans la pratique arbitrale. En revanche, cette conscience reste une barrière protectrice qui exclut l'adoption d'autres moyens de standardisation, comme la répétition de la règle⁶⁹². A cette fin, un auteur suggère que l'acte originel qui détermine la teneur de la règle qui s'appliquera au contrat, doit être prise en compte lors de la recherche, si cette règle fait partie du droit spontané censé refléter la pratique des affaires internationales. Cela veut dire que la règle ne pourra appartenir au droit spontané que si l'acte fixant son contenu, est lui-même juste. Cela implique comme le précise l'auteur en question que « *l'étendue de la répétition, dans le temps et dans l'espace* » ne justifie pas que ladite règle fasse partie du droit positif⁶⁹³. En d'autres termes, « *une règle spontanée ne saurait être invalidée par le seul fait que l'auteur du comportement originel est une entreprise puissante, du moment que les auteurs de la répétition constituent une large majorité. Il faut donc admettre que la généralisation de la règle sera parfois le fait d'un véritable consensus du groupe et parfois forcé par la décision des plus puissants* »⁶⁹⁴. Par conséquent, la manière dont une partie des règles de la *lex mercatoria* surgit et intègre le monde des affaires, est injuste *per se*. Cela veut dire que la combinaison abstraite et absolue entre la *lex mercatoria* et la justice, l'équité ou même la spontanéité, est dénuée de fondement solide. Finalement, la *lex mercatoria* n'est pas forcément synonyme d'équité⁶⁹⁵. Par conséquent, la *lex mercatoria* en tant que mécanisme de désignation de la règle applicable, est susceptible de renvoyer à la règle consacrée par la *lex mercatoria*, constituée de règles matérielles, alors que la règle en question ne représente pas l'équité. La légitimité des politiques édictées par les Etats prohibant les pratiques abusives dans le monde des affaires, est plus crédible que le droit spontané imposé par les opérateurs économiques les plus puissants.

⁶⁹² A ce propos, M. Mayer a écrit : « *Il est certain que la règle morale constitue, aux mains de l'arbitre, un instrument à manier avec précaution. Précisément lorsqu'elle n'est pas universellement reçue. Elle introduit au premier plan la subjectivité de celui qui y recourt. Il peut en résulter une atteinte à la prévisibilité. Plus gravement, l'accusation d'arbitraire peut naître, ou du moins l'impression que l'arbitre s'est senti plus proche du système de valeurs de l'une des parties, et lui donne gain de cause pour cette raison.* » : **MAYER (P.)**, « La règle morale dans l'arbitrage international » : *Etudes offertes à Bellet P.*, Litec, Paris, 1991, p. 381.

⁶⁹³ **DEUMIER (P.)**, *Le droit spontané*, op. cit., pp. 269-270.

⁶⁹⁴ *idem*, p. 154.

⁶⁹⁵ « *Les règles de la lex mercatoria sont appliquées telles quelles, indépendamment du caractère équitable ou non des résultats concrets et spécifiques de cette application : en cela, elles diffèrent de l'équité, et sont des règles de droit* » : **GOLDMAN (B.)**, « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria* : l'affaire Norsolor » : *Rev. arb.*, 1983, p. 406.

2°- *La synchronisation de la lex mercatoria avec les politiques étatiques dans le monde des affaires*

Le rapprochement entre la justice et l'arbitrage vise à atteindre un objectif qui dépasse la *lex mercatoria* en sa qualité en règles matérielles. L'arbitre ne se contente pas de se référer à la *lex mercatoria* qui en principe, s'intéresse aux droits individuels des parties⁶⁹⁶. Il se reconnaît le droit de renforcer la sécurité juridique, en prônant des valeurs qui assurent la justice au sens large du terme, non seulement la justice contractuelle cherchée par les parties. Dans ce sens, l'arbitre revêt la qualité d'un créateur du droit⁶⁹⁷ et la justice arbitrale comprend la justice étatique qui impose certaines politiques dans les matières commerciales.

Ainsi, la justice que recherche l'arbitre, s'étend pour englober les intérêts étatiques consacrés par des lois étatiques (lois de police, ordre public) et les moyens qui sont à sa disposition pour imposer cette justice, ne manquent pas. En effet, chaque ordre juridique contient des « *catégories juridiques cadres* »⁶⁹⁸. En s'appuyant sur de telles règles, il est possible de faire condamner la méconnaissance d'une loi étatique, dont l'application est censée être impérative. C'est la notion de cause qui vient en aide le plus souvent, pour sanctionner l'illicéité, y compris l'illicéité commise à l'encontre d'une loi étrangère⁶⁹⁹.

La mise en œuvre de dispositions reflétant des politiques étatiques jugées plus justes et équitables, ne doit pas être conditionnée par l'application de la *lex mercatoria* constituée de règles matérielles qui peuvent en ignorer l'existence. Il est indispensable parfois, de séparer certaines règles attachées à la *lex mercatoria* sans justification valable. Par exemple, la clause de limitation de responsabilité, stipulée au profit du vendeur professionnel, est inopposable en droit français. Cette inopposabilité s'applique même si les parties au contrat

⁶⁹⁶ En ce sens : **LOQUIN (E.)**, « Où en est la *lex mercatoria* », *op cit.*, p. 28.

⁶⁹⁷ Il convient de reproduire les mots exacts de l'auteur à qui sont empruntées ces idées : “*The growing popularity of arbitration houses, as substitutes for national courts, has pushed arbitrators to maximizing values other than the parties’ private right to contract. Most important, they are increasingly moved by considerations of legal certainty – arbitrators use the word justice – not simply for the parties involved in a specific case, but also for future users of the system. In other words, arbitrators are becoming – if with some hand-wringing and reluctance – default lawmakers for traders*”: **STONE SWEET (A.)**, « The New Lex Mercatoria and Transnational Governance », *op. cit.*, p. 641.

⁶⁹⁸ **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », *op. cit.*, p. 248.

⁶⁹⁹ *idem*.

s'engagent dans une relation internationale. En fait, la jurisprudence française considère cette disposition à la fois d'ordre public interne et international. En revanche, les arbitres sont favorables à considérer une telle clause comme valable et opposable au sein du commerce international. Ainsi, un tribunal arbitral⁷⁰⁰, tout en faisant application du droit français, n'a-t-il pas retenu la vision adoptée par la jurisprudence française à propos d'une telle clause. La révélation de l'intention commune des parties était la justification avancée par le tribunal.

La pratique arbitrale démontre que les pratiques abusives exercées par les opérateurs économiques, ne sont pas condamnables par la *lex mercatoria* en sa qualité du droit matériel. Les arbitres refusent de reconnaître la consécration de la théorie de l'abus de puissance économique, souvent consacrée par les ordres étatiques. L'inobservation de cette théorie s'aggrave lorsqu'elle fait partie du droit de la concurrence dans l'ordre juridique concerné. De même, si l'arbitre s'estime être tenu par les exigences de la justice qui englobe les intérêts étatiques, il doit faire preuve d'une implication sérieuse lorsqu'il lui est demandé d'appliquer une disposition relevant des politiques étatiques de concurrence, telle que la rupture brutale de relations commerciales établies.

Il est possible de soutenir que la recherche de l'arbitre d'une décision plus juste et équitable l'oriente vers l'application de telles dispositions, s'il perçoit la *lex mercatoria* en tant qu'indicateur permettant de tomber sur la disposition équitable et la plus juste.

Le décalage qui existe entre la *lex mercatoria* et les ordres étatiques quant au respect de certaines dispositions juridiques légitimes n'est pas justifiable. La dissonance partielle entre la *lex mercatoria* et les règles de droit, visant à lutter contre des pratiques abusives, n'est pas disposée à durer. Il paraît inéluctable d'orienter le cours des événements vers plus d'harmonisation des règles relevant de la *lex mercatoria* et présentant des valeurs d'équité.

A cet égard, les principes d'Unidroit sont pertinents. Si les règles contenues dans ces Principes sont étudiées de plus près, il apparaît que leur objet est de d'aller vers plus d'équité. En effet, il est constatable que ces Principes optent pour les institutions juridiques qui infléchissent les pratiques abusives. Les clauses d'exonération et les clauses de dommages-

⁷⁰⁰ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 1434, 1975 : *JDI*, 1976, p. 978, spéc. p. 982.

intérêts libératoires qui constituent des « *choix politiques* »⁷⁰¹, ont fait l'objet d'une réglementation à l'intérieur des Principes d'Unidroit⁷⁰² ; en particulier, les articles régissant cette matière, « *ne visent pas à refléter la pratique, mais à lutter contre les clauses abusives par des règles matérielles : les parties ne peuvent se prévaloir de clauses exonératoires manifestement inéquitable ; les indemnités manifestement excessives peuvent être réduites.* »⁷⁰³. Le même constat peut être émis à propos des avantages excessifs obtenus par un abus de dépendance économique consacré par l'article 3.7.2 des Principes d'Unidroit de 2016.

De tels choix politiques faits par les Principes d'Unidroit portent-ils un message ou un signe particulier ? L'insertion de ces notions au sein des Principes peut être perçue comme méthode juridique contribuant à annoncer la future évolution du droit du commerce international. Ces textes juridiques qui sensibilisent les praticiens du droit du commerce international, doivent être interprétés comme une sorte d'*obiter dicta*.

La principale préoccupation qui mérite d'être soulignée est que, d'un côté, la *lex mercatoria* ne doit pas être employée pour exclure les dispositions du droit étatique déclarée applicable, notamment les dispositions relatives à l'équilibre contractuel. D'autre côté, les règles matérielles attachées à la *lex mercatoria* ou que l'arbitre insiste de voir attachées à la *lex mercatoria*, doivent connaître une évolution, de sorte qu'elles consacrent plus de justice et plus d'équité, en allant vers la condamnation des pratiques abusives et en réduisant l'emprise du principe de *Pacta sunt servanda*, qui semble s'appliquer sans tenir compte des circonstances entourant la relation contractuelle.

D'ailleurs, il est légitime de se demander si la *lex mercatoria* comporte en elle-même des principes transcendants, ayant pour objectif de dépasser les simples intérêts commerciaux. Il y a lieu de répondre par l'affirmative mais avec prudence.

⁷⁰¹ FONTAINE (M.), « Les Principes d'UNIDROIT : expression de la pratique contractuelle actuelle ? », *op. cit.*, p. 104.

⁷⁰² « Les principes d'UNIDROIT, plutôt que de proposer des clauses types d'exonération ou de dommages-intérêts libératoires, fixent des limites à la validité de telles clauses, comme le ferait le législateur ou le juge. » : FONTAINE (M.), « Les Principes d'UNIDROIT : expression de la pratique contractuelle actuelle ? », *op. cit.*, p. 104.

⁷⁰³ FONTAINE (M.), « Les Principes d'UNIDROIT : expression de la pratique contractuelle actuelle ? », *op. cit.*, p. 104.

§II - L'inclusion d'un ordre public transnational au sein de la *lex mercatoria*

Les justifications qui ont été avancées pour expliquer la nécessité de lier la *lex mercatoria* à un ordre public transnational, sont contradictoires. Une partie de la doctrine pense que la notion d'ordre public transnational a pour objet de mettre fin à l'intervention des lois de police dans les transactions internationales. Une autre pense que l'introduction de cette notion, contribue à restreindre la liberté des arbitres lorsqu'ils se prononcent sur des litiges du commerce international, les obligeant à sanctionner certaines pratiques illicites, auxquelles les opérateurs économiques ont recours⁷⁰⁴.

Ces appréciations diamétralement opposées, ne sont pas sans effet sur la notion de justice que l'arbitre dispense aux opérateurs du commerce international. Dans un sens, la justice arbitrale serait indifférente à celle consacrée par les Etats et cela implique l'inobservation par l'arbitre, des lois de police que les Etats favorisent. En effet, la conséquence principale qui se dégage de la reconnaissance d'un ordre public véritablement international, est que l'arbitre ne se préoccupe d'aucune loi de police d'origine étatique et qu'il applique les règles matérielles partagées au niveau international⁷⁰⁵.

Dans un autre sens, l'ordre public transnational n'est pas détaché des Etats, car cet ordre puise une partie de ses règles dans les ordres juridiques étatiques. Que cet ordre édicte des règles dont le but est de protéger un intérêt public, signifie qu'il ne peut pas avoir le droit des marchands comme source unique⁷⁰⁶. Cela a pour conséquence de ne pas mettre l'arbitre en confrontation avec les Etats et son image ne risque pas d'être entachée d'indifférence vis-à-vis des ordres publics des Etats. Autrement dit, « *l'arbitrage n'est pas, par principe, hostile aux politiques étatiques. Et le commerce international ne peut se concevoir comme un moyen de leur mise en échec. Sans être à leur service, il n'est pas là pour les contrecarrer. Les Etats sont encore, et pour un temps, une réalité du monde contemporain* »⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ **PELLET (A.)**, « La *lex mercatoria*, " tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public » : *Mél. Philippe Kahn*, « Souveraineté étatique et marchés internationaux du 20^{ème} siècle », Litec, 2000, p. 70.

⁷⁰⁵ **FONTMICHEL (M.)**, *Le faible et l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 116.

⁷⁰⁶ **FORTEAU (M.)**, « L'ordre public "transnational" ou "réellement international" : L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public » : *JDI*, 2011, § 59.

⁷⁰⁷ **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », *op. cit.*, p. 285-286.

La position favorable à la protection des ordres publics étatiques a incité un auteur à se demander si le fait que l'arbitre sanctionne la méconnaissance des règles relevant de l'ordre public d'un Etat donné, a entraîné une évolution importante dans la perception de la *lex mercatoria* : « Ainsi doit-on constater un phénomène d'instrumentalisation par les Etats de l'arbitrage et par là même de la *lex mercatoria* comprise ici en tant qu'ordre juridique en situation de relevance au regard des ordres juridiques étatiques »⁷⁰⁸.

Cette relevance a pour effet d'affirmer que la *lex mercatoria* ne peut s'isoler complètement des ordres étatiques, lorsqu'il s'agit d'une réglementation entière du commerce international. Quand les règles issues de la *lex mercatoria* viennent heurter des règles d'ordre public édictées par les Etats, il devient indispensable de neutraliser les règles appartenant à la *lex mercatoria*⁷⁰⁹.

En revanche, adoptant une vision autonomiste par rapport aux ordres étatiques, l'arbitrage finit par prendre des positions hostiles vis-à-vis des politiques étatiques, au point que certains arbitres n'ont pas hésité à exclure la loi de police appartenant à la *lex contractus*. Pour ce faire, l'arbitre a avancé l'argument que l'une des parties ne connaissait pas ce genre de loi de police dans son système juridique, en l'occurrence, la tradition civile. Cela veut dire que cette partie n'a pas pris en considération la possibilité de l'application d'une telle loi. D'autre part, l'absence d'une disposition contractuelle expresse en ce sens – de stipuler l'application de la loi de police appartenant à *lex contractus* – fait obstacle à la mise en œuvre de cette loi⁷¹⁰.

Il s'ensuit que deux conceptions de l'ordre public transnational s'opposent. Soit, l'ordre public transnational est un ordre public créé par l'arbitre (A). Soit, il est un ordre public dégagé par l'arbitre, à partir des ordres publics des Etats (B).

⁷⁰⁸ **LOQUIN (E.)**, « Où en est la *lex mercatoria* », *op. cit.*, p. 49.

⁷⁰⁹ **KESSEDJIAN (C.)**, « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales (Volume 300) », *op. cit.* p. 165.

⁷¹⁰ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 8385, 1995 : *JDI*, 1997, p. 1061, obs. Derains (Y.). L'affaire tient à l'application de la loi RICO (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act), une loi américaine de 1961 dont l'objectif « était de lutter contre l'activité criminelle organisée et de la maîtriser mais elle a largement été employée dans un grand nombre d'affaires commerciales » : **YOUGONÉ (F.-N.)**, *Arbitrage commercial international et développement : Etude du cas des Etats de l'OHADA et du Mercosur*, Thèse, Université de Bordeaux IV, 2013, p. 257.

A/ L'ordre public transnational est l'œuvre de l'arbitre

Pour l'arbitre, la possibilité d'agir librement, sans se préoccuper du contenu exact des ordres publics des Etats, est une conséquence logique de la reconnaissance d'un ordre public transnational. En effet, « [...] *la question du respect des exigences de l'ordre public international se pose en termes sensiblement différents. N'étant pas l'émanation d'un ordre juridique déterminé, les arbitres sont libres de retenir une conception véritablement transnationale de l'ordre public international* »⁷¹¹.

La justice visée par l'ordre public transnational est difficile à cerner, car les sources auxquelles cet ordre emprunte ses règles, ne sont pas de nature homogène. En effet, « *cet ordre public est affirmé bien souvent par des normes informelles, parajuridiques ou infrajuridiques, secrétées tantôt par la communauté des Etats, tantôt par la société des opérateurs du commerce international, le plus souvent par les deux à la fois* »⁷¹².

Comme l'ordre public transnational ne fait pas la distinction entre les règles d'origine étatique et les règles venant du droit souple, son contenu n'est pas identique aux ordres publics étatiques. Cette notion est exprimée par M. Loquin : « *le paradoxe est que l'admission au titre de la *lex mercatoria* d'un ordre public transnational donne plus d'effectivité aux valeurs dont il est porteur que celle qui résulte des initiatives des Etats* »⁷¹³.

Les Etats ont longtemps été considérés comme des obstacles au développement du commerce international. La multiplication des législations et des réglementations du commerce intérieur, alors que les échanges internationaux étaient en croissance, a conduit la *societas mercatorum* à chercher comment échapper à l'emprise étatique⁷¹⁴. Il semble que cette nécessité ait été comprise. La création d'un ordre public transnational a été le meilleur moyen de recadrer l'étendue de la conception étatique de l'ordre public. A cet effet, à part quelques domaines dont les Etats se sentent responsables intrinsèquement, la régulation des activités économiques internationales a été considérée comme fonction de la volonté des opérateurs économiques. Si ces derniers considèrent la régulation d'une activité économique donnée

⁷¹¹ **KAHN (Ph.)**, « Force majeure et contrats de longue durée » : *JDI*, 1975, p. 468.

⁷¹² **LOQUIN (E.)**, « Où en est la *lex mercatoria* », *op. cit.*, p. 50.

⁷¹³ *idem*, p. 50.

⁷¹⁴ **DEUMIER (P.)**, *Le droit spontané*, *op cit.*, pp. 343-344.

comme nécessaire, les Etats s'exécutent ; sinon, aucune régulation n'intervient dans la sphère internationale⁷¹⁵. Ceci constitue pour les opérateurs, un élément de sécurité puisque « *le simple fait que le litige éventuel sera réglé par les arbitres libère les contractants de leurs inquiétudes à l'égard des Etats et leur donne la possibilité d'élaborer leur contrat sur le seul fondement des apports techniques, économiques et politiques qui justifient l'existence d'un droit spécifique* »⁷¹⁶.

La réduction injustifiable du rôle des Etats dans le commerce international qui résulte de l'adoption d'une définition libérale de l'ordre public transnational, peut inciter à chercher une autre ligne directrice servant à définir l'ordre public transnational.

B/ L'ordre public transnational issu des organes étatiques validés par l'arbitre

Certains auteurs soutiennent que l'ordre public transnational n'est qu'une application de l'ordre public connu des Etats⁷¹⁷. Dans ce sens, l'existence réelle d'un ordre public transnational dégagé et découvert par la *lex mercatoria*, est mise en doute. L'ordre public transnational est l'expression de la justice telle que les arbitres la perçoivent à partir des ordres étatiques. Il provient des principes généraux établis par tous les systèmes juridiques⁷¹⁸. Par conséquent, il n'est nul besoin de lui accorder une existence autonome et la possibilité de voir l'ordre public transnational valider un contrat illicite, s'estompe. De ce fait, un tribunal arbitral a déclaré que « *c'est un principe général du droit reconnu par les nations civilisées que les contrats qui violent les bonnes mœurs ou l'ordre public international sont non valables et qu'ils ne peuvent recevoir la sanction des arbitres* »⁷¹⁹.

Dans une autre affaire, un tribunal arbitral a adopté une approche similaire, en prononçant que « *de manière générale, tout contrat ayant un objet contraire à des lois impératives*

⁷¹⁵ **KESSEDJIAN (C.)**, « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales (Volume 300) », *op. cit.*, p. 167.

⁷¹⁶ **KAHN (Ph.)**, « "Lex mercatoria" et pratiques des contrats internationaux : l'expérience française », in *Le contrat économique international : stabilité et évolution*, Paris, Pedone, 1975, p. 210.

⁷¹⁷ « *L'ordre public transnational n'a rien de mercatique et d'étranger aux ordres juridiques internes et internationaux. Tout au contraire, il constitue la traduction coutumière (donc majoritaire) des ordres publics internationaux étatiques.* » : **FORTEAU (M.)**, « L'ordre public "transnational" ou "réellement international" : L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public », *op. cit.*, n° 62.

⁷¹⁸ **DEUMIER (P.)**, *Le droit spontané*, *op. cit.*, pp. 227-228.

⁷¹⁹ Sentence arbitrale CCI, aff. n° 1110 : *Arbitration International*, 1994, p. 282, cité par **LOQUIN (E.)**, « Règles matérielles internationales et lex mercatoria (322) » : *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law 2007, p. 224.

*d'ordre public, à la morale et aux bonnes mœurs est nul d'une nullité absolue. [...] Ce principe est admis dans tous les pays et par toutes les législations. Il constitue une règle internationale, un élément du droit commun des contrats dans le domaine international »*⁷²⁰.

Ce choix n'a-t-il pas de justifications d'ordre pratique voire pragmatique ? Il est indéniable qu'une évolution est en cours : *« les Etats, dans l'économie globalisée, parce qu'ils sont chacun impuissant à la réguler, ont besoin du relais de la lex mercatoria. Pour cette raison, il n'y a pas d'étanchéité entre ces ordres juridiques. Les frontières entre les deux types d'ordres juridiques sont de moins en moins fermées »*⁷²¹.

Pourtant, le rapprochement entre l'ordre public transnational attaché à la *lex mercatoria* et l'ordre public des Etats, a été trouvé peu convaincant par une partie de la doctrine. Ainsi, M. Pellet a émis l'interrogation suivante : *« Pourquoi prendre tant de précautions pour affirmer la prééminence de l'ordre public des Etats en même temps que l'on affirme, non sans raisons, l'existence d'un ordre public réellement international ? »*⁷²²

Une telle interrogation n'est pas une pure projection intellectuelle sans prise sur la réalité. L'enjeu n'est pas simple car la séparation des deux ordres publics entraîne la prééminence de l'ordre public transnational au détriment des ordres publics étatiques. Cela neutralise le risque consistant à dire que *« chaque Etat peut en effet surprendre les contractants par sa conception de l'interdit »*⁷²³. En outre, la pertinence de la question de l'ordre public en général, se trouve amoindrie, y compris devant les juges étatiques⁷²⁴.

En effet, il est difficile d'ignorer que l'arbitrage international jouit de certaines particularités et d'indépendance en comparaison avec les structures juridiques internes. La jurisprudence étatique est consciente de cette réalité et en tient compte, mais lorsqu'il s'agit de certaines dispositions qui, outre les parties au contrat, affectent une tierce personne, elle fait preuve d'une sensibilité particulière. Le droit de la concurrence et le droit des procédures collectives

⁷²⁰ Sentence arbitrale, aff. n° 2730, 1982 : *JDI*, 1984, pp. 917-918, obs. Derains (Y.)

⁷²¹ **LOQUIN (E.)**, « Règles matérielles internationales et lex mercatoria (322) », *op cit.*, p. 200.

⁷²² **PELLET (A.)**, « La lex mercatoria, "tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », *op cit.*, p. 74.

⁷²³ **MEZGHANI (A.)**, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) », *op cit.*, p. 247.

⁷²⁴ *"The public policy and inarbitrability exceptions to the recognition and enforcement of arbitral awards, contained in the New York Convention and thus in most national statutes, are being constructed narrowly by national courts and, in some countries like the United States and France, have little practical relevance."*: **STONE SWEET (A.)**, « The New Lex Mercatoria and Transnational Governance », *op cit.*, p. 638.

en constituent des exemples⁷²⁵. A partir de cette appréhension des intérêts mis en avant lors de la conclusion d'un contrat, certains ont pu dire que les lois de police contiennent deux formes de dispositions : celles destinées « à protéger, du moins de façon prépondérante, les intérêts des parties au contrat – on peut parler à cet égard de source d'impérativité intrinsèque au contrat ou endogène – [et] celles qui prennent surtout en charge un intérêt extérieur aux parties et au contrat, notamment les intérêts des tiers ou collectifs et dont la source d'impérativité est dès lors, peut-on dire, extrinsèque au contrat ou exogène »⁷²⁶. De toute évidence, la sensibilité des arbitres à des questions impliquant des intérêts exogènes aux parties au contrat doit être à son maximum. Par conséquent, les dispositions faisant partie du droit de la concurrence doivent être couvertes par la notion d'ordre public transnational du fait que des intérêts tiers sont impliqués.

Faisant le lien entre le contenu des lois de police et le contenu de l'ordre public transnational, l'imprécision de la notion d'ordre public transnational peut s'avérer utile, dans la mesure où l'arbitre est libre de considérer telle ou telle loi de police, comme faisant partie de l'ordre public transnational, indépendamment de la distinction classique d'un ordre public de direction ou un ordre public de protection. Cela permet à l'arbitre de concevoir la justice arbitrale dans une perspective plus large et donc, plus équitable⁷²⁷.

En fin de compte, il semble judicieux de noter que la notion d'ordre public transnational est une notion détenant autant de souplesse et que l'arbitre peut l'adapter aux besoins de la justice. L'intérêt pratique de l'ordre public transnational peut être tangible et ressenti dans le cas de l'omniprésence de l'autonomie de la volonté. A cet égard, il a été mis en évidence que la notion ouvre des possibilités, dans la mesure où elle permet d'atteindre le point d'équilibre recherché par l'arbitre. M. Kahn l'a écrit : « on peut penser cependant que subsistera l'autonomie quand elle servira à exprimer des besoins technologiques et économiques mais qu'elle sera limitée par un ordre public international stricto sensu dont on perçoit les linéaments à travers les revendications des Etats sous-développés, les

⁷²⁵ **BEATSON (J.)**, « International arbitration, public policy considerations, and conflicts of law: the perspectives of reviewing and enforcing courts », *op cit.*, p. 187.

⁷²⁶ **ROMANO (G.-P.)**, « Le choix des Principes Unidroit par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives » : *JDI*, 2007, pp. 485-486.

⁷²⁷ « Les arbitres gardent souvent à l'esprit [...] les politiques sous-jacentes au domaine des lois spéciales. » : **LEW (J.)**, « La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux », *op. cit.*, p. 163.

*inquiétudes des Etats industriels et les actions des ligues de particuliers»*⁷²⁸.

La notion d'ordre public transnational fondée sur la concordance des ordres publics étatiques n'est donc pas dénuée de toute utilité. L'ordre public transnational peut servir de support à l'intervention de l'arbitre lorsque le contrat est placé sous l'autorité de la *lex mercatoria*. Ce faisant, les lois étatiques qui prohibent certaines pratiques intégrant les transactions internationales se trouvent à s'appliquer et ce, sous couvert de l'ordre public transnational.

Le risque qu'encourent les Etats, avec l'adoption par les arbitres de la notion d'ordre public transnational, est que les arbitres rejettent l'application de certaines politiques étatiques alors que les lois nationales souhaitent les imposer, même dans la sphère internationale. Le droit de la concurrence peut fournir un exemple à cet égard. L'observation de la pratique arbitrale démontre que l'arbitre applique concrètement les dispositions du droit de la concurrence portant sur l'abus de position dominante et les ententes illicites. En revanche, l'arbitre refuse d'appliquer concrètement les dispositions du droit de la concurrence portant sur le déséquilibre contractuel significatif et la rupture brutale des relations commerciales établies. L'invocation de l'intérêt général prépondérant dans le premier type de dispositions et l'intérêt privé prépondérant dans le second type, n'est plus admissible comme argumentation, car la distinction entre les deux intérêts est de plus en plus difficile. Le simple fait que les dispositions exclues par les arbitres appartiennent au droit de la concurrence rend l'arbitre redevable de les appliquer proprement. En outre, les Etats ne doivent pas subir le tri imposé par l'arbitre, entre les politiques étatiques dignes de respect et celles indignes de respect, à partir du moment où ces Etats accordent le caractère d'ordre public international à ces politiques et qu'ils font confiance à l'arbitre et reconnaissent l'arbitrabilité des litiges portant sur ces questions.

L'ordre public transnational est incapable d'accueillir effectivement des dispositions comme la rupture brutale de relations commerciales établies, et l'abus de puissance économique ou même la théorie de *hardship*. Pourtant, ces deux dernières notions sont consacrées par des instruments internationaux notoires comme les Principes d'Unidroit. Ne s'agit-il pas là d'un dogmatisme arbitral ?

⁷²⁸ **KAHN (Ph.)**, « "Lex mercatoria" et pratiques des contrats internationaux : l'expérience française », *op. cit.*, p. 210-211.

In fine, la prise en compte réelle de telles politiques étatiques de concurrence par les arbitres doit être faite dans toutes les circonstances. Si la loi d'autonomie compétente ou si la *lex mercatoria* comme l'interprète l'arbitre, ne contient pas de telles dispositions, il reste à l'arbitre d'examiner leur application sous l'angle des lois de police.

CONCLUSION DU CHAPITRE

En général, l'invocation des règles de droit appartenant au droit international du commerce par l'arbitre est sujette à diverses considérations. L'ambiguïté ou l'insuffisance du droit choisi par les parties est l'une des raisons les plus considérées, permettant à l'arbitre de se référer aux règles de droit appartenant à la *lex mercatoria*. D'autres considérations sont évoquées par la doctrine, permettant à l'arbitre d'accéder à la volonté des parties en la modifiant, et d'opter pour les règles de la *lex mercatoria*, mais elles ont moins d'influence sur le plan pratique. L'obligation de l'arbitre de rendre une décision juste et compatible avec les exigences du commerce international en est un exemple.

S'ajoute à cela le fait que l'ordre public transnational dont l'objectif est de défendre les intérêts étatiques légitimes et non celui qui justifie l'inobservation de la plupart de ces intérêts étatiques, constitue un mur infranchissable par l'autonomie de la volonté. Le renvoi effectué par des instruments internationaux relevant du droit souple aux normes étatiques contraignantes, démontre la contribution importante, voire indispensable, de ces dispositions, dans la réglementation des opérations du commerce international. Cela peut en quelque sorte constituer une légitimité à l'égard des ordres publics étatiques.

Quant à l'ambiguïté qui entoure la conception de l'ordre public transnational, il convient de dire que les perceptions divergent en ce qui concerne la délimitation de la notion. Cela peut permettre à l'arbitre de trouver une marge de discrétion dans la détermination des politiques étatiques dignes d'observation. A cet égard, il est aisé de prendre acte de la liberté dont jouit l'arbitre dans la détermination de ce qui relève des politiques étatiques *per se* et de ce qui ne relève pas de politiques étatiques revendiquées. L'arbitre est conscient qu'il y a des politiques étatiques que les Etats tentent de faire respecter par les arbitres, mais les arbitres résistent à ces politiques en se retranchent derrière l'ordre public transnational ou tout simplement derrière la *lex mercatoria*. Cette attitude arbitrale doit cesser et ne doit être poursuivie que dans des situations très particulières.

Parfois, lorsque l'arbitre décide de se détacher d'une loi étatique prétendant régir le litige dont il est saisi, il se réfère à *lex mercatoria* en soutenant qu'elle contient la solution la plus juste. Cette approche n'est pas très convaincante, car lorsqu'une loi étatique contient une disposition impérative revendiquant application à une transaction internationale, cela représente une

conception de la justice prévalant dans un ordre juridique étatique. Il n'est pas sûr que la solution consacrée par la *lex mercatoria* soit plus juste ou équitable que la solution consacrée par une loi étatique applicable et ce, d'autant plus qu'une question d'ordre public est en jeu.

Dans l'hypothèse où les contractants décident de libérer leur contrat de toute loi étatique en le plaçant sous l'autorité de la *lex mercatoria*, ce contrat n'échappe pas à l'application des règles relevant des ordres publics internationaux des Etats. L'arbitre est en mesure d'imposer le respect de ces ordres publics, soit en invoquant l'ordre public transnational qui constitue un tableau général recouvrant l'ensemble des ordres publics étatiques, soit en appliquant ces règles sous la forme de lois de police. C'est dans ce cas de figure que la notion d'ordre public transnational reprend un certain sens.

Le renseignement ultime qui a été recherché dans le cadre de ce chapitre se résume comme suit : le recours à l'arbitrage n'entraîne pas de façon automatique, l'exclusion des politiques étatiques visant à prohiber des pratiques abusives susceptibles de s'infiltrer dans le commerce international. L'application de ces règles s'impose le plus souvent grâce à la volonté des parties, dans le cas où la loi d'autonomie les consacre, ce qui exclut l'anéantissement de l'autonomie de la volonté, tant plébiscité dans le commerce international. Si la loi d'autonomie ne condamne pas les pratiques abusives telles que l'abus de puissance économique, la rupture brutales de relations commerciales établies et plus généralement, la protection de la partie la plus faible, l'arbitre ne doit pas exclure la possibilité que ces dispositions constituent des lois de police selon l'Etat qui les a édictées ; il devra les appliquer à ce titre.

Certes, la concordance entre des solutions consacrées par l'ordre public transnational qui gouverne la *lex mercatoria* et les lois étatiques est possible, mais des questions subsistent : pourquoi la divergence est-elle aussi palpable sur certaines questions ? N'y a-t-il pas de dogmatisme arbitral qui explique cette divergence ?

Les convictions de l'arbitre ne sont pas les seuls facteurs qui influencent l'implication de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques de concurrence. Son implication peut être encadrée par les Traités d'investissement qui régissent des questions suscitant l'application du droit de la concurrence.

TROISIÈME PARTIE

L'IMPLICATION ENCADRÉE DE L'ARBITRE DANS LA DÉFENSE DES POLITIQUES ÉTATIQUES DE CONCURRENCE

Lorsque le droit de la concurrence régit des territoires étatiques différents, comme le droit européen de la concurrence, sa confrontation avec d'autres normes internationales est inévitable. L'aspect régional du droit de la concurrence lui permet d'exercer un pouvoir de contrôle sur la politique de concurrence poursuivie par les Etats régis par ses dispositions. Lorsqu'un Etat adopte une politique de concurrence contraire à celle souhaitée par le droit régional ou supranational de la concurrence, ce dernier se revendique applicable pour corriger la politique déviée adoptée par l'Etat en question.

Un tel cas de figure se matérialise dans les cas où un Etat lié par le droit supranational de la concurrence, s'engage dans un Traité d'investissement contenant des dispositions contraires à ce droit. Cela entraîne la confrontation des normes en question, dans la mesure où le droit de la concurrence aspire à régir une question qui tombe en même temps sous l'autorité d'un Traité d'investissement conclu par l'Etat en question.

Face à cette situation, l'arbitre qui est le juge naturel des Traités d'investissement se trouve amené à prendre position. Le fait qu'il tienne compte du droit de la concurrence lorsqu'il tranche le litige d'investissement, permet de parler d'une implication de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques de concurrence. Cependant, tant que la conclusion à laquelle parvient l'arbitre n'est pas le plus souvent favorable à la politique de concurrence concernée, il convient de qualifier cette implication arbitrale dans la défense des politiques étatiques de concurrence d'implication encadrée par les Traités d'investissement. La tendance arbitrale à favoriser les dispositions des Traités d'investissement est observée lorsque ces dernières heurtent la politique de concurrence, dite les aides de l'Etat. Lorsque le Traité d'investissement ne permet pas à l'arbitre d'appliquer cette disposition, l'arbitre se trouve obligé d'exclure cette politique de concurrence.

Face à d'autres politiques de concurrence, l'arbitre ne trouve aucune difficulté à concilier la politique de concurrence concernée et le respect du Traité d'investissement. Tel est le cas

lorsque le pouvoir concurrentiel d'un investisseur est visé par l'Etat d'accueil. L'arbitre intervient alors, au nom du principe de traitement national, pour protéger ce pouvoir concurrentiel. Ce faisant, il agit comme s'il appliquait le droit de la concurrence de l'Etat d'accueil. Cette attitude arbitrale relève également de l'implication encadrée de l'arbitre, dans la défense de politiques étatiques de concurrence. Cela nous amène à aborder en premier lieu, l'implication encadrée de l'arbitre par les Traités d'investissement (Titre 1).

Par ailleurs, l'implication encadrée de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques de concurrence, est observée dans la mise en œuvre des décisions rendues par les autorités de concurrence. En effet, l'autorité chargée de l'application administrative du droit de la concurrence peut faire appel à l'arbitre international, pour l'aider à faire respecter les dispositions du droit de la concurrence. Cette pratique est exercée par la Commission européenne qui est le principal organe responsable de faire respecter le droit européen de la concurrence.

La particularité de la mission confiée à l'arbitre par la Commission, réside dans la restriction excessive des prérogatives dont l'arbitre est investi. Les engagements prévus par la décision de la Commission, à la charge de l'entreprise concernée, doivent être appliqués par l'arbitre sans aucune marge de manœuvre. Autrement dit, l'implication de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques de concurrence dans ce cas précis, est totale, mais encadrée par la décision rendue par la Commission. Par conséquent, il convient d'aborder en seconde lieu, l'implication de l'arbitre encadrée par restriction excessive des prérogatives arbitrales (Titre 2).

TITRE I

L'IMPLICATION DE L'ARBITRE ENCADRÉE PAR LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT

Il est loisible de dire que les opérations d'investissement se rapportent aux opérations du commerce international. Les deux concernent des opérations économiques internationales générées par au moins deux économies étatiques. En effet, « *à la différence de la science économique, le droit ne dessine [...] pas une frontière étanche entre le commerce et l'investissement. Au regard de celui-ci, il existe finalement deux types d'opérations économiques internationales : celles qui sont exclusivement soumises aux règles du commerce international, car elles ne visent pas à opérer un investissement dans un Etat étranger, et celles qui sont soumises à la fois aux règles du commerce international et à celles relatives aux investissements étrangers, car elles poursuivent un tel but* »⁷²⁹.

D'ailleurs, les mêmes procédés sont généralement employés pour préserver les droits de chaque partie à l'opération économique, qu'il s'agisse d'opérations de commerce ou d'opérations d'investissement. En d'autres termes, « *d'un point de vue juridique, toute opération économique internationale emprunte les outils du commerce international* »⁷³⁰. Parallèlement, le recours à un arbitre international neutre est généralement garanti, compte tenu de la sécurité juridique exigée par les contractants privés et l'ampleur des opérations.

L'insertion d'une clause d'arbitrage dans le contrat unissant un investisseur et un Etat souverain, a des avantages non négligeables pour l'investisseur. D'une part, la clause d'arbitrage est un instrument de prévention des aléas liés « *aux conditions de politique internationale du moment* »⁷³¹. L'investisseur bénéficie d'une solution de sortie de crise, dans l'hypothèse où les tribunaux de cet Etat refuseraient de se prononcer sur le différend constituant la source du préjudice porté. D'autre part, la clause d'arbitrage a pour effet de faciliter le financement de l'investissement par le prêteur⁷³².

⁷²⁹ **ADUDIT (M.), BOLLEE (S.) et CALLE (P.)**, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2016, p. 20.

⁷³⁰ *idem.* p. 19.

⁷³¹ **SCHAUFELBERGE (P.)**, *La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement, Etude de la garantie contre les risques de l'investissement et en particulier de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1993, p. 132.

⁷³² *idem.* pp. 132-134.

De fait, l'acceptation de l'Etat de se soumettre à l'arbitrage s'avère d'autant plus bénéfique, lorsqu'il s'agit de pays en développement. En effet, ceux-ci ont commencé à suivre le courant de libéralisation des régimes régissant les investissements, ce qui leur permet de tirer des bénéfices non négligeables tels que des emplois, le transfert de technologies et des avantages fiscaux⁷³³. De façon plus générale, la philosophie prépondérante semble aller dans le sens de la libéralisation *lato sensu*. L'abandon par les Etats de la juridiction en matière d'investissement n'est qu'une facette d'un courant plus large dont il est aisé de déduire l'implication principale de la libéralisation, à savoir : « *les exigences de libéralisation des flux de capitaux semblent donc limiter grandement la marge de manœuvre de l'Etat et on peut penser que c'est pour la bonne cause, puisque le bénéfice ultime de ses populations est en jeu. Cet objectif est suffisamment convaincant pour amener les Etats à renoncer à une partie de leur souveraineté* »⁷³⁴.

La partie cédée de la souveraineté est attribuée à l'arbitre qui a le pouvoir de condamner les Etats à dédommager les investisseurs lésés. En outre, l'arbitre international peut utiliser la politique d'un Etat donné, de façon qu'elle lui soit défavorable alors qu'il l'avait consacrée. Ainsi, l'arbitre pourra engager la responsabilité d'un Etat s'il considère que les mesures prises par ce dernier vis-à-vis d'un investisseur étranger, vont à l'encontre de ses propres lois et du traité d'investissement, quand il s'agit d'opérations économiques internationales.

Plus précisément, l'arbitre international peut être amené à se prononcer sur une mesure étatique relevant de l'intérêt général et décider de sa compatibilité avec un traité d'investissement. Ceux-ci en effet, contiennent généralement des dispositions coïncidant avec certains principes du droit de la concurrence qui règle les marchés dans la sphère intérieure des Etats. L'arbitre examine le litige certes à l'aune du traité d'investissement mais également à l'aune du droit de la concurrence de l'Etat concerné. Ce droit fournira à l'arbitre les critères selon lesquels il peut trancher le litige : si le droit de la concurrence a été violé par exemple, il est fort probable que l'arbitre retienne la violation du traité d'investissement. Tel est le cas lorsque la mesure prise par l'Etat conduit à favoriser les entreprises nationales au détriment

⁷³³ En ce sens : **ONGUENE ONANA (D.-E.)**, « Admission et qualifications de l'investissement : politiques, règles et modalités », in *L'investissement et la nouvelle économie mondiale, Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, sous la direction de Mathieu Arès et Eric Boulanger, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 133.

⁷³⁴ **ONGUENE ONANA (D.-E.)**, « Admission et qualifications de l'investissement : politiques, règles et modalités », *op. cit.*, p. 147.

des entreprises étrangères qui investissent, alors que cette mesure porte atteinte à la libre concurrence.

D'un autre côté, l'arbitre peut être amené à se prononcer sur des dispositions relevant d'un traité d'investissement et du droit de la concurrence d'un Etat ou groupe d'Etats donné, qui se trouvent être diamétralement opposées. Dans ce contexte, l'arbitre ne peut pas réconcilier les dispositions des différentes normes juridiques. Il doit impérativement faire primer une disposition sur l'autre et dans la majorité des cas, il tranchera en faveur du traité d'investissement.

En effet, les restrictions imposées à l'arbitre par les traités d'investissements ne lui laissent pas toute latitude pour décider de l'ampleur à donner aux règles du droit de la concurrence. Il est lié par les traités d'investissement avant de l'être par les politiques étatiques au sens strict de terme, c'est-à-dire les politiques décidées par des dispositions législatives de droit interne. A partir de ces constatations, si l'arbitre décide de soutenir une politique étatique malgré l'existence d'un traité d'investissement, cette politique doit être en conformité avec le traité d'investissement. A défaut, l'arbitre est obligé de choisir un chemin conduisant à respecter l'une des deux branches du droit, soit le traité d'investissement, soit la politique étatique qui correspond en l'occurrence, au droit interne de la concurrence. C'est pourquoi il est pertinent de trouver l'implication de l'arbitre dans la protection des politiques étatiques, partielle car encadrée par les traités d'investissement.

Compte tenu de ces réalités, il convient d'aborder dans un premier temps la position de l'arbitre face à la divergence entre les règles de concurrence et les règles d'investissement, afin d'identifier sa préférence pour les traités d'investissement (Chapitre 1). Dans un second temps, la position de l'arbitre face à la convergence des règles de concurrence et d'investissement sera analysée (Chapitre 2).

CHAPITRE I

LA MISE À L'ÉCART DU DROIT DE LA CONCURRENCE

PAR LE TRAITÉ D'INVESTISSEMENT

La confrontation entre le droit de la concurrence et le traité d'investissement peut amener l'arbitre à adopter une ligne directrice qui permette plus d'harmonie dans la jurisprudence arbitrale, sans nécessairement la cohabitation des deux normes. Bien qu'il ne heurte pas frontalement le droit de la concurrence lors de son raisonnement, l'arbitre favorise le traité d'investissement et plus généralement, la norme assurant une protection à l'investisseur.

Lorsque la mesure étatique contestée par l'investisseur repose sur une nécessité de conformité avec le droit de la concurrence, l'arbitre est indubitablement amené à se prononcer. L'investisseur attend une prise de position sur la conformité de la mesure étatique avec le traité d'investissement, celui qui interdit à l'Etat d'accueil de porter atteinte à l'investissement étranger. Dans un tel cas de figure, il incombe à l'arbitre de s'acquitter au mieux de cette mission délicate.

La cohabitation des deux normes peut créer une zone de friction identifiée lorsque l'Etat d'accueil et l'investisseur étranger, sont confrontés à l'obligation du droit de la concurrence de conserver la même attitude et la même distance avec les opérateurs économiques actifs sur son territoire. De cette façon, la concurrence s'exerce par tous les opérateurs de façon égalitaire, sans accorder aménagements et facilités à certains à l'exclusion d'autres.

Pour autant, lorsque les Etats concèdent des avantages, c'est sous le couvert d'aides de l'Etat, ce que le droit de la concurrence prohibe. Pour corriger son attitude si celle-ci est découverte, il se rétracte et abolit les avantages librement consentis à l'investisseur, pour être à nouveau en conformité avec le droit de la concurrence.

Dans cette partie de l'étude, l'accent sera mis sur la relation entre le droit européen de la concurrence et les traités d'investissement. Cette relation fait l'objet d'une jurisprudence étatique et arbitrale, exposant les prémisses et les principes à partir desquels ces jurisprudences sont construites. La question de la compatibilité des traités d'investissement

conclus entre Etats membres de l'Union européenne, avec le droit européen de la concurrence et la politique des aides de l'Etat, a alors émergé et s'est trouvée au centre des débats.

De prime abord, rien n'empêche un Etat membre de l'Union européenne d'attirer un investisseur, en lui promettant des subventions destinées à l'inciter à investir sur son territoire et à y localiser son implantation. Ces facilités peuvent se traduire par un terrain à prix attractif, des infrastructures connexes, des conditions favorables pour les services publics, des subventions pour former la main d'œuvre, des avantages fiscaux, etc. Or, chacune de ses subventions peut être qualifiée d'aide de l'Etat et par voie de conséquence, être contestée devant les cours nationales des Etats membres ou devant la Commission européenne. Dans certaines circonstances, ces aides peuvent aussi être déclarées incompatibles avec les dispositions du TFUE. Si la qualification en aide de l'Etat est retenue, l'Etat devra non seulement récupérer la somme attribuée et ses intérêts mais aussi, il devra suspendre toute future aide⁷³⁵. De telles demandes en justice peuvent être formulées par la tierce personne y ayant intérêt car l'article 108 (3) du TFUE a un effet direct, l'objet de la demande étant le remboursement de l'aide. Que l'Etat manque à son obligation d'informer la Commission européenne des aides qu'il accorde à certaines entreprises, ne constitue pas une excuse exonérant l'investisseur de toute responsabilité. Il doit avoir connaissance du régime des aides de l'Etat et à ce titre, il a selon la jurisprudence européenne⁷³⁶, sa part de responsabilité.

Pour appliquer les dispositions relatives aux aides de l'Etat, il n'est pas nécessaire de procéder à des analyses complètes du marché ou du produit, comme c'est le cas des dispositions relatives à l'application des articles 101 et 102 du TFUE. Encore une fois, renforcer la position d'une entreprise par rapport aux autres opérant sur le même marché, conduit à qualifier la mesure "aide de l'Etat". Dans ce sens, le maintien de l'équilibre entre les concurrents explique la prohibition des aides de l'Etat puisque « *to be state aid, the measure must [...] affect the balance between certain firms and their competitors* »⁷³⁷. Par ailleurs, il ne suffit pas seulement que la mesure prise par l'Etat membre entraîne une distorsion de la concurrence entre les entreprises opérant sur la même ligne de commerce, il faut que la preuve soit apportée que le commerce entre les Etats membres a été impacté⁷³⁸.

⁷³⁵ **HANCHER (L.)**, « Arbitrating EU State Aid Issues », in *EU and US antitrust arbitration: A Handbook for practitioners*, Gordon Blanke & Phillip Landolt (eds), volume 1, Kluwer Law international, Great Britain, 2011, pp. 968-969.

⁷³⁶ *idem*, p. 968.

⁷³⁷ *idem*, p. 974.

⁷³⁸ Voir la jurisprudence européenne citée par **HANCHER (L.)**, « Arbitrating EU State Aid Issues », *op. cit.*, p. 975.

C'est dans cette logique que le droit de l'investissement et le droit de la concurrence entrent en conflit devant l'arbitre qui doit faire la part des choses, aidé des quelques réponses fournies par la jurisprudence arbitrale. Les arbitres ont eu à gérer la conflictualité des normes à deux occasions. La première concerne des Etats ayant voulu adhérer à l'Union européenne. Alors que des traités d'investissement sont en vigueur et reconnaissent des droits particuliers à certains investisseurs, ces droits sont jugés incompatibles avec les exigences du droit de la concurrence européen. La seconde occasion a eu lieu lorsque des mesures étatiques visaient à mettre fin à des aides de l'Etat incompatibles avec le droit européen de la concurrence. Alors, les investisseurs concernés ont invoqué la protection des investissements conférée par le traité sur la Charte de l'énergie, puisqu'ils opéraient dans le domaine de l'énergie. Ils ont dénoncé la mesure étatique qui prenait pour cible leurs investissements, considérés comme n'entrant pas dans les dispositions sur les aides de l'Etat.

Etant donné ce qui précède, il convient d'aborder la conflictualité entre les deux normes et l'arbitre. Pour cela, seront examinés la pression exercée par les institutions européennes sur l'arbitrage pour faire prévaloir le droit européen (Section 1) et la stratégie de l'arbitre pour résister à ces institutions (Section 2).

SECTION 1- LA PRESSION INSTITUTIONNELLE EUROPÉENNE SUR LES TRIBUNAUX ARBITRAUX POUR FAIRE PRÉVALOIR LE DROIT EUROPÉEN

La position des institutions européennes vise à consacrer la primauté du droit européen sur les traités d'investissement. D'après elles, cette primauté ne doit pas seulement être le propre des Etats membres, elle doit aussi s'étendre aux tribunaux arbitraux qui tranchent les litiges d'investissement sur la scène internationale.

En fait, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009 a provoqué l'annexion de la matière d'investissement international à l'ensemble des compétences exclusives conférées à l'Union européenne. Depuis, elle relève de la compétence exclusive de la Cour de justice selon l'article 344 du TFUE portant sur l'application et l'interprétation du droit européen. *De facto*, l'existence des traités d'investissement a conduit à remettre en question l'exclusivité de la compétence de la Cour de justice. Celle-ci doit aujourd'hui cohabiter avec les titres de

compétence des tribunaux arbitraux⁷³⁹, du point de vue de l'arbitrage. En effet, « *la prolifération des tribunaux arbitraux amène à une superposition de leurs compétences juridictionnelles avec celles de la CJUE. [Alors que,] du point de vue du juge européen, il y a là une menace pesant sur sa compétence exclusive, à laquelle il est fortement attaché* »⁷⁴⁰.

Pour les institutions européennes, il est nécessaire de respecter la compétence exclusive conférée à une juridiction européenne et l'application du droit européen lorsque la compétence est conférée à une juridiction en dehors de l'Union européenne. Pour ce faire, les institutions européennes rappellent et expliquent la primauté du droit européen sur le droit international (I). Du côté des arbitres, il est notable que la pression des institutions européennes a un impact sur eux (II) mais il n'est pas suffisant pour constituer la tendance dominante dans la jurisprudence arbitrale.

§I- Les raisons justifiant la primauté du droit européen face aux traités d'investissement selon les institutions européennes

La Cour de justice et la Commission européenne avancent plusieurs arguments pour justifier la primauté du droit européen sur le droit international en général et sur les traités d'investissement en particulier. Trois d'entre eux sont récurrents dans les argumentaires des institutions européennes. En premier lieu, se trouve la nécessité de défendre l'autonomie de l'ordre juridique européen (A). En deuxième lieu, se trouve également la nécessité de traiter les investisseurs sur un pied d'égalité qui motive l'imposition du droit européen par rapport aux traités bilatéraux d'investissement ou TBI (B). En troisième lieu enfin, la primauté du droit européen est susceptible de conduire à la suppression ou à l'atténuation de la responsabilité des Etats membres de l'Union à la suite de la mise en œuvre du droit européen (C).

A/ La défense de l'autonomie de l'ordre juridique européen

La CJUE et la Commission européenne ont la volonté de piloter la jurisprudence arbitrale. De son côté, la Commission européenne affirme que le droit européen de la concurrence fait

⁷³⁹ REEVES (J.), « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? » : *Geneva Jean Monnet Working Paper*, 23, 2016, p. 3, disponible sur : http://www.ceje.ch/files/4214/7377/2447/Couverture_23.pdf

⁷⁴⁰ *idem*.

partie de l'ordre public, auquel les juges nationaux doivent veiller, prêts à sanctionner tout manquement à son égard. Elle oppose l'arrêt *Eco Swiss*⁷⁴¹ rendu par la CJCE (devenu CJUE), comme fondement jurisprudentiel. La Commission explique que le fait d'attribuer cette qualité d'ordre public au droit européen de la concurrence, implique le rejet des sentences du CIRDI, qui méconnaissent les dispositions dudit droit et s'appliquent aux aides de l'Etat qui en font partie. Par conséquent, les juges nationaux n'ont d'autre choix que de refuser l'exequatur de ces sentences⁷⁴². Cette position est conforme à la démarche classique adoptée par la doctrine : la convention qui assied des droits fondamentaux doit primer sur les autres si elles sont dénuées de cette qualité. Or, cette position a fait l'objet de critiques dans la mesure où la réglementation européenne des opérations d'investissement ne porte pas sur des droits fondamentaux⁷⁴³.

En ce qui concerne la Cour de justice, elle perçoit le droit international comme inférieur au droit européen et ce, contrairement au CIRDI qui les place au même niveau. La compétence exclusive que la Cour de justice détient dans la matière d'investissement grâce à l'obligation de loyauté que les Etats membres doivent à la Cour, n'est pas liante non plus pour les tribunaux CIRDI, puisque cette obligation n'est observée qu'à l'intérieur de l'ordre juridique européen. En conséquence, la compétence arbitrale ne peut être remise en question par l'application d'un principe qui n'a de force obligatoire qu'à l'égard des juridictions européennes⁷⁴⁴.

A plusieurs reprises, la Cour de justice a exposé sa position à propos de sa compétence exclusive dans l'application et l'interprétation du droit européen. Dans un arrêt opposant la Commission à l'Irlande, la Cour a statué que les Etats européens étaient tenus « *de respecter la nature exclusive de la compétence de la Cour pour connaître des différends relatifs à l'interprétation et à l'application des dispositions du droit communautaire* »⁷⁴⁵. De plus, il ne leur appartient pas de soumettre l'interprétation et l'application du droit européen à un

⁷⁴¹ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. c. / Benetton International NV.*, aff. C-26/97, *Rec.*, 1999, p. I-3055, points 35-41.

⁷⁴² Selon la Commission, la sentence suivante ne doit pas être exécutée dans la sphère européenne puisqu'elle ne tient pas compte de la matière des aides d'Etat, par exemple, la sentence CIRDI, 11 décembre 2013, aff. n° ARB/05/20, *Ioan Micula, Viorel Micula, S. C. European Food SA, S. C. Starmill SRL and A. C. Multipack SRL c. / La Roumanie*, § 335.

⁷⁴³ **ANOÛ (G.)**, « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI - Etude par Gérard Anou » : *JDI*, 2015, doct. 5, § 16.

⁷⁴⁴ **REEVES (J.)**, « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? », *op. cit.*, p. 7.

⁷⁴⁵ CJCE, 30 mai 2006, aff. C-459/03, *Commission c. / Irlande*, *Rec.*, 2006, p. I-4635, point 152 ; *RTD eur.*, 2007, p. 154, note Kerbrat (Y.) et Maddalon (Ph.).

tribunal arbitral, étant donné le danger que cela représente pour l'autonomie du système juridique européen dans la mesure où « *l'ordre des compétences* » désigné par les traités européens se voit désordonner⁷⁴⁶.

La position de la Cour semble être invariable puisqu'elle réaffirme son point de vue dans un autre arrêt : « [...] *un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour assure le respect en vertu de la compétence exclusive dont elle est investie par l'article 220 CE* »⁷⁴⁷.

Pour justifier sa position, la Cour utilise la notion principale de loyauté, selon laquelle les Etats membres ne sauraient agir à l'encontre de principes consacrés par le droit européen, en créant des entraves à son application. Par conséquent, les traités non compatibles avec le droit européen constituent des obstacles qui affectent l'intégrité de ce droit et il appartient à la Cour d'empêcher tels obstacles⁷⁴⁸. Cette dernière a récemment réaffirmé cette position dans un arrêt où elle ajoute deux autres arguments : l'autonomie du droit européen et la confiance mutuelle qui doit prévaloir entre les Etats membres. Pour la Cour « *outre le fait que les litiges relevant de la compétence du tribunal arbitral visé à l'article 8 du TBI sont susceptibles d'être relatifs à l'interprétation tant de cet accord que du droit de l'Union, la possibilité de soumettre ces litiges à un organisme qui ne constitue pas un élément du système juridictionnel de l'Union est prévue par un accord qui a été conclu non pas par l'Union, mais par des Etats membres. Or, ledit article 8 est de nature à remettre en cause, outre le principe de confiance mutuelle entre les Etats membres, la préservation du caractère propre au droit institué par les traités, assurée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE, et n'est dès lors pas compatible avec le principe de coopération loyale [...]* »⁷⁴⁹.

Ainsi, la Cour retient l'incompatibilité des TBI intra-européens avec les dispositions du droit européen. Par conséquent, elle remet en question, de façon indirecte, le pouvoir des arbitres à se prononcer sur des matières affectant l'intégrité du droit européen. Il ressort de cet arrêt que

⁷⁴⁶ *idem*, point 154.

⁷⁴⁷ CJCE, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation c. / Conseil et Commission, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, 2008 p. I-6351, point 282.

⁷⁴⁸ En ce sens : REEVES (J.), « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? », *op. cit.* p. 8.

⁷⁴⁹ CJUE, Grande chambre, 6 mars 2018, aff. C-284/16, République slovaque c. / Achmea BV : *JurisData* n° 2018-005270 ; *RTD Eur.*, 2019 p. 464, note Coutron (L.) ; *Rev. crit.DIP*, 2018, p. 616, note Gaillard (E.) ; *RTD eur.*, 2018, p. 597, note Cazala (J.) ; *AJDA*, 2018 p. 1026, note Bonneville (Ph.).

la Cour est presque certaine que, pour l'arbitre, la question du conflit de normes, au cas où la conciliation est impossible, est résolue en faveur du TBI au détriment du droit européen.

Il semble que la présence d'un Etat tiers comme partie aux TBI, ne change rien à l'inclinaison de la Cour de justice pour la primauté du droit européen. Dans un arrêt opposant la Commission à la Finlande, elle maintient la même position en se prononçant sur l'interprétation des TBI conclus par un Etat membre de l'Union d'une part, la Finlande et des Etats tiers dont la Russie, la Chine, le Sri Lanka d'autre part. Elle arrive à la conclusion que les incompatibilités observées dans les TBI conclus avec Etats tiers à l'égard du droit européen doivent être condamnées et partant corrigées⁷⁵⁰. La Cour retient cette position tout en reconnaissant l'autonomie d'interprétation des TBI, dans la mesure où cette interprétation doit se faire en fonction du droit international traduit par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités⁷⁵¹. En d'autres termes, la Cour a fait primer le droit européen sur les TBI sans tenir compte du fait que les TBI donnent naissance à des obligations internationales dont le respect et l'interprétation sont assumés par le droit international. La Cour reconnaît l'autorité de ce dernier lors de l'interprétation des dispositions des TBI. Cela permet de soutenir que la Cour a procédé à l'interprétation des TBI, en prenant uniquement le droit européen comme référence. Cela démontre une certaine contradiction dans la position de la Cour⁷⁵².

Il ressort de la position de la Cour, qu'elle donne la priorité d'application au droit européen et écarte la disposition prévue par les TBI conclus avec les Etats tiers, rompant avec sa propre jurisprudence. Selon celle-ci, l'observation des obligations internationales nées des conventions internationales conclues avec des Etats tiers et antérieures à la conclusion du Traité européen, est inévitable et ces obligations jouissent de la protection du droit international⁷⁵³. La Cour de justice a exprimé cette position dans un arrêt postérieur à celui de la Finlande. Il s'agit d'un arrêt rendu à l'occasion d'un litige opposant la Commission à la Slovaquie où la Cour a jugé, en soulignant la constance de sa jurisprudence, que « *l'article 307 CE a pour objet de préciser, conformément aux principes de droit international [...] que l'application du traité CE n'affecte pas l'engagement par l'Etat membre concerné de*

⁷⁵⁰ CJCE, 19 novembre 2009, Commission c. / Finlande, C-118/07, *Rec.*, 2009, p. I-10889.

⁷⁵¹ *idem*.

⁷⁵² REEVES (J.), « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? », *op. cit.*, p. 9.

⁷⁵³ *idem*, p. 8.

*respecter les droits des pays tiers résultant d'une convention antérieure et d'observer ses obligations correspondantes »*⁷⁵⁴.

Etant donné que les obligations internationales ne doivent pas être mises en échec par les Etats qui en sont à l'origine, il aurait été préférable que la Cour maintienne sa jurisprudence incitant au respect des TBI conclus avec des Etats tiers. En effet, l'objectif de parvenir à une harmonie entre le droit européen et le droit international ne doit pas aller jusqu'à la remise en question des personnalités juridiques des Etats membres de l'Union. Du point de vue du droit international, il est obligatoire de distinguer la personnalité juridique de l'Union de celle des Etats membres. C'est la raison pour laquelle *« l'Union se doit de respecter ou, du moins, de faciliter la mise en œuvre des accords conclus par les Etats membres, bien que, au regard du droit international, elle n'y ait pas consenti et aucune obligation internationale ne soit créée à la charge de l'Union »*⁷⁵⁵.

En fin de compte, la défense de l'autonomie de l'ordre juridique européen peut être invoquée par les institutions européennes dans le meilleur des cas-vis-à-vis des TBI conclus entre les Etats membres. Un tel argument n'a pas sa place lorsqu'il s'agit des TBI conclus avec des Etats tiers. La différence qui peut résulter de l'application des TBI intra-européens et l'application des TBI extra-européens amène au deuxième argument justifiant la primauté du droit européen selon la vision européenne.

B/ L'obligation d'un même traitement de tous les investisseurs opérant sur le marché européen

En tentative de réconcilier le droit européen et les TBI, un auteur a préconisé de faire la distinction entre les matières réglementées par les deux normes. A cet égard, il dit que la matière faisant l'objet d'une réglementation provenant du droit européen et celle faisant l'objet d'une réglementation provenant des traités d'investissement, ne doivent pas être confondues. La substance du droit de l'Union européenne ne correspond pas à la substance des traités d'investissement, puisque les objectifs promus par les deux normes sont différents. En admettant qu'il en soit autrement, c'est-à-dire que le droit de l'Union européenne et les

⁷⁵⁴ CJUE, 15 septembre 2011, Commission c. Slovaquie, *Rec.*, p. I-8065, point 41.

⁷⁵⁵ **MULLER (D.)**, « Union européenne et responsabilité internationale » : *Mel. en l'honneur de Patrick DAILLIER*, « Union européenne et droit international », CEDIN, Editions Pedone, Paris, 2012, p. 345.

traités d'investissement prennent pour objet la même matière, cela justifierait une différenciation dans les solutions à retenir, en fonction du type de traités d'investissement : TBI intra-européen ou extra-européen ? Cette différenciation découle du statut juridique de l'Etat engagé dans le traité d'investissement. La solution dépendra de la situation des Etats : sont-ils membres de l'Union ou n'y en a-t-il qu'un seul ? Dans ce cas où l'accent est mis sur le statut des Etats parties au TBI, un déséquilibre va s'observer entre les TBI intra-européens et les TBI extra-européens, dans la mesure où les premiers sont contestés et rejetés par le droit européen, alors que les seconds échappent à la domination européenne car les parties aux TBI extra-européens ne sont pas conjointement parties aux traités européens comme le TFUE⁷⁵⁶. En poussant le raisonnement plus loin, la Cour de justice peut imposer l'observation du droit européen aux Etats membres dans leurs relations avec des Etats tiers et ce, aux dépens de l'application des TBI⁷⁵⁷. Cela sert à ne pas discriminer les investisseurs couverts par les TBI intra-européens face aux autres investisseurs.

L'inégalité créée vis-à-vis des investisseurs européens en condamnant les TBI intra-européens nécessite une solution. La réponse adéquate à cette anomalie vient de la création d'un système de protection « *multilatéral* », réservé aux investissements intra-européens qui accomplissent la même fonction que celle des traités d'investissement extra-européens. Le fait d'ignorer l'établissement d'un tel système conduit à la condamnation systématique des TBI intra-européens, ce qui implique un traitement défavorable des investisseurs européens par rapport aux non-européens. Ainsi, un investisseur belge sera-t-il moins favorisé en Allemagne qu'un investisseur américain ou chinois installé et protégé par un TBI extra-européen⁷⁵⁸. Autrement dit, la possibilité de retirer une clause du règlement des litiges prévue par un TBI, aura forcément un impact sur la position concurrentielle de l'investisseur vis-à-vis duquel cette possibilité est jouable, en comparaison avec un investisseur protégé contre ce risque⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶ **ANOU (G.)**, « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI - Etude par Gérard Anou », *op. cit.*, § 32.

⁷⁵⁷ Voir : CJCE, 3 mars 2009, Commission c. / République d'Autriche, Aff. C-205/06, *Rec.*, 2009, p. I-1301. Il s'agit des TBI conclus entre l'Autriche et des Etats tiers dans lesquels la Cour retient le manquement de cet Etat à ses obligations, destinées à supprimer toute incompatibilité entre le droit européen et les autres traités auxquels elle est partie.

⁷⁵⁸ **ANOU (G.)**, « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI - Etude par Gérard Anou », *op. cit.*, § 36.

⁷⁵⁹ A l'égard d'une hypothèse similaire, il a été écrit : « *on peut estimer qu'un investisseur étranger protégé par un accord comportant une clause de règlement des différends de vaste portée est dans une meilleure position concurrentielle qu'un investisseur protégé par un accord plus restrictif* » : **CNUCED**, *Traitement*

Compte tenu de cette issue probable, il semble plus prudent de placer tous les investisseurs opérant sur le marché européen sous l'autorité du droit européen, sans porter attention au type de traité d'investissement applicable, tant que les investisseurs intra-européens courent ce risque de discrimination. Ce message peut être déduit des décisions institutionnelles européennes qui insistent sur l'application du droit européen, quand il est concurrencé par un traité d'investissement.

Il convient de dire qu'à long terme, ce problème de conflictualité tendra tout de même à disparaître. Pour le régler, il est d'ores et déjà admis qu'il serait particulièrement souhaitable que les futurs TBI contiennent une clause de compatibilité avec le droit européen. Quant aux traités en cours, ils ne peuvent être renégociés que dans le but de les rendre compatibles avec le droit européen, sans porter atteinte aux droits acquis⁷⁶⁰.

A cet égard, il convient de préciser que ce mécanisme de négociation existe dans l'ordre juridique européen. L'article 3 du Règlement (UE) n° 1219/2012 prévoit la possibilité pour un Etat membre de l'Union, de préserver l'application des dispositions d'un TBI jusqu'à ce que la Commission parvienne à conclure un autre traité avec l'Etat tiers. L'article 5 du même Règlement accorde à la Commission la latitude de déterminer si le TBI existant, constitue une réelle entrave à l'engagement de négociations ou à la conclusion d'un autre traité bilatéral, auquel l'Union européenne serait partie. Après cet examen et sur confirmation, la Commission entamera des consultations avec l'Etat membre et coopérera en vue de dégager les mesures appropriées permettant de sortir de cette impasse⁷⁶¹.

Dans l'hypothèse où la possibilité de maintenir ces TBI ne serait pas reconnue par le Règlement (UE) n° 1219/2012 et que les Etats membres aient l'obligation de dénoncer de tels accords sous peine de faire l'objet d'une procédure en manquement, la vraisemblance d'atteindre la fin du conflit des normes serait plus probable parce que la période de transition nécessaire au changement des traités d'investissement incompatibles avec le droit européen

de la nation la plus favorisée, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, NATIONS UNIES, New York et Genève, 2010, p. 95, disponible sur : https://unctad.org/fr/Docs/diaeia20101_fr.pdf

⁷⁶⁰ **ANOU (G.)**, « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI - Etude par Gérard Anou », *op. cit.*, § 37.

⁷⁶¹ Règlement (UE) N° 1219/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers : *Journal officiel*, 20 décembre 2012, L 351/40.

serait tout simplement supprimée. Pour autant, le Règlement constitue un début d'initiative visant à mettre fin à ce conflit graduellement⁷⁶².

En l'état actuel des choses et dans la perspective que la question de la conflictualité des TBI et du droit européen trouve sa solution, les institutions européennes sont d'avis que le conflit entre le droit européen et les TBI est tranché en faveur du droit européen et ce, pour parvenir à traiter les investisseurs de façon égalitaire. Mais cela implique une conséquence considérable : l'engagement de la responsabilité des Etats membres ne doit pas être retenu si ces Etats violent les TBI, en vue d'être en conformité avec le droit européen. C'est en tout cas l'opinion de la Commission européenne.

C/ La recherche de la suppression de toute responsabilité liée à l'application du droit européen

L'interaction entre le droit européen et les TBI soulève la question des dommages-intérêts auxquels un Etat membre peut être condamné par un tribunal arbitral, à la suite de mesures étatiques visant à mettre fin aux aides de l'Etat consentis à un investisseur. L'attribution de dommages-intérêts à un investisseur en application d'un traité bilatéral ou multilatéral peut-elle être considérée comme une aide de l'Etat⁷⁶³ ? La Cour de justice⁷⁶⁴ a considéré l'obligation d'attribuer des dommages-intérêts comme un acte public. Par conséquent, la mesure entraînant la compensation est considérée comme générale et non sélective, ce qui enlève tout caractère d'aide de l'Etat à l'indemnisation ordonnée. La Cour a jugé que « *les aides publiques, constituant des mesures de l'autorité publique favorisant certaines entreprises ou certains produits, revêtent une nature juridique fondamentalement différente des dommages-intérêts que les autorités nationales seraient, éventuellement, condamnées à verser à des particuliers, en réparation d'un préjudice qu'elles leur auraient causé* »⁷⁶⁵.

La Commission européenne ne suit pas la Cour de Justice dans cette position, ce qui peut amener la Cour à se prononcer à nouveau. La Commission a fait savoir son opposition à l'attribution de dommages-intérêts aux investisseurs lésés par l'application du droit européen

⁷⁶² **ANOU (G.)**, « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI - Etude par Gérard Anou », *op. cit.*, § 36.

⁷⁶³ **HANCHER (L.)**, « Arbitrating EU State Aid Issues », *op. cit.*, pp. 1002-1003.

⁷⁶⁴ CJCE, 27 septembre 1988, affaires jointes 106 à 120/87, Asteris AE et autres c. / République hellénique et Communauté économique européenne, *Rec.*, 1988, p. 5515.

⁷⁶⁵ *idem*.

dans l'affaire dite Micula, un litige opposant la Roumanie à une entreprise suédoise⁷⁶⁶. La solution dégagée par le tribunal arbitral a été jugée insatisfaisante par la Commission européenne, puisque l'indemnisation ordonnée par ce tribunal a été qualifiée d'aide de l'Etat par la Commission. En l'espèce, deux frères suédois (Micula) avaient investi en Roumanie en y créant trois sociétés. Ces investisseurs dont la spécialité était l'industrie agro-alimentaire, ont été attirés par les mesures fiscalement avantageuses décidées par l'Etat roumain dans les années 1990. Le litige a surgit en 2005 à la suite d'une modification de la réglementation fiscale, ayant pour objet de supprimer les avantages fiscaux incompatibles avec le droit européen et en particulier, avec le régime des aides de l'Etat. Le droit européen prohibe aux Etats membres le favoritisme de certaines entreprises, leur accordant notamment des privilèges conduisant à modifier la concurrence entre les entreprises dans le marché intérieur de l'Union. Lorsqu'en 2005, la Roumanie a décidé de modifier ses dispositions fiscales, elle est revenue sur son engagement de maintenir des avantages fiscaux jusqu'en 2009 (*Emergency Government Ordinance 24/1998*). Les frères Micula se fondant alors sur un TBI conclu entre la Roumanie et la Suède, ont entamé une procédure arbitrale auprès du CIRDI. Le tribunal arbitral a rendu une première décision sur sa compétence, qu'il a confirmée bien que la Roumanie ait tenté de contester cette compétence en mettant en cause la condition relative à la nationalité des investisseurs⁷⁶⁷. De fait, les investisseurs suédois étaient d'origine roumaine et la Roumanie a essayé de démontrer que la condition de la nationalité étrangère faisait défaut. Or, le tribunal a conclu qu'étant suédois, ils n'étaient plus roumains, par conséquent la nationalité à prendre en compte était la nationalité suédoise. D'autre part, la Roumanie a utilisé le droit européen, pour justifier la modification prématurée de sa réglementation, expliquant que ces dispositions heurtaient celles du droit européen sur les aides de l'Etat.

Par ailleurs, pendant le déroulement de l'arbitrage, la Commission européenne est intervenue en tant *qu'amicus curiae*. Elle a soutenu que si le tribunal donnait raison aux investisseurs et

⁷⁶⁶ Sentence CIRDI, 11 décembre 2013, Ioan Micula, Viorel Micula, S. C. European Food SA, S. C. Starmill SRL and A. C. Multipack SRL c. / Roumanie, aff. n° ARB/05/20 ; *Rev. arb.*, 2014, p. 455, note Lemaire (S.).

⁷⁶⁷ Sentence CIRDI, 24 septembre 2008, décision sur la compétence et la recevabilité, Ioan Micula, Viorel Micula S. C. European Food SA, S. C. Starmill SRL and A. C. Multipack SRL c. / Roumanie (2008), aff. n° ARB/05/20.

ordonnait à la Roumanie de payer des indemnités, ces dernières seraient perçues au sens du droit européen, comme une aide de l'Etat⁷⁶⁸.

Pour convaincre, la Commission a essayé de fonder son point de vue sur le dispositif de l'arrêt *Eco Swiss* rendu par la CJCE. Celui-ci oblige les juges nationaux des Etats membres, à vérifier la cohérence des sentences arbitrales avec le droit communautaire de la concurrence, comme le prévoit la Convention de New York de 1958. Consciente que les sentences du CIRDI échappent au contrôle standard exercé sur les sentences arbitrales, la Commission a rappelé que l'Union européenne ne fait pas partie de la Convention de Washington de 1966 qui confère un pouvoir exécutoire automatique aux sentences du CIRDI. La Commission soutient également que le juge national qui ordonne l'exécution de la sentence, doit en mesurer la compatibilité avec le droit européen et les règles relatives aux aides de l'Etat. Elle soutient également que le juge national pourrait se trouver tenu de surseoir à statuer et de se référer à la CJUE, pour que cette dernière se prononce sur la pertinence de l'article 54 de la Convention de Washington dans la sphère européenne, alors qu'elle ne fait pas partie de l'ordre juridique européen⁷⁶⁹.

Nonobstant, le tribunal arbitral n'a pas été convaincu par ces arguments. Il a condamné la Roumanie à indemniser les investisseurs en leur versant la somme de 178 millions d'euros, ayant conclu que l'obligation d'un traitement juste et équitable avait été violée par la Roumanie, contrairement aux dispositions prévues par le TBI unissant la Suède et la Roumanie.

Quant à l'éventuelle difficulté d'exécution de la sentence arbitrale, le tribunal s'est limité à rappeler que les articles 53 et 54 de la Convention de Washington sont de nature à libérer les sentences du CIRDI de l'emprise des juges étatiques. Ils empêchent que les sentences subissent un quelconque contrôle et la force exécutoire est automatique dans les Etats parties à ladite Convention⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ Sentence CIRDI, 11 décembre 2013, Ioan Micula, Viorel Micula, S. C. European Food SA, S. C. Starmill SRL and A. C. Multipack SRL c. / Roumanie, aff. n° ARB/05/20 ; *Rev. arb.*, 2014, p. 330, note Lemaire (S.).

⁷⁶⁹ *idem*, p. 336.

⁷⁷⁰ *idem*, p. 341.

Voyant le tribunal arbitral condamner la Roumanie à verser des indemnités malgré sa mise en garde, la Commission a entamé une procédure en 2014, afin d'empêcher l'exécution de la décision arbitrale. Cette procédure a abouti à une décision déclarant l'incompatibilité de l'exécution de la décision avec le droit européen le 30 mars 2015⁷⁷¹.

La réaction de la Commission montre que l'application du droit européen de la concurrence par la Roumanie ne doit pas déboucher sur l'engagement de sa responsabilité par le tribunal arbitral. La Commission cherche à dicter sa perception du droit européen aux tribunaux arbitraux en vue d'empêcher toute marge de manœuvre au tribunal arbitral. L'objectif de la Commission n'est atteint que si l'arbitrage adopte la primauté du droit européen à chaque fois qu'il se heurte au TBI.

Force est de constater que la procédure de la Commission n'est pas un cas isolé. Il semble qu'elle souhaite en faire une politique méthodique à laquelle il ne pourra être dérogé. Ainsi, dans une affaire intéressant la Pologne, la Commission a déclaré que la Charte de l'énergie et les traités bilatéraux n'interdisaient pas la rupture de contrats d'achat d'électricité à long terme. Toutefois, cette rupture doit être accompagnée d'une compensation adéquate, voire appropriée qui correspond à la méthodologie de calcul préconisée par la Commission. Elle ajoute que les droits garantis ne constituent pas un argument valable car ils sont dérivés des contrats conclus en violation des dispositions concernant les aides de l'Etat. Par conséquent, il s'agit de droits illégaux⁷⁷². La Commission a précisé que si le tribunal retenait la suppression des droits malgré son avis, la compensation adéquate qui s'imposerait, serait conditionnée à « *la méthodologie des coûts échoués* ». Son attribution serait de nature à réparer équitablement le préjudice causé⁷⁷³. En d'autres termes, la compensation totale qui vise la révocation de droits acquis contractuellement, n'est pas compatible avec le régime des aides de l'Etat, ces droits étant juridiquement non-exécutoires et non dignes de protection légale⁷⁷⁴.

⁷⁷¹ Décision (UE) 2015/1470 de la Commission du 30 mars 2015 concernant l'aide d'Etat SA. 38517 (2014/C), (ex 2014/NN) mise en œuvre par la Roumanie - Sentence arbitrale dans l'affaire Micula / Roumanie du 11 décembre 2013 [notifiée sous le numéro C (2015) 2112], *Journal Officiel*, 4 septembre 2015, L 232/43.

⁷⁷² Décision Comm. CE n° 2009/287 du 25 septembre 2007, concernant l'aide d'État accordée par la Pologne, *Journal officiel*, n° L 83/1, 28 mars 2009, § 294.

⁷⁷³ *idem*.

⁷⁷⁴ HANCHER (L.), « Arbitrating EU State Aid Issues », *op. cit.*, pp. 1005-1006.

De toute évidence, la Commission cherche à minimiser la responsabilité des Etats membres qui agissent en conformité avec le droit européen de la concurrence mais elle ne peut atteindre ce but que s'il trouve écho chez les arbitres.

§II- L'écho relatif de la pression institutionnelle européenne chez les arbitres

Le fait d'apporter une réponse satisfaisante au conflit qui peut survenir entre le droit européen et les TBI ne fait pas l'unanimité. Certains auteurs abordent la question de manière générale et abstraite. Ils conçoivent avec réticence que la protection des investisseurs se fasse aux dépens des pouvoirs législatifs des Etats. Ainsi, si un Etat a consenti des avantages fiscaux à un investisseur, ces avantages ne seront pas maintenus indéfiniment. L'intervention d'une législation nationale ou d'un nouveau traité d'investissement, pourra modifier le statut de cet investisseur de façon immédiate, sans affecter ses droits rétroactivement. Par contre, si la loi nationale ou le nouveau traité d'investissement met fin à des avantages, ils cessent de s'appliquer aux investissements en cours et futurs. Ce point a l'avantage de prévenir le déséquilibre qui se créerait dans la concurrence, si les anciens investisseurs se trouvaient favorisés par rapport aux nouveaux, du simple fait qu'ils se sont implantés dans l'Etat hôte pendant la durée d'application de la norme accordant les avantages⁷⁷⁵.

Par analogie, en appliquant ce raisonnement aux aides de l'Etat prévues par le droit européen, l'arbitre doit tenir compte des dispositions du droit européen quand il tranche un litige d'investissement. Pour mémoire, les dispositions d'aides de l'Etat équivalent à une modification législative opérée par l'Etat qui accède à l'Union européenne.

Ce qui vient d'être exposé n'est pas la seule façon de traiter la question du conflit des normes. D'autres auteurs préfèrent tenir compte des circonstances particulières de l'investissement, notamment en ce qui concerne les obligations des Etats vis-à-vis de l'investisseur à un moment précis. Autrement dit, les circonstances au cours desquelles l'investisseur place son activité sur le territoire d'un Etat, doivent être prises en compte pour déterminer à quel point, l'investisseur doit observer le droit de l'Etat de l'investissement. Il est donc nécessaire de distinguer les statuts juridiques des Etats lors de la conclusion du contrat. Si par exemple l'Etat dans lequel l'investisseur souhaite installer son activité, fait partie de l'Union

⁷⁷⁵ **ANOU (G.)**, « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI - Etude par Gérard Anou », *op. cit.*, § 33.

européenne, il est dans l'obligation de respecter les engagements assumés par cet Etat, en application du droit européen, parmi lesquels se trouvent les aides de l'Etat. En revanche, l'investisseur n'aura pas les mêmes obligations si l'Etat d'installation n'était pas membre de l'Union au moment de la conclusion du contrat car il sera protégé par un traité d'investissement. Autrement dit, dans le premier cas, l'investisseur doit s'attendre à respecter le droit européen, contrairement au second cas⁷⁷⁶.

Dans la jurisprudence arbitrale, il existe des signes incitant à considérer le droit européen et en particulier les aides de l'Etat, comme une valable justification pour expliquer la mesure étatique prise par un Etat membre, pour se conformer au droit européen. En 2008 par exemple, dans une affaire intéressant la Hongrie, la Commission a interprété les obligations d'achat dont était débiteur MVM, acheteur en gros et entreprise étatique, comme une aide de l'Etat. En effet, les contrats d'achat d'électricité à long terme obligeaient l'achat d'un volume fixe de capacités énergétiques de production et une quantité fixe d'électricité produite à un prix fixe. Cet épisode a empêché l'intégration de la Hongrie au marché intérieur européen de l'électricité, ce qui constituait la suite naturelle de son adhésion à l'Union européenne. Le problème était que ces obligations d'achat garantissaient aux générateurs (les investisseurs) un retour sur investissement sans aucun risque commercial⁷⁷⁷. D'après la Commission, cela entraînait un renforcement de la position des générateurs liés par contrats, donc un avantage économique sélectif à leur profit, ce dont les autres opérateurs ne bénéficiaient pas. La Commission a demandé le recouvrement rétroactif des aides de l'Etat depuis le 1^{er} mai 2004, date à laquelle les contrats contestés sont entrés en vigueur⁷⁷⁸. La Hongrie s'est alors référée au prix de gros pratiqué sur le marché pendant toute la période concernée, pour calculer la somme des aides, comme si les contrats n'avaient jamais existé. De surcroît, la Hongrie avait six mois pour exécuter la simulation demandée par la Commission, en indiquant la méthodologie utilisée⁷⁷⁹. Le gouvernement hongrois a alors décidé d'adopter dès 2008, une législation par laquelle il mettait un terme à tous les contrats d'achat d'électricité à long terme⁷⁸⁰.

⁷⁷⁶ **GAILLARD (E.)**, « L'arbitrage international et le droit de l'Union européenne : un dialogue constructif ou une collision inévitable ? Entretien avec George A. Bermann, Emmanuel Gaillard, Catherine Kessedjian, Horatia Muir Watt et Diego P. Fernández Arroyo » : *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, Septembre 2013, entretien 5, p. 9.

⁷⁷⁷ Voir : **HANCHER (L.)**, « Arbitrating EU State Aid Issues », *op. cit.*, pp. 1006-1007.

⁷⁷⁸ Article 4 de la Décision Comm. CE n° 2009/609 du 4 juin 2008, concernant les aides d'Etat accordées par la Hongrie dans le cadre d'accords d'achat d'électricité, *Journal officiel*, n° L 225/53, 27 août 2009

⁷⁷⁹ *idem*.

⁷⁸⁰ **HANCHER (L.)**, « Arbitrating EU State Aid Issues », *op. cit.*, pp. 1006-1007.

Force est de constater que pendant le déroulement de la procédure, la Commission a permis à l'un des investisseurs concernés par sa décision (AES-Tisza Erőmű Kft) de présenter ses observations sur la question des aides de l'Etat. Ce même investisseur a entamé une procédure d'arbitrage pour contester la mesure qui a été prise par la Hongrie en 2006 et qui porte également sur les contrats d'achat d'électricité à long terme. Cette procédure a débouché sur une sentence dont les renseignements peuvent être édifiants sous cet angle d'étude. Par conséquent, il convient de se pencher sur cette sentence.

L'investisseur en question a saisi un tribunal arbitral du CIRDI lorsque la Hongrie dès 2006, a adopté une mesure visant à contrôler administrativement le prix de l'électricité. En effet, celle-ci était devenue trop chère pour les consommateurs durant la privatisation et ce à cause des profits excessifs réalisés par les investisseurs profitant des aides de l'Etat. A cet égard pour le tribunal *“the majority [of arbitrators] has concluded that Hungary’s reintroduction of administrative pricing in 2006 was motivated principally by widespread concerns relating to (and it was aimed directly at reducing) excessive profits earned by generators and the burden on consumers”*⁷⁸¹.

Le tribunal arbitral ne s'est pas prononcé sur la mesure étatique en tant que mesure prise pour se conformer au droit européen des aides de l'Etat mais en tant que mesure visant à réaliser un intérêt public. Toutefois, il y a eu des signes indiquant l'orientation du tribunal : la question des aides de l'Etat était au centre des discussions.

Le premier signe est que le tribunal a reconnu la pertinence du droit européen pour les Etats membres et la qualification ambivalente que ce droit pouvait revêtir, en apparaissant à la fois comme un droit international et un droit interne. Le tribunal a ajouté que le droit interne devait être traité comme un fait. Il semble que le traitement comme faits des lois nationales, permette au tribunal d'empêcher l'Etat d'invoquer ses propres lois nationales, pour se soustraire à ses obligations internationales. Le tribunal s'est alors prononcé *“regarding the Community competition law regime, it has a dual nature: on the one hand, it is an international law regime, on the other hand, once introduced in the national legal orders, it is part of these legal orders. It is common ground that in an international arbitration, national*

⁷⁸¹ Sentence CIRDI, 23 septembre 2010, AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft c. / Hongrie, aff. n° ARB/07/22, § 10.3.31.

laws are to be considered as facts. Both parties having pleading that the Community competition law regime should be considered as a fact, it will be considered by this Tribunal as a fact, always taking into account that a state may not invoke its domestic law as an excuse for alleged breaches of its international obligations.”⁷⁸² Le tribunal a également jugé : *“in summary, the Tribunal determines that the Respondent’s acts/measures are to be assessed under the ECT [Energy Charter Treaty] as the applicable law but that the EC [European Community] law is to be considered and taken into account as a relevant fact*”⁷⁸³.

Le deuxième signe du tribunal est le plus important et le plus direct. Il s’agit du souci des Etat membres d’être en conformité avec le régime européen des aides de l’Etat. Le tribunal l’a dit clairement : si la Hongrie édictait la réglementation contestée par l’investisseur, en vue de prévenir les conséquences de la désignation du contrat en tant qu’aide de l’Etat, cela aurait pu justifier la mesure prise par la Hongrie puisque un tel comportement relevait de l’intérêt public. Néanmoins, le tribunal a précisé que la Hongrie n’avait pas l’obligation légale de le faire. De fait, la décision de la Commission qui aurait probablement eu pour objet de dicter une telle obligation, n’aurait de toute façon pas été rendue au moment où le tribunal allait statuer : *“had Hungary been motivated to reintroduce price regulation with a view to addressing the EC’s state aid concerns, there is no doubt that this would have constituted a rational public policy measure. However, the Tribunal notes that as long as the Commission’s state aid decision was not issued, Hungary had no legal obligation to act in accordance with what it believed could be the result of the decision and to start a limitation of potential state aid*”⁷⁸⁴.

Le troisième signe du tribunal est relatif à l’importance de l’exercice de la concurrence dans le secteur de l’électricité et à son impact sur les prix aux consommateurs. En effet, l’absence de concurrence ou de réglementation du secteur a provoqué des marges de bénéfice très élevées pour une vente d’utilité publique. Le tribunal a clarifié cette justification de l’intervention étatique en expliquant que *“Hungary’s third reason for acting had to do with the allegations that the profits enjoyed under the PPAs [Power Purchase Agreements], in the absence of*

⁷⁸² *idem*, § 7.6.6.

⁷⁸³ *idem*, § 7.6.12.

⁷⁸⁴ *idem*, § 10.3.16.

either competition or regulation, exceeded reasonable rates of return for public utility sales. Hungary does not deny that one of its reasons for acting had to do with these concerns”⁷⁸⁵.

Bien que la Hongrie dise avoir subi la pression du droit européen qui l'aurait obligée à prendre cette mesure, le tribunal considère qu'elle doit être analysée en fonction du traité sur la Charte de l'énergie. C'est à dire examiner la compatibilité de la mesure avec les dispositions du traité et apprécier si la mesure relative aux décrets sur les prix violait le traité. Le tribunal précise encore qu'il aura à déterminer la rationalité, le caractère raisonnable ou arbitraire, la transparence de la réintroduction de la tarification administrative et les décrets de prix⁷⁸⁶.

Tous ces signaux obtenus de la sentence arbitrale portent à croire que les arbitres sont relativement influencés par la pression exercée des institutions européennes. Cela les incite à inclure les objectifs poursuivis par le droit européen dans la jurisprudence arbitrale.

D'un autre côté, il faut reconnaître la prudence des arbitres quand ils tiennent compte du droit européen, qu'ils imposent des limites à sa prise en compte et qu'ils s'emploient à détailler les aspects de l'intérêt public, recherché par une mesure pour justifier l'intervention étatique. Enfin, les arbitres évitent d'accepter des justifications éventuelles dont la réalisation est incertaine, lors de leur réflexion sur la légitimité de la mesure prise. En atteste la position exprimée par le tribunal lorsqu'il a affirmé que si la Hongrie adoptait la réglementation en vue de se conformer au droit européen portant sur les aides d'Etat, cela aurait rendu la mesure étatique légitime et justifiée.

C'est dans cet esprit de prudence face aux politiques européennes et dans un esprit de soutien vis-à-vis des traités d'investissement, qu'il convient de regarder la position arbitrale lorsqu'il s'agit de se positionner par rapport au respect du droit européen de la concurrence et des traités d'investissement.

⁷⁸⁵ *idem*, § 10.3.20

⁷⁸⁶ *idem*, § 7.6.9.

SECTION 2 - LA RÉSISTANCE DES ARBITRES À LA CONCEPTION INSTITUTIONNELLE EUROPÉENNE DU CONFLIT ENTRE LE DROIT EUROPÉEN ET LES TRAITÉS D'INVESTISSEMENT

Les tribunaux arbitraux cherchent un terrain d'entente pour réconcilier le droit européen et les traités d'investissement. Ils comprennent qu'adhérer totalement à la position des institutions européennes favorable à la primauté du droit européen, représenterait un danger existentiel pour l'arbitrage d'investissement. Ils essayent donc de garder leur autonomie vis-à-vis de ces institutions, tout en tenant compte du droit européen.

Pour ce faire, ils utilisent les traités d'investissement qui appartiennent au droit international, induisant qu'ils s'en revendiquent et qu'ils restent vigilants face à l'emprise des lois nationales, dont le droit européen peut faire partie. Pour autant, cette autonomie n'empêche pas les arbitres de se référer au droit européen et de reconnaître sa pertinence dans le règlement de litiges d'investissement (I). D'ailleurs, les arbitres évitent d'opposer le droit européen au droit de l'investissement, pour ne remettre en question la légitimité d'aucune norme (II). Ce faisant, l'arbitre arrive à préserver son autonomie mais aussi à répondre à tous les arguments avancés par les parties au litige.

§I- Le traité d'investissement est la principale référence pour l'arbitre sans être la seule

La démarche adoptée par les tribunaux arbitraux consiste à protéger l'investisseur sans laisser apparaître une certaine méconnaissance du droit européen. Il semble que cette approche soit judicieuse parce que l'arbitre s'éloigne de la question du conflit des lois, de façon indirecte et fructueuse en honorant la confiance des investisseurs. L'arbitrage reste par là même, crédible en tant que moyen de règlement des litiges d'investissement et protecteur du principe d'autonomie de la volonté.

L'arbitre tient à respecter le traité d'investissement car c'est en vertu de celui-ci qu'il détient le pouvoir de statuer sur un litige d'investissement, le plaçant en position de force par rapport aux autres normes qui revendiquent leur application. Autonome, il aura le choix d'appliquer la norme idoine, sans avoir à considérer les conséquences qui en résulteront (A). Cette autonomie revendiquée ne s'oppose pas à ce qu'il examine la pertinence du droit européen et

la légitimité de son application. Toutefois, il devra garder à l'esprit que l'application du droit européen n'est pas une obligation et qu'il peut l'éviter si la légitimité de son application n'était pas avérée selon les critères adoptés (B).

A/ Le traité d'investissement est une source d'autonomie pour l'arbitre

Les arguments militant en faveur de l'exclusion de l'arbitrage pour préserver l'intégrité du droit européen, ont été réfutés. Ainsi, l'argument relatif à l'autonomie de l'ordre juridique européen n'est-il pas de nature à justifier la compétence exclusive de la Cour de justice. Il ne justifie pas non plus l'exclusion de l'arbitrage, parce que le droit européen est impliqué dans ces litiges d'investissement. Ce même argument peut être avancé pour soutenir l'autonomie du droit de l'investissement incarné par les traités d'investissement appartenant au droit international, dont fait partie le droit européen lui-même. D'ailleurs, en quoi la supériorité du droit européen est-elle justifiée, sachant qu'il s'agit surtout d'une réglementation instituée par des traités internationaux, donc un droit international comme c'est le cas des traités d'investissement ? Cette autonomie du droit de l'investissement exige que la compétence soit exclusivement attribuée aux tribunaux arbitraux spécialisés comme les tribunaux relevant du CIRDI⁷⁸⁷. Cela a pour effet d'affirmer la raison d'être de l'arbitrage d'investissement, à savoir sa capacité « *d'affranchir les différends des contraintes étatiques ou interétatiques* »⁷⁸⁸.

En outre, la reconnaissance d'une compétence exclusive de la Cour de Justice en matière d'investissement, entraîne la possibilité pour les Etats membres de se soustraire aux obligations imposées par les traités d'investissement. En ce sens, les garanties prévues par ces traités se trouvent vidées de leur substance car les investisseurs ne peuvent recourir qu'à la Cour de justice pour faire valoir que leurs droits ont été violés⁷⁸⁹. Plus encore, les traités d'investissement censés protéger les investisseurs perdent l'un des piliers de la protection attendue, à savoir le recours à un agent impartial dont la mission se traduit par le règlement de litiges⁷⁹⁰.

⁷⁸⁷ **ANOU (G.)**, « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI - Etude par Gérard Anou », § 25.

⁷⁸⁸ *idem*.

⁷⁸⁹ **REEVES (J.)**, « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? », *op. cit.*, p. 7.

⁷⁹⁰ Sentence CIRDI, 25 janvier 2000, Emilio Augusto Mafezzini c. / Espagne, décision sur la compétence, aff. n° ARB/97/7, point 54.

Percevoir la compétence en matière d'investissement à travers un prisme aussi étroit est incompatible avec la philosophie arbitrale, exprimée concrètement par des sentences. Cette philosophie voit dans les moyens de règlement de litiges, les composantes essentielles à la protection des investisseurs⁷⁹¹.

Les tribunaux arbitraux considèrent le recours à l'arbitrage prévu par un traité d'investissement, comme étant un élément primordial de traitement juste et équitable dû à l'investisseur par l'Etat d'accueil. D'ailleurs, que l'investisseur soit privé de l'offre d'arbitrage réclame la réunion de certaines conditions, ce qui n'est pas aisé.

En revanche, si le fait d'inclure une offre d'arbitrage du CIRDI dans un traité d'investissement conclu par un Etat membre, constitue une violation de l'article 344 du TFUE, l'Etat peut faire l'objet d'une procédure en manquement à ses obligations européennes⁷⁹² et être sanctionné. Cela veut dire qu'accepter le recours à l'arbitrage par un Etat membre engage sa responsabilité sur le plan européen et celle-ci ne doit pas affecter l'investisseur qui voit dans l'arbitrage un moyen efficace pour se protéger, argument qui a participé à le convaincre d'investir dans un Etat membre de l'Union.

Pour les tribunaux arbitraux, la qualification du droit européen en droit interne ou international, joue un rôle important dans sa prise en considération. La jurisprudence du CIRDI a évolué à cet égard. En effet, l'article 42 de la Convention de Washington de 1966 a été interprété comme donnant la priorité au droit interne face au droit international. De son côté, la jurisprudence arbitrale classique considérait que le droit international jouissait d'une compétence subsidiaire par rapport au droit interne. Cette position a été consacrée depuis l'affaire Klöckner contre Cameroun en 1984⁷⁹³ et elle a été réaffirmée à plusieurs reprises par la suite⁷⁹⁴. Selon cette jurisprudence, le recours au droit international concerne les cas où le droit interne souffrirait de lacunes ou s'il y a des points de divergences avec les principes constituant le droit international, situation nécessitant d'être rectifiée à l'aune du droit international.

⁷⁹¹ Tel est le cas de la Sentence CIRDI, 25 janvier 2000, Emilio Augusto Mafezzini c. / Espagne, décision sur la compétence, aff. n° ARB/97/7, point 54.

⁷⁹² **REEVES (J.)**, « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? », *op. cit.* p. 7.

⁷⁹³ Sentence CIRDI, 21 octobre 1983, Klöckner Industrie-Angalen GmbH et autres c. / République du Cameroun, aff. n° ARB/81/2, sentence du 21 octobre 1983, § 69.

⁷⁹⁴ **REEVES (J.)**, « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? », *op. cit.*, p. 12.

Or, cette position arbitrale classique a évolué pour revenir à l'esprit qui a dominé la rédaction de la Convention de Washington, comme le montre ses travaux préparatoires⁷⁹⁵. Les tribunaux arbitraux ont commencé à adopter une position plus favorable au droit international et la sentence Wena c. / Egypte⁷⁹⁶ en est une illustration. L'application du droit international n'est plus subordonnée à la constatation de lacunes dans le droit interne ou à la contradiction constatée entre le droit interne et le droit international. Le tribunal peut décider d'appliquer le droit international même si ce dernier est en conflit avec le droit interne⁷⁹⁷ puisque l'arbitre possède cette liberté. Autrement dit, la hiérarchie des normes qui a été suivie pendant une période, a cessé de produire ses effets au fil du temps.

La faculté de l'arbitre d'appliquer au litige d'investissement le droit interne ou le droit international renforce son autonomie dans la mesure où il peut se référer aux dispositions applicables, sans être prisonnier d'un choix binaire. Cela lui permet de tenir compte du droit européen ou au contraire de l'exclure.

B/ La prise en compte du droit européen par l'arbitre en tant que fait

Ce qui précède montre que la qualification du droit européen en droit interne ou en droit international, n'affecte pas sa pertinence, ni la mise en œuvre de certaines dispositions du droit européen⁷⁹⁸, bien que cette qualification affecte en revanche, la force juridique du droit européen. En effet, si le tribunal décide d'appliquer le droit interne de l'Etat membre, il ne peut contourner la réalité selon laquelle le droit européen fait partie de son propre droit interne. Par conséquent, le tribunal n'a pas pour obligation d'examiner l'« articulation »⁷⁹⁹ du droit européen avec le droit international. Il limite son contrôle à vérifier la « conformité »⁸⁰⁰ du droit européen avec le droit international. De ce point de vue, le droit européen considéré comme un droit interne, jouit de sa primauté classiquement accordée. Toutefois, dans le cas où le tribunal déciderait d'appliquer le droit international alors qu'il considère le droit européen comme faisant partie du droit international, il paraît raisonnable de rejeter toute démarcation du droit européen, par rapport aux autres sources du droit international. De fait,

⁷⁹⁵ *idem*.

⁷⁹⁶ Sentence CIRDI, 5 février 2002, Wena c. / Egypte, recours en annulation, aff. n° ARB/98/4, §§ 40 et s.

⁷⁹⁷ **REEVES (J.)**, « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? », *op. cit.*, pp. 12-13.

⁷⁹⁸ Pour l'arbitre international, qualifier le droit européen en droit international ou interne, constitue un prérequis qu'il faut trancher, avant de procéder à la résolution du litige principal : **REEVES (J.)**, « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? », *op. cit.*, p. 13.

⁷⁹⁹ **REEVES (J.)**, « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? », *op. cit.*, p. 14.

⁸⁰⁰ *idem*, p. 14.

le droit européen s'applique comme une norme internationale, dénuée de toute supériorité vis-à-vis des autres normes du droit international. Dans ce contexte, le tribunal doit « *procéder à un ordonnancement des différentes normes les unes par rapport aux autres* »⁸⁰¹ et le droit européen en est une parmi d'autres.

Il en résulte que le droit européen ne constitue pas un passage obligé pour le tribunal arbitral et l'arbitre peut ne pas le choisir pour régler le litige dont il est saisi, ce fut le cas dans l'affaire *Electrabel*. En l'occurrence, le tribunal arbitral chargé du litige opposant un investisseur à la Hongrie, a considéré que la nature du droit européen lui permettait de prendre trois formes simultanément : interne puisqu'il faisait partie du droit hongrois, international puisque institué par des conventions internationales et *sui generis* puisque ayant l'Union européenne comme champ d'application⁸⁰². Pour pouvoir faire un choix parmi ces possibilités, le tribunal a fait valoir qu'il était constitué et régi par le droit international⁸⁰³. Par conséquent, le droit européen ne pouvait occuper une place prépondérante devant le tribunal arbitral, à l'instar de la place centrale occupée au sein de l'ordre juridique européen. Appartenant au droit international et étant étranger au système européen, le tribunal a avancé qu'il n'était pas tenu de respecter la primauté du droit européen, par rapport aux autres sources du droit international⁸⁰⁴. Le tribunal est alors arrivé à la conclusion que le droit européen était apte à être conçu comme droit interne, puisqu'il entraînait dans la composition du droit hongrois et surtout comme droit international. En effet, les principales fonctions et caractéristiques du droit international correspondent au droit européen, sans que ce dernier présente une quelconque particularité⁸⁰⁵. Le tribunal n'a dès lors, trouvé aucune raison de considérer le droit européen sous un autre angle que l'angle du droit international. De surcroît, que le droit européen fasse partie du droit interne de l'Etat membre ne faisait pas obstacle à sa qualification en droit international et il devait en conséquence être traité comme tel⁸⁰⁶.

Dans sa démarche de fonder sa position, le tribunal a fait référence à un arrêt rendu par la CJUE, dit *arrêt Kadi*, mentionnant en particulier, les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, qui avait mis en évidence que le droit européen pouvait être considéré sous la forme

⁸⁰¹ *idem*

⁸⁰² Sentence CIRDI, 30 novembre 2012, *Electrabel c. / Hongrie*, décision sur la compétence, droit applicable et responsabilité, aff. n° ARB/07/19, § 4.20.

⁸⁰³ *idem*, § 4.112.

⁸⁰⁴ *idem*.

⁸⁰⁵ *idem*, §§ 4.117 et s.

⁸⁰⁶ *idem*, §§ 4.125 et 4.126.

du droit interne aussi bien que du droit international⁸⁰⁷. Se fondant sur cette déclaration, le tribunal a justifié son ralliement à la thèse du droit international⁸⁰⁸ en omettant de clarifier la position de l'avocat général. Pour autant, ce dernier avait pris soin de préciser qu'en cas de conflit entre le droit européen et le droit international, la balance devait pencher vers la primauté du droit européen compte tenu de son autonomie⁸⁰⁹. S'ajoute à l'imprécision des conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, que le tribunal a fait abstraction du dispositif de l'arrêt dans lequel la Cour de justice a expressément statué que le droit européen constituait un « *système juridique autonome auquel un accord international ne saurait porter atteinte.* »⁸¹⁰ Cela signifie que la conclusion à laquelle voulait arriver le tribunal en citant l'arrêt, est en total désaccord avec la conclusion à laquelle est arrivée la Cour de Justice⁸¹¹. En fin de compte, le tribunal voulait démontrer que le droit européen ne constituait pas une partie intégrante de la Charte de l'énergie, qu'il devait être considéré comme un fait⁸¹² et que ce second point ne permettait pas à la Hongrie de se retrancher derrière ce droit, pour justifier la mesure contestée par l'investisseur.

Qualifier le droit européen à la fois comme un droit international et comme un fait, dénote une autonomie considérable de l'arbitrage. Cela veut dire que le traité d'investissement est la référence principale à laquelle revient le tribunal, pour justifier la force normative qu'il attribue aux autres normes applicables. Peu importe que ces normes relèvent du droit international.

En tout état de cause, il convient de préciser que les arbitres n'entendent pas écarter le droit européen délibérément. Ils interagissent avec le droit européen et profitent des bénéfices qui découlent de cette interaction. La particularité à souligner dans l'attitude arbitrale est qu'elle garde toujours à l'esprit de se déclarer compétente pour traiter les litiges d'investissement en

⁸⁰⁷ Conclusions de l'avocat général M. M. Poiares Maduro, sous CJUE, 16 janvier 2008, aff. jointes C-402/05 et C-415/05, Kadi et Al Barakaat International Foundation c. / Conseil et Commission, *Rec.*, 2008, p. I-6351, points 21 et s.

⁸⁰⁸ Sentence CIRDI, 30 novembre 2012, décision sur la compétence, droit applicable et responsabilité, Electrabel c. / Hongrie, aff. n° ARB/07/19, § 4.117.

⁸⁰⁹ Conclusions de l'avocat général M. M. Poiares Maduro, sous CJUE, 16 janvier 2008, aff. jointes C-402/05 et C-415/05, Kadi et Al Barakaat International Foundation c. / Conseil et Commission, *Rec.*, 2008, p. I-6351, point 24.

⁸¹⁰ CJCE, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation c. / Conseil et Commission, aff. jointes C-402/05 et C-415/05, *Rec.*, 2008, p. I-6351, point 316.

⁸¹¹ **REEVES (J.)**, « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? », *op. cit.*, p. 15.

⁸¹² Sentence CIRDI, 30 novembre 2012, décision sur la compétence, droit applicable et responsabilité, Electrabel c. / Hongrie, aff. n° ARB/07/19, §§ 4.127 - 4.129.

application des traités d'investissement, ce qui mérite d'être approuvé. En d'autres termes, les arbitres tiennent compte du droit européen lorsqu'ils interprètent le traité d'investissement pour lequel ils sont saisis. Ainsi, dans l'affaire Micula, le tribunal arbitral a-t-il clairement dit qu'il « *finds that, factually, the general context of EU accession must be taken into account when interpreting the BIT. In particular, the overall circumstances of EU accession may play a role in determining whether the Respondent has breached some of its obligations under the BIT* »⁸¹³.

Force est de constater que la prise en compte du droit européen par les tribunaux arbitraux peut aller jusqu'à débouter l'investisseur de toutes ses revendications, à condition que le traité d'investissement amène au même résultat que le droit européen. Dans l'affaire Electrabel, le tribunal avait déclaré que les objectifs du droit européen s'inséraient dans les objectifs du traité sur la Charte de l'énergie quant à la lutte contre les comportements anti-concurrentiels, y compris les dispositions portant sur les aides de l'Etat. Par conséquent, l'investisseur n'a pas pu avoir d'attentes légitimes permettant l'exclusion du droit européen, en se prévalant de l'application du traité sur la Charte de l'énergie. Dans le cas présent, le tribunal a précisément dit qu'il « *concludes that the objectives of the ECT [The Energy Charter Treaty] and EU [European Union] laws were and remained similar as regards anti-competitive conduct, including unlawful State aid. Foreign investors in EU Member States, including Hungary, cannot have acquired any legitimate expectations that the ECT would necessarily shield their investments from the effects of EU law as regards anti-competitive conduct* »⁸¹⁴.

Dans le même ordre d'idées, dans l'affaire AES Summit, le tribunal arbitral a qualifié le droit européen en un fait dont l'invocation n'était pas de nature à dispenser les Etats européens de leurs obligations internationales souscrites par la voie d'un TBI⁸¹⁵. Dans l'affaire Micula, une

⁸¹³ Sentence CIRDI, 11 décembre 2013, aff. n° ARB/05/20, Ioan Micula, Viorel Micula, S. C. European Food SA, S. C. Starmill SRL and A. C. Multipack SRL c. / Roumanie, § 327 ; *Rev. arb.*, 2014, p. 330, note Lemaire (S.).

⁸¹⁴ Sentence CIRDI, 30 novembre 2012, décision sur la compétence, droit applicable et responsabilité, Electrabel c. / Hongrie, aff. n° ARB/07/19, § 4.141. Le tribunal a cité l'article 6 du Traité sur la Charte de l'énergie pour fonder sa décision selon laquelle « 1. *Chaque partie contractante oeuvre en vue de lutter contre les distorsions de marché et les entraves à la concurrence dans les activités économiques du secteur de l'énergie.* 2. *Chaque partie contractante s'assure que, dans les limites de sa juridiction, elle a et applique les dispositions législatives nécessaires et appropriées pour faire face à tout comportement anticoncurrentiel unilatéral et concerté dans les activités économiques du secteur de l'énergie* » : Sentence CIRDI, 30 novembre 2012, Décision sur la compétence, droit applicable et responsabilité, Electrabel c. / Hongrie, aff. n° ARB/07/19, § 4.137.

⁸¹⁵ Sentence CIRDI, 23 septembre 2010, AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömu Kft c. / Hongrie, aff. n° ARB/07/22, § 7.6.6.

autre logique a été invoquée par le tribunal en vue de donner effet à un TBI. Que le TBI appliqué par le tribunal ne fasse pas référence à l'intégration de la Roumanie à l'Union européenne, a permis au tribunal d'adopter une logique séquentielle, prenant comme point de départ le moment de la conclusion du TBI, c'est à dire antérieurement à l'adhésion de la Roumanie à l'Union. Parallèlement, le tribunal ajoute que l'accord conclu avec l'Union européenne n'aborde pas la question des TBI conclus par la Roumanie⁸¹⁶.

Il convient de préciser que dans cette affaire, le tribunal a affirmé son autonomie par rapport au droit européen. En effet, il n'a pas pris en compte les observations de la Commission qui font état des conséquences susceptibles de découler de l'inapplication du droit européen. Le tribunal ne s'est pas laissé influencer sur l'issue du litige, par une application éventuelle des dispositions juridiques provenant du droit européen⁸¹⁷.

Force est de constater que les arbitres affirment leur position autonome, sans pour autant adopter une approche hostile du droit européen car ils évitent d'opposer le droit européen aux traités d'investissement.

§II- Le refus des arbitres d'opposer le droit européen au droit international de l'investissement

Si les tribunaux arbitraux ne cherchent pas à opposer le droit européen au droit international, ils cherchent à utiliser le droit européen comme critère d'évaluation de la conformité des mesures prises par l'Etat membre au droit international. En d'autres termes, le tribunal ne se donne pas le droit d'examiner la validité du droit européen mais il se donne le droit d'évaluer le comportement de l'Etat concerné à l'aune du droit européen. Ainsi, « *c'est le comportement en propre de l'Etat qui est examiné par les tribunaux, pas la validité du droit de l'Union. Ce dernier n'intervient que pour déterminer la rationalité ou la transparence des mesures prises par les Etats* »⁸¹⁸.

⁸¹⁶ Sentence CIRDI, 11 décembre 2013, aff. n° ARB/05/20, Ioan Micula, Viorel Micula, S. C. European Food SA, S. C. Starmill SRL and A. C. Multipack SRL C. Roumanie, § 321 ; *Rev. arb.*, 2014, p. 455, note Lemaire (S.).

⁸¹⁷ **REEVES (J.)**, « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? », *op. cit.*, p. 10.

⁸¹⁸ *idem.*, p. 16.

Les arbitres ont une approche réaliste du droit européen car il existe et ne peut être ignoré. Leur approche également pragmatique leur permet de ne pas lui accorder une primauté précipitée, à chaque fois qu'il s'oppose à un traité d'investissement, sous prétexte que le droit européen organise les relations entre un groupe d'Etats. C'est la raison pour laquelle les arbitres refusent d'adopter l'interprétation systémique des conventions internationales (A). Ce refus d'opposer le droit européen au droit international passe aussi par la défense des arbitres, de leur titre de compétence lorsque le droit européen est impliqué. En fait, les arbitres refusent de renoncer à leur compétence sous prétexte qu'ils ne sauraient appliquer ou interpréter le droit européen (B).

A/ Le refus de l'interprétation systémique visant à consacrer la primauté du droit européen

Pour l'arbitre d'investissement, le droit européen sert à « *évaluer le comportement de l'Etat* »⁸¹⁹. De fait, l'arbitre ne peut ignorer les dispositions d'un traité d'investissement, ne serait-ce que parce que le droit européen y est un facteur parmi d'autres qui permettent à l'arbitre de trancher le litige.

Pour garder ses distances avec la primauté du droit européen, l'arbitre adopte l'interprétation littérale des conventions internationales. Cette méthode d'interprétation a pour objet de soutenir les Etats, pour qu'ils ne concluent pas de traités internationaux vainement et que le respect de ces traités s'impose. Le fondement retenu par les tribunaux arbitraux pour justifier cette tendance, réside dans l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. C'est l'article auquel font référence les tribunaux lorsqu'ils sont confrontés à des revendications divergentes, sur la base d'une norme internationale⁸²⁰. Dans un sens, cette méthode correspond à celle poursuivie par la Cour de Justice, puisque cette dernière adopte la règle d'interprétation littérale, comme élément essentiel et partie intégrante de l'ordre juridique européen⁸²¹. Pour autant, cette méthode de raisonnement est remise en cause par la

⁸¹⁹ *idem*.

⁸²⁰ En ce sens : REEVES (J.), « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? », *op. cit.*, p. 17.

⁸²¹ Par exemple, CJUE, 25 février 2010, Firma Brita GmbH c. / Hauptzollamt Hamburg-Hafen, C-386/08, *Rec.* p. I-1289, points 42 et s.

Cour de Justice qui a inclus à sa jurisprudence par l'introduction de la *ratio legis* comme méthode d'interprétation, ce qui rime avec une « *méthode interprétative dite systémique* »⁸²².

Quant à l'approche choisie par le tribunal dans l'affaire *Electrabel*, elle relève d'une interprétation « *littérale et téléologique* »⁸²³ et s'éloigne de l'interprétation « *systémique* »⁸²⁴ qui caractérise la jurisprudence de la Cour de Justice. L'adoption de l'interprétation systémique donnerait au tribunal arbitral la possibilité d'imposer sa propre analyse, sans être lié à la volonté première des rédacteurs constituant la convention de référence, ni à la volonté des parties de délimiter la compétence du tribunal. En revanche, l'adoption de l'interprétation littérale permet au tribunal de s'affranchir de la jurisprudence, dans la mesure où l'interprétation faite d'un texte par d'autres tribunaux, n'est pas de caractère contraignant bien que les tribunaux CIRDI fassent référence à d'autres sentences quand ils se prononcent sur des affaires ayant des éléments similaires⁸²⁵. Faisant le choix de l'interprétation littérale, le tribunal opte davantage pour un strict respect des dispositions des traités d'investissement et davantage pour un affranchissement des objectifs escomptés de l'application des traités européens⁸²⁶.

Au cours de la procédure arbitrale conduisant à la sentence *Electrabel*, la Commission a présenté dans son mémoire d'*amici curiae*, les motifs militant pour une « *interprétation harmonieuse* »⁸²⁷ des conventions internationales, arguant que cette méthode d'interprétation constituait la norme du droit des traités, en vertu de l'article 31 de la Convention de Vienne. L'investisseur a contesté la consécration de ce principe qu'est l'application générale en droit international, sans pour autant remettre en cause la praticité du même principe, dans le contexte litigieux des parties⁸²⁸. Le tribunal a partagé le point de vue de l'investisseur, dans la mesure où la mise en œuvre du principe devait être sous la dépendance de l'appréciation arbitrale, en fonction des circonstances. En d'autres termes, l'interprétation harmonieuse ne

⁸²² REEVES (J.), « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? », *op cit.*, p. 17.

⁸²³ *idem.*

⁸²⁴ *idem.*

⁸²⁵ *idem.*

⁸²⁶ Le danger à éviter est que « l'interprète qui retient une interprétation systémique et évolutive d'une convention internationale, alors que celle-ci ne le prévoit pas, considère que son opinion vaut plus que ce que veulent les Etats souverains et, si ces derniers sont des démocraties, que son opinion vaut davantage que celle des peuples représentés. » : REMY (B.), note sous Sentence CIRDI, 11 décembre 2013, Ioan Micula, Viorel Micula, S. C. European Food SA, S. C. Starmill SRL and A. C. Multipack SRL c. / Roumaine, aff. n° ARB/05/20 : JDI, n° 1, Janvier 2014, chronique 2, § 2.

⁸²⁷ Sentence CIRDI, 30 novembre 2012, décision sur la compétence, droit applicable et responsabilité, *Electrabel c. / Hongrie*, aff. n° ARB/07/19, §§ 4.107 et s.

⁸²⁸ *idem.*, § 4.43.

s'élève pas au niveau d'un principe général. En l'espèce, le tribunal l'a adoptée parce que les éléments conduisant à la création du traité sur la Charte de l'énergie, le permettaient.

D'autres considérations ont contribué à favoriser l'attitude du tribunal. Premièrement, il a relevé qu'il est incohérent que l'Union européenne adhère à un traité dont les dispositions contredisent le droit européen. Pour le tribunal, il est sensé de supposer que l'Union a pris une telle initiative après avoir étudié l'harmonisation des normes en présence, ce qui l'a amené à conclure à l'absence de contradiction. Dès lors, la coexistence des normes était présumable. Deuxièmement, le tribunal a mis en relief que l'élimination des pratiques anticoncurrentielles constitue un point de convergence recherché à la fois par le droit européen et le traité sur la Charte de l'énergie. Dans le but de démontrer le bien-fondé de sa position, le tribunal a fait appel aux conclusions de l'avocat général dans l'affaire Commission contre Slovaquie, lorsqu'il écrit que la finalité « *de la politique énergétique de l'Union est de permettre l'ouverture des marchés et la création de conditions de concurrence équitables par la suppression du traitement préférentiel accordé aux anciens monopoles, de sorte à accroître la concurrence sur le marché* »⁸²⁹. Troisièmement, le tribunal souligne que le traité sur la Charte de l'énergie donne effet aux décisions émanant de l'Union européenne, en reconnaissant l'autorité que l'Union a sur les Etats membres. En conséquence, les investisseurs se trouvent privés de la possibilité de se prévaloir de l'extériorité de la décision européenne, par rapport au périmètre juridique dans lequel s'applique le traité sur la Charte de l'énergie. Cette conclusion arbitrale montre que le tribunal a refusé de placer la solution du différend dans la catégorie du conflit de normes et qu'il a alors refusé d'opter pour l'une plutôt que pour l'autre⁸³⁰.

L'abstention du tribunal d'opposer le traité sur la Charte de l'énergie au droit européen n'est pas appropriée pour gérer le conflit des normes selon un auteur. D'après lui, la relation entre le traité sur la Charte de l'énergie, dont l'un des objectifs est la protection des investisseurs et le droit européen, ne doit pas être problématique. L'argument qu'il avance consiste à dire que le traité sur la Charte de l'énergie contient un article qui donne la priorité d'application à la norme la plus avantageuse pour l'investisseur, en cas de conflit entre le traité sur la Charte et d'autres normes. L'article 16 qui trouve à s'appliquer dans la rencontre entre le droit européen

⁸²⁹ M. Niilo Jääskinen, conclusions sous CJUE, 15 mars 2011, Commission c. / Slovaquie, aff. C-264/09, *Rec.*, p. I-8065, point 50.

⁸³⁰ REEVES (J.), « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? », *op. cit.*, pp. 18-19.

et le traité sur la Charte, constitue la norme offrant une meilleure protection à l'investisseur que le droit européen ne le fait. Ensuite, l'exclusion de l'application de ce traité au profit du droit européen, aurait des effets négatifs vis-à-vis des investisseurs. A partir de ce constat, la discussion est close et le traité sur la Charte de l'énergie prime sur le droit européen⁸³¹.

Il apparaît que ce raisonnement soit adéquat avec la méthode d'interprétation littérale, puisque la solution est fondée sur une disposition assez claire, incluse dans l'une des conventions conflictuelles. Pourtant, il semble que les arbitres ne veuillent pas heurter le droit européen aussi frontalement.

Quoi qu'il en soit, l'interprétation littérale des dispositions qui relèvent des traités internationaux ayant pour objet de protéger les investisseurs, fait partie de l'arsenal juridique dont dispose l'arbitrage, pour se défendre de toute ingérence provenant d'autres traités internationaux. Cette faculté permet de préserver une marge de manœuvre lors du règlement des litiges et elle incite l'arbitre qui constate un conflit entre les dispositions de deux conventions internationales, de rechercher la solution dans la volonté réelle des parties au traité problématique. La solution la plus simple est que le traité contienne une clause de compatibilité. A défaut, il sera nécessaire de s'engager dans un processus d'inspection visant à tirer l'intention des parties au clair, ce qui permettra d'en extraire la position des auteurs à l'origine du traité et de résoudre le conflit. Si l'intention des auteurs reste toujours obscure, il faudra trouver un autre moyen juridique apte à fournir une réponse adéquate⁸³², sans aller jusqu'à l'interprétation systémique.

En appliquant cette approche analytique à la relation entre le droit européen et les traités d'investissement, l'absence de dispositions juridiques instaurant la prédominance du droit européen au sein des traités d'investissement conclus par les Etats membres empêche de soutenir que le droit européen prime sur les traités d'investissement. Cela a pour effet de rendre intenable la reconnaissance de cette supériorité, ce qui permet de dire que les traités d'investissement et le droit européen relèvent de fait, d'un pouvoir normatif équivalent. La perception selon laquelle le droit européen est conçu comme prédominant, doit prévaloir à

⁸³¹ **ANOU (G.)**, « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI - Etude par Gérard Anou », *op. cit.*, § 17.

⁸³² *idem*, § 27.

l'intérieur du système européen, sans avoir d'impact sur le système juridique international incarné par l'arbitre⁸³³.

Il convient d'ajouter qu'en refusant de reconnaître la primauté du droit européen par rapport aux traités d'investissement et en refusant d'adopter l'interprétation systémique, l'arbitre refuse également toute exclusion injustifiable de leur compétence, dans les matières intéressant le droit européen. Par ailleurs, l'arbitre sait se montrer flexible quand le litige exige l'application de dispositions relevant du droit européen dont l'arbitrabilité n'est pas contestée, voire incontestable. C'est là une partie de son autonomie qu'il veille à consacrer et une façon de rejeter l'opposition du droit européen au droit international d'investissement.

B/ La défense des arbitres de leur titre de compétence

La résistance de l'arbitrage aux tentatives de soumission venant des institutions européennes, ne se limite pas au rejet de la primauté du droit européen par rapport au droit international. Elle s'étend à la question de l'application du droit européen. Les tribunaux arbitraux optent pour la mise en œuvre du droit européen si les éléments du litige les orientent dans ce sens. Cette indépendance revendiquée par l'arbitrage passant par la reconnaissance de la compétence d'un tribunal arbitral international, n'est en aucune manière fonction de l'approbation des traités européens⁸³⁴. C'est en ce sens que s'est exprimé un tribunal arbitral lorsqu'il a énoncé que « *the argument that the ECJ [European Court of Justice] has an 'interpretative monopoly' and that the Tribunal therefore cannot consider and apply EU [European Union] law, is incorrect. The ECJ has no such monopoly. Courts and arbitration tribunals throughout the EU interpret and apply EU law daily. What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law: but that is quite different. Moreover, even final courts are not obliged to refer questions of the interpretation of EU law to the ECJ in all cases. The acte clair doctrine is well established in EU law* »⁸³⁵.

Pour préserver leur autonomie vis à vis des institutions européennes, les tribunaux arbitraux considèrent que le non-respect des TBI au profit du droit européen, remet en question l'objectif recherché de ces mêmes TBI : la possibilité de sanctionner toute atteinte potentielle

⁸³³ En ce sens : **REEVES (J.)**, « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? », *op cit.*, p. 11.

⁸³⁴ **REEVES (J.)**, « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? », *op cit.*, p. 6.

⁸³⁵ Sentence CIRDI, 30 novembre 2012, décision sur la compétence,, Electrabel c. / Hongrie, aff. n° ARB/07/19, § 4. 147.

à un investissement générée par une attitude blâmable de l'Etat d'accueil. Cette idée a été mise en évidence par un tribunal arbitral lors d'un litige opposant un investisseur néerlandais à la Tchéquie. En l'espèce, la Tchéquie avait mis en place une nouvelle régulation pour protéger les producteurs nationaux de betteraves, en instaurant des allocations quotas. De son côté, l'investisseur néerlandais *Eastern Sugar* s'est estimé victime de cette mesure qui favorisait les cultivateurs nationaux au détriment des entreprises étrangères. Il a alors engagé une procédure d'arbitrage avec l'institut d'arbitrage de Stockholm⁸³⁶. Pendant le déroulement de la procédure arbitrale, la Commission européenne est entrée en contact avec les autorités tchèques pour rappeler que le droit européen primait sur les traités bilatéraux d'investissement. Dans cette communication sous forme de lettre reproduite dans la procédure arbitrale, la Commission tenait à souligner que si les parties insistaient sur l'application des moyens de règlement prévus dans le traité d'investissement, la solution à apporter devait être puisée dans le droit communautaire, le tribunal arbitral étant lié par le droit communautaire.

Or le tribunal arbitral n'a pas suivi la Commission dans son raisonnement, soutenant qu'elle n'avait pas ouvert de procédure en manquement à leurs obligations européennes à l'encontre des Etats membres, parties au traité, à savoir les Pays-Bas et la Tchéquie. Il n'a pas non plus considéré sa lettre comme contraignante. En revanche, il a fait remarquer que la Commission elle-même, avait fait référence à cette réalité lorsqu'elle avait énoncé qu'apporter des réponses aux questions complexes du droit européen, était la mission d'une autorité judiciaire et qu'elle n'en faisait pas partie. Finalement, le tribunal a dit que l'adhésion de la Tchéquie à la Communauté européenne n'affecte pas sa compétence pour trancher le litige selon le traité d'investissement. Il a également noté qu'il n'était pas pertinent que la conclusion du TBI précède l'adhésion de la Tchéquie à la Communauté. Il lui appartenait d'atteindre l'objectif attendu du traité qui se traduisait par la protection de l'investisseur. Le tribunal a mis en relief l'objectif du TBI en statuant que « *an investor's right arising from BITs [bilateral investment treaties] dispute settlement clause to address an international arbitral tribunal independent from the host State is the best guarantee that the investment will be protected against*

⁸³⁶ Sentence arbitrale partielle, SCC n° 088, 2004, Institut d'arbitrage de Stockholm, Chambre de commerce, Arbitrage ad hoc de la CNUDCI, concernant un accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements entre les Pays-Bas et la République tchèque, citée par **HANCHER (L.)**, « Arbitrating EU State Aid Issues », in *EU and US antitrust arbitration: A Handbook for practitioners*, Gordon Blanke & Phillip Landolt (eds), volume 1, Kluwer Law international, Great Britain, 2011, pp. 1009-1010.

*potential undue infringement by the host State. EU law does not provide such a guarantee »*⁸³⁷.

Il ressort de la jurisprudence arbitrale que les arbitres confirment la responsabilité des Etats membres de l'Union européenne, dans les cas où le droit européen se veut applicable aux litiges d'investissement. Plus généralement, *« le simple fait qu'un Etat agisse sur la base d'une obligation résultant de son appartenance à une organisation internationale ne le dégage pas ipso facto de sa propre responsabilité internationale : le principe du contrôle normatif ne joue pas sur l'attribution d'un fait illicite, mais simplement sur la répartition de la responsabilité »*⁸³⁸.

Quand il s'agit d'appliquer le droit européen d'ailleurs, les tribunaux arbitraux savent qu'il y a des limites qu'ils ne peuvent dépasser, en raison de la nature de la matière européenne concernée. Ainsi, les pouvoirs dont disposent les tribunaux arbitraux d'investissement dans des matières qui côtoient le droit européen comme la matière des aides de l'Etat, sont circonscrits. Par exemple, un tribunal arbitral n'est pas en mesure de déclarer que l'aide de l'Etat examinée est compatible avec le droit européen, puisque cela relève de la compétence exclusive de la Commission européenne. Il peut en revanche décider que cette aide bénéficie de l'une des exemptions prévues par le Règlement de 2008⁸³⁹, édicté en application des dispositions européennes relatives aux aides de l'Etat⁸⁴⁰. Par ailleurs, un tribunal arbitral peut dans certains cas, statuer si l'aide est considérée comme une compensation d'un service d'intérêt général, en prenant l'article 106 (3) du TFUE comme fondement juridique et exclure en conséquence, la qualification en aide de l'Etat, ce qui permet d'exempter l'Etat de notifier cette aide à la Commission, comme le prévoit l'article 106 (2) du TFUE⁸⁴¹.

⁸³⁷ Sentence arbitrale partielle, SCC n° 088, 2004, Institut d'arbitrage de Stockholm, Chambre de commerce, Arbitrage ad hoc de la CNUDCI, concernant un accord sur l'encouragement et la protection réciproque des investissements entre les Pays-Bas et la République tchèque, citée par **HANCHER (L.)**, « Arbitrating EU State Aid Issues », in *EU and US antitrust arbitration: A Handbook for practitioners*, Gordon Blanke & Phillip Landolt (eds), volume 1, Kluwer Law international, Great Britain, 2011, p. 1009.

⁸³⁸ **MULLER (D.)**, « Union européenne et responsabilité internationale » : *Mel. en l'honneur de Patrick DAILLIER*, « Union européenne et droit internationale », CEDIN, Editions Pedone, Paris, 2012, p. 355.

⁸³⁹ Règlement (CE) n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché commun, en application des articles 87 et 88 du traité (Règlement général d'exemption par catégorie), *Journal officiel*, L 214/3, 9 août 2008.

⁸⁴⁰ **HANCHER (L.)**, « Arbitrating EU State Aid Issues », *op. cit.*, p. 991.

⁸⁴¹ *idem*, p. 978.

Dans le même ordre d'idées, un tribunal arbitral peut statuer sur une aide de l'Etat en déterminant s'il s'agit d'une nouvelle aide ou d'une aide déjà existante. Cela permet de décider si la mesure prise par l'Etat de l'Union européenne est sujette à la procédure de la notification auprès de la Commission. Mais cela ne signifie pas que les tribunaux arbitraux ou les cours nationales aient le pouvoir de statuer sur la compatibilité de l'aide avec le droit européen⁸⁴².

En prenant conscience de ses limites d'arbitrabilité, l'arbitre n'empiète pas sur l'autorité des autres institutions européennes, sans renoncer pour autant, à trancher le litige s'il exige la mise en œuvre du droit européen. En outre, en reconnaissant l'importance des traités d'investissement dans le développement des investissements et la sécurité des investisseurs, l'arbitre protège sa compétence qu'il ne cède pas aux juridictions européennes.

⁸⁴² *idem*, p. 994.

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'arbitre est en mesure de conjuguer l'application des traités d'investissement et le droit européen de la concurrence sans heurter l'ordre juridique européen. C'est l'image que l'arbitre d'investissement veut donner de l'interaction entre les deux normes. Néanmoins, en étudiant de plus près la réalité des choses, il apparaît que l'arbitre donne la priorité aux traités d'investissement desquels il tient sa compétence. Lorsqu'il décide de tenir compte du droit européen de la concurrence et en particulier, des dispositions des aides de l'Etat pour construire l'issue du litige, il oppose la disposition contenue dans le traité d'investissement permettant ce résultat. Cela signifie que sa première et sa dernière référence sont les traités d'investissement.

L'arbitre qui décide d'appliquer ou non le droit européen, oppose des principes juridiques d'ordre général, tels que la protection des investisseurs ou la reconnaissance automatique des sentences qu'il rend sous les auspices du CIRDI. Cela prouve que la règle générale qu'adopte l'arbitre et par laquelle il est lié, est la nécessité de respecter le traité d'investissement et donner plein effet à ses dispositions, sans considérer les politiques étatiques édictées à travers le droit européen.

Plusieurs moyens s'offrent à l'arbitre et lui permettent de faire primer les traités d'investissement sur le droit européen de la concurrence. La qualification du droit européen en droit interne ou en droit international constitue l'un de ces moyens ; le traitement du droit européen en tant que fait, en est un autre.

Nonobstant, cela ne signifie pas que la position de l'arbitre soit aussi tranchée. Des tribunaux arbitraux donnent au droit européen de la concurrence une importance allant jusqu'à justifier une mesure prise par un Etat de l'Union, pour se conformer aux dispositions de ce droit.

En fin de compte, l'arbitre ne se laisse pas influencer de façon considérable par des pressions des institutions européennes visant à supprimer ou à réduire au maximum son autonomie. Il faut reconnaître cependant que l'arbitre n'est pas indifférent lorsque le litige qu'il tranche a un rapport étroit avec un intérêt public impératif. La prise en compte par l'arbitre, du droit européen en tant que fait, ouvre la porte à l'exposition d'intérêts publics sous-jacents, de façon qu'il puisse décider de donner raison à un Etat ayant pris une mesure étatique pour atteindre un intérêt européen jugé incontournable.

CHAPITRE II

LA DÉFENSE DES POLITIQUES DE CONCURRENCE

SOUS COUVERT DU TRAITÉ D'INVESTISSEMENT

L'absence d'une intersection entre le droit de la concurrence et le traité d'investissement est susceptible de porter atteinte à la protection des investissements étrangers, créant une discrimination à leur encontre et ce, au profit des entreprises nationales. Paradoxalement, il est difficile dans certaines circonstances, de dissocier les principes régissant le droit de la concurrence de ceux régissant le droit de l'investissement. L'essentiel est que la concordance entre la solution apportée par les deux branches de droit, soit possible. L'inobservation de cette nécessité peut signifier l'absence d'un raisonnement juridique valide. Même dans le cas où une hiérarchie d'intérêts généraux dans l'affaire est à établir, trancher le litige en instaurant une barrière entre les deux branches de droit, n'est pas approprié. En d'autres termes, si un intérêt général d'ordre supérieur justifie la mise à l'écart des principes tirés du droit de la concurrence, il ne faut pas s'appuyer sur les principes partagés par les deux droits pour trouver une réponse satisfaisante. En d'autres termes, une séparation totale entre les deux droits alors que certains de leurs principes ont des objectifs communs, n'est pas convaincante. L'arbitre doit placer le droit de la concurrence dans le cadre du traité d'investissement. En reconnaissant le lien qui les unit et leur influence mutuelle, il tirera les conséquences systématiques qui découlent de cette relation. S'il estime que la séparation entre les deux normes est nécessaire, il doit le faire en aval et non en amont tout en justifiant sa position. Cela lui permettra de dire que la prise en compte d'un intérêt général réel invoqué par l'Etat concerné, est suffisante pour exclure la logique concurrentielle, à condition de vérifier cet intérêt et de le mettre en relief.

Le danger qui découlerait de la dissociation du traité d'investissement et du droit de la concurrence est d'une part l'aggravation de l'absence d'uniformité de la jurisprudence arbitrale et d'autre part, la sentence arbitrale serait entachée de partialité au profit des Etats.

Ce sont les raisons pour lesquelles les principes du droit de la concurrence et des traités d'investissement ne peuvent être dissociés. Ces derniers garantissent en effet, un traitement uniforme vis-à-vis des concurrents, qu'il s'agisse d'entreprises nationales ou d'investisseurs étrangers.

Les dispositions appartenant aux règles d'investissement et correspondant aux règles du droit de la concurrence sont nombreuses. De façon générale, les traités d'investissement contiennent des principes dont l'intérêt est d'éviter la discrimination vis-à-vis des investisseurs étrangers, comme les principes de traitement national, de la nation la plus favorisée, du traitement juste et équitable, du traitement non discriminatoire. Ces principes sont plus ou moins liés aux concepts relevant du droit de la concurrence, de par leur incitation à un traitement égalitaire des investisseurs qui opèrent sur le marché. Dans les développements qui suivent, l'accent sera mis sur la disposition consacrant le principe du traitement national, car la teneur de ce principe est relativement délimitée et sa pertinence par rapport au droit de la concurrence, est avérée. Par ailleurs, ce principe échappe aux critiques contrairement au principe portant sur le traitement juste et équitable. En effet, ce dernier figure souvent dans les traités d'investissement et il lui est fait grief d'illustrer l'indétermination du droit international. Selon cette disposition, l'Etat d'accueil est tenu d'accorder ce traitement aux investisseurs étrangers, sans en donner exactement les contours⁸⁴³. Plus exactement, *« la justice et l'équité, auxquelles renvoie cette disposition, étant concepts susceptibles de variations presque absolues selon le contexte historique, sociologique et culturel, le contenu du "traitement juste et équitable" devient lui-même un signifiant vide, à l'intérieur duquel on va verser un contenu idéologique quelconque associé à une conception de la justice et de l'équité »*⁸⁴⁴.

Du reste, l'arbitre peut examiner de multiples principes appartenant aux règles d'investissement, sous la forme d'allégations plus ou moins liées au droit de la concurrence. Néanmoins, la disposition consacrant le traitement national reste la plus fréquente et la plus apte à faire le lien avec le droit de la concurrence.

Lorsque l'arbitre doit résoudre un différend relatif à une opération d'investissement à laquelle les dispositions applicables sont consacrées par le droit de la concurrence de l'Etat concerné et le traité d'investissement applicable, le raisonnement qu'il adopte peut le conduire à deux points de vue. Soit il déclare qu'il n'a pas été contrevenu au droit de la concurrence, ce qui veut nécessairement dire que le traité ne l'a pas été non plus (Section I), soit il considère que

⁸⁴³ **BACHAND (R.)**, « Indétermination du droit, légitimité des institutions et droit international de l'investissement », in *L'investissement et la nouvelle économie mondiale, Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, sous la direction de Mathieu Arès et Eric Boulanger, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 85.

⁸⁴⁴ *idem.*

le droit de la concurrence a bien été violé et dans ce cas, le traité d'investissement n'a pas été respecté non plus.

Si l'arbitre arrivait à une autre conclusion sans se référer à un autre intérêt général légitime dont l'effet est de l'empêcher d'appliquer le principe du traitement national et par ricochet, le droit de la concurrence, il devrait justifier son choix. Ses explications techniques pourraient laisser apparaître l'application de pouvoirs autoritaires par l'arbitre et sa complaisance à l'égard de l'Etat concerné se révélerait patente (Section II).

SECTION 1 - PRIVER UN INVESTISSEUR DE SA PART DE MARCHÉ EST CONSTITUTIF D'UNE VIOLATION DU PRINCIPE DU TRAITEMENT NATIONAL

Avec la mondialisation, les Etats ont suivi les évolutions économiques qui accompagnent cette révolution, jouant un rôle positif par la création d'environnements économiques attractifs pour les investisseurs étrangers. Une sorte de concurrence entre les Etats s'est installée. De fait, ils ont compris tout l'intérêt de créer les conditions transformant leur « *espace économique* »⁸⁴⁵ en des escales incontournables où des entreprises compétitives s'établissent pour participer aux opérations économiques actives sur les « *réseaux économiques internationaux* »⁸⁴⁶.

Dès lors, l'importance de l'interaction entre les Etats et les entreprises multinationales, est évidente et leur alliance, une réalité. Elles poussent les entreprises à être compétitives, faisant montre d'un certain interventionnisme pour atteindre leurs objectifs. C'est l'Etat qui assurera la compétitivité entre entreprises, en encourageant les innovations et l'amélioration de la qualité des produits ou services qu'elles proposent et cela passe par la concurrence. De plus, la rencontre entre un Etat et une entreprise multinationale, deux « *acteurs oligopolistiques* »⁸⁴⁷, peut s'exercer « *sur deux plans, parfois sur celui de la rivalité-compétition, parfois sur celui*

⁸⁴⁵ **RIOUX (M.)**, « Théories des firmes multinationales et des réseaux économiques transnationaux », in *L'investissement et la nouvelle économie mondiale, Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, sous la direction de Mathieu Arès et Eric Boulanger, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 66.

⁸⁴⁶ *idem.* L'auteur déclare plus précisément que « *S'il ne s'agit plus de définir une politique économique nationale visant à freiner la mondialisation, se développent des formes d'un interventionnisme à la fois adapté à la globalisation des entreprises et compatible avec les règles du jeu international qui, sans être précises ni claires, encadrent les nouvelles rivalités économiques internationales. L'Etat devient "compétitif", mais dans une perspective de favoriser une insertion compétitive de l'espace économique national (en tant qu'espace attractif ou un incubateur de firmes compétitives) dans les réseaux économiques internationaux.* » : **RIOUX (M.)**, « Théories des firmes multinationales et des réseaux économiques transnationaux », *op. cit.*, p. 66.

⁸⁴⁷ **RIOUX (M.)**, « Théories des firmes multinationales et des réseaux économiques transnationaux », *op. cit.*, p. 67.

de la collusion-coopération, et souvent sur les deux en même temps avec des stratégies hybrides »⁸⁴⁸.

Or, il ne faut pas écarter l'effet négatif que génère l'interventionnisme étatique visant à soutenir la compétitivité des entreprises multinationales par voie de concurrence. Souvent, cela se traduit par le sacrifice de l'intérêt général alors que la concurrence est censée le favoriser. En d'autres termes, *« cette concurrence systémique a pour effet pervers de faire passer les rivalités commerciales avant l'idée de bien commun et d'intérêt public dans la formulation des politiques nationales et dans le cadre général de la coopération internationale. Cette concurrence est d'autant plus prenante qu'elle s'inscrit dans un processus de reconfiguration de la concurrence entre FMN [Firmes Multinationales], où celles-ci doivent également apprendre à maîtriser les alliances et le réseautage transnational afin de gagner ou maintenir leurs positions dominantes ou leur influence dans la structuration de l'économie mondiale »⁸⁴⁹.*

Ceci étant dit, les Etats trouvent dans le droit de la concurrence le remède aux multiples abus que peuvent commettre les entreprises. Ce droit permet aux Etats de garder la mainmise sur l'économie qui a tendance à leur échapper sous l'effet du libéralisme. Soutenu par la mondialisation, il incite les Etats à s'adapter aux nouvelles exigences économiques, conciliant la flexibilité exigée par les investisseurs et la nécessité de garder une sorte d'emprise sur les opérations économiques effectuées sur leurs marchés. En d'autres termes, les Etats ne peuvent pour l'instant, que se prêter au jeu de la mondialisation et faciliter la conquête de nouveaux marchés pour leurs entreprises. C'est précisément ce que font les traités d'investissement : ils constituent le moyen par lequel les Etats ouvrent la voie à leurs entreprises de pénétrer les marchés étrangers, tout en étant obligé d'accepter d'ouvrir les leurs aux autres Etats.

Dès lors, l'Etat peut se trouver piégé par sa propre politique : quand la libre concurrence prônée par l'Etat sur son territoire est rompue par ses propres mesures dans le but de favoriser des entreprises nationales, il s'expose à des sanctions pécuniaires. Sous forme de dommages-intérêts, elles sont définies par des arbitres internationaux selon les traités

⁸⁴⁸ *idem*, pp. 67-68.

⁸⁴⁹ *idem*, p. 68.

d'investissement. L'essentiel ici est le point de vue des arbitres sur les questions relatives à la concurrence et la manière dont le litige sera traité selon le traité d'investissement, alors que la contestation porte au fond sur une question concurrentielle.

Pour trancher, l'arbitre peut être finalement amené à raisonner par rapport à l'aspect concurrentiel introduit par l'investisseur dans le débat. Dans ce cas de figure, l'arbitre va chercher à établir un lien entre la mesure étatique contestée et la déstabilisation de la situation concurrentielle de l'investisseur (I). Ensuite, il va déterminer si le principe du traitement national a été violé, en prenant en considération les facteurs conduisant à l'affectation de la part de marché, détenue par l'investisseur et en particulier, il va examiner la nature de la mesure étatique contestée (II).

§I- L'établissement par l'arbitre d'un lien de causalité entre la mesure étatique et l'ébranlement de la part de marché détenue par l'investisseur

Il est établi que les accords internationaux d'investissement ont un lien étroit avec le droit de la concurrence. Parmi les principes qui figurent dans ces types de traités, se trouve le principe du traitement national : il est interdit au pays d'accueil de prendre des mesures ayant pour effet de défavoriser un investisseur étranger, par rapport aux entreprises nationales opérant sur le marché dans des circonstances similaires. Pour faire le lien entre les deux instruments normatifs, il convient de « *savoir si les entreprises nationale et étrangère en question se situaient dans des secteurs commercialement concurrentiels* »⁸⁵⁰. Si oui, l'arbitre se voit obligé d'examiner le litige sous l'angle du droit de la concurrence, en appliquant les règles régissant ce droit, pour déterminer s'il y a violation du traité d'investissement. Dans sa démarche, l'arbitre va vérifier si la mesure étatique a touché le pouvoir concurrentiel de l'investisseur (A) et par la suite, il va tirer les conséquences qui découlent de l'existence d'un lien renouant la mesure examinée à l'affectation de la position concurrentielle de l'investisseur (B).

⁸⁵⁰ **ETUDES DE LA CNUCED**, (Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement) sur les politiques d'investissement international au service du développement, *Etudes sur les différends entre Etats et investisseurs dans le contexte des accords d'investissement*, Nations Unies, New York et Genève, 2005, p. 34.

A/ L'objectif visé par la mesure est le pouvoir concurrentiel de l'investisseur

De prime abord, l'arbitre n'est pas en contact direct avec le droit de la concurrence quand il se prononce sur une mesure étatique conçue par l'investisseur, comme portant préjudice à ses intérêts. Par ailleurs, l'implication du droit de la concurrence dans une affaire d'investissement n'est pas pertinente dans la mesure où le principe du traitement national et les autres principes prévus par les traités d'investissement, suffisent amplement pour apporter une solution au litige. Dès lors, pourquoi l'arbitre consacre-t-il une partie de son raisonnement à la place occupée par le droit de la concurrence dans certaines affaires ?

Différents arguments tentent de séparer le droit de l'investissement (d'ordre international) du droit de la concurrence (d'ordre national) et parfois, la technique juridique n'offre pas la possibilité de démarquer une branche du droit d'une autre. Certaines questions sont particulièrement compliquées et imbriquées, il est quasiment impossible de ne se référer qu'à un ordre juridique particulier et à lui seul, pour trouver la solution. Le droit de la concurrence est composé de concepts suffisamment vastes et flexibles pour englober des champs d'application appartenant à d'autres ordres juridiques. La compétence attendue de l'arbitre est d'arriver à une sorte de conciliation entre ces ordres juridiques, dont les dispositions prétendent régir de façon unilatérale, l'affaire apportée devant l'arbitre. Dans certains cas, la conciliation entre les ordres juridiques est tout à fait possible mais dans d'autres, cela est moins sûr. Quant à la question abordée ici (le fait de viser le pouvoir concurrentiel de l'investisseur), une coordination entre le droit de la concurrence et le traité d'investissement paraît possible. Ainsi, l'exemple d'un différend entre un investisseur américain et le gouvernement canadien illustre ces points abstraits⁸⁵¹.

Le gouvernement canadien avait interdit à une société américaine d'exporter une matière dite PCB (Polychlorobiphényle), exigeant que le traitement de cette matière soit fait au Canada. Pourtant, l'investisseur américain a exporté le PCB aux Etats-Unis pour un certain temps et lors de l'arbitrage, il a invoqué le principe du traitement national, arguant que le gouvernement canadien avait voulu favoriser les entreprises nationales fournisseurs des

⁸⁵¹ Sentence arbitrale partielle, 13 novembre 2000, S. D. Myers, Inc. c. / Gouvernement du Canada, Arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), disponible sur : <https://www.italaw.com/cases/969>

mêmes prestations. Le tribunal arbitral a alors examiné le litige sous deux angles : l'intérêt public et la concurrence entre les entreprises. Le tribunal a reconnu que le gouvernement canadien avait le droit de renforcer l'industrie canadienne en voulant que les entreprises nationales fassent à l'avenir, ce traitement sur le territoire canadien. Toutefois, le tribunal a précisé que l'interdiction d'exporter le PCB était une violation des obligations internationales du Canada, précisément de l'article 1102 de l'ALENA (Accord de Libre-Echange Nord-Américain) qui prévoit et consacre le principe du traitement national. En outre, le tribunal a ajouté qu'il existait des méthodes permettant d'atteindre légitimement ces objectifs, sans porter atteinte aux intérêts de l'investisseur. A titre d'exemple, le tribunal a évoqué la possibilité pour le gouvernement canadien, d'accorder des subventions à l'industrie canadienne en ce domaine⁸⁵².

Le tribunal n'a pas seulement raisonné en fonction de l'intérêt public du Canada. Il a examiné le différend en portant une attention particulière à l'aspect concurrentiel sous-jacent qui pouvait motiver la décision du Canada : l'entreprise américaine comme les entreprises nationales, fournissait des services d'assainissement des déchets de PCB (PCB Waste Remediation Services). Ces services faisant l'objet d'une concurrence importante entre les entreprises, mettaient en évidence que les règles de concurrence étaient au cœur même des discussions. Bien que le droit de la concurrence canadien n'ait pas été appliqué par le tribunal, ses principes ont très certainement inspiré ce dernier, dans son raisonnement relatif à l'investissement incluant l'exercice de la concurrence vis à vis d'entreprises nationales. En définitive, le ciblage du pouvoir concurrentiel de l'entreprise américaine a fait tomber la décision canadienne sous le coup des interdictions du traité d'investissement. Ce traité cherche à satisfaire des intérêts collectifs de pays engagés par le traité et l'intérêt collectif peut être affecté si les règles de concurrence se trouvent désactivées à cause d'une intervention gouvernementale.

L'article consacrant le principe du traitement national intègre intrinsèquement l'aspect concurrentiel. L'article 1102-1 de l'ALENA intitulé « Traitement national » prévoit que : « *Chacune des Parties accordera aux investisseurs d'une autre Partie un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde, dans des circonstances analogues, à ses propres investisseurs, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la*

⁸⁵² *idem*, § 255.

direction, l'exploitation et la vente ou autre disposition d'investissements ». Cet article affirme la nécessité pour l'Etat partie au traité d'investissement, de maintenir une distance égale avec les investisseurs étrangers, comme avec les investisseurs nationaux. Cela englobe naturellement le devoir de ne pas compromettre le pouvoir concurrentiel actuel ou potentiel de l'investisseur étranger.

Pour mémoire, le traitement national peut inclure le droit pour l'investisseur, de poursuivre la concurrence sur un marché donné, notamment celui d'un Etat engagé par le traité de libre-échange, permettant d'ouvrir la voie à une application des dispositions concurrentielles. Pour invoquer les dispositions du droit de la concurrence au profit de l'investisseur, il sera nécessaire d'opter pour d'autres arguments qui apparaissent de prime abord fondés sur le traité d'investissement alors qu'en réalité c'est l'application du droit de la concurrence qui est recherchée.

Dans l'affaire citée plus haut, l'investisseur américain estimait qu'il était en droit d'avoir des compensations pour les gains perdus et les dommages en découlant, tels que la perte d'avantages concurrentiels et de parts de marché. Il a donc maintenu que le lien de causalité entre les dommages subis et lesdites mesures était établi⁸⁵³.

Cette sentence est riche d'enseignements dans ce qu'elle illustre l'utilisation d'arguments puisés dans le droit de la concurrence. Tout d'abord, l'investisseur américain s'est plaint de la perte de sa position de précurseur (le « *firstmover advantage* ») sur le marché canadien, à cause de la fermeture de frontières entre décembre 1995 et juillet 1997. De fait, le gouvernement canadien avait pris cette décision pour empêcher l'investisseur américain de traiter le PCB aux Etats Unis. Cela avait eu pour effet qu'à l'issue de cette période, d'autres concurrents étaient prêts à s'introduire sur le marché canadien, faisant perdre à l'investisseur américain son positionnement. Pour évaluer le dommage subi, la société américaine a procédé à un calcul se basant sur le volume des stocks qu'elle aurait traités tout au long de la période d'interdiction⁸⁵⁴.

⁸⁵³ Sentence partielle, 21 octobre 2002, S. D. Myers, Inc. c. / Gouvernement du Canada, Arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), § 145, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0752.pdf>

⁸⁵⁴ *idem*, § 176.

De son côté, le tribunal a effectivement constaté que tout au long de l'été et de l'automne 1995, les concurrents canadiens s'étaient tenus prêts à conquérir le marché canadien et son stock de déchets de PCB. Par ailleurs, les documents produits par l'investisseur américain (SDMI) démontrent qu'au printemps 1997, ce dernier avait effectivement perdu du terrain sur ses concurrents locaux, l'obligeant à modifier ses tarifs. D'autres documents ont démontré qu'à plusieurs occasions, l'investisseur américain était parvenu à se conformer aux exigences de la concurrence canadienne pour se maintenir, voire dépasser ces concurrents⁸⁵⁵.

Le tribunal a mis en évidence que les prix moyens du marché étaient au plus bas au moment de l'ouverture des frontières, par rapport aux prix pratiqués avant la fermeture de frontières. Résultat obtenu grâce à l'ouverture des frontières, sans laquelle les concurrents canadiens et américains n'auraient pas eu accès au marché canadien. Selon le tribunal, la position avantageuse dont jouissait l'investisseur américain a certes été affectée, mais il a observé que l'investisseur américain était toujours compétitif, au point de remporter des marchés⁸⁵⁶.

Le raisonnement arbitral illustre que le pouvoir concurrentiel de l'investisseur occupe une place importante dans la détermination de la responsabilité de l'Etat canadien. Savoir si la position concurrentielle est affectée par la mesure étatique, constitue une condition préalable à la décision énonçant la violation du principe du traitement national.

Parallèlement, le tribunal a pris en compte des faits dont l'essentiel est que la société américaine était destinée à réussir sur le marché canadien et que ses perspectives allaient dans ce sens. Il a également noté qu'elle avait consacré beaucoup de temps et d'effort pour être reconnue par les entreprises du Canada. Soit, 50 % du stock de PCB pour lesquels SDMI avait fait des devis, avaient été traités par d'autres entreprises pendant la fermeture des frontières. Pour autant, le tribunal a considéré la position très favorable que SDMI avait retrouvée auprès des clients dès l'ouverture des frontières, notamment en tirant profit d'avantages géographiques⁸⁵⁷.

De toute évidence, le tribunal a dans son raisonnement, considéré le secteur économique proprement canadien, présentant un intérêt public et les implications concurrentielles qui ont

⁸⁵⁵ *idem*, § 192.

⁸⁵⁶ *idem*, § 208.

⁸⁵⁷ *idem*, § 182.

eu une influence considérable à l'issue du litige⁸⁵⁸. En effet, les entreprises de traitement du PCB concurrentes ne présentaient pas les mêmes atouts que SDMI : son expérience, ses compétences et le prix concurrentiel. D'ailleurs, de tels avantages concurrentiels peuvent exposer l'investisseur à des tentatives de subversion de la part des autres concurrents, ce qui a été retenu par le tribunal. Celui-ci a mis en relief que le ministre de l'environnement avait subi des pressions de la part des entreprises canadiennes⁸⁵⁹. Se fondant sur ces constatations, il lui est incombé de tirer les conséquences de la relation de cause (la mesure étatique) à effet (l'affectation de la position concurrentielle de l'investisseur).

B/ Les conséquences tirées de l'établissement du lien de causalité

La conséquence principale de l'établissement d'un lien entre la mesure étatique et l'affectation du pouvoir concurrentiel de l'investisseur, est la déclaration de la violation du principe du traitement national. Le traité d'investissement a été violé par le ciblage volontaire ou involontaire des capacités concurrentielles de l'investisseur étranger.

En l'espèce, le tribunal est arrivé à la conclusion que la société américaine avait été désavantagée sur le marché canadien. Il a ajouté qu'elle avait également perdu l'avantage de l'antériorité qui lui donnait une longueur d'avance sur ses concurrents. Cet avantage perdu aurait pu placer la société américaine dans une position concurrentielle meilleure pendant plusieurs mois si la fermeture de la frontière n'avait pas eu lieu⁸⁶⁰.

En outre, le tribunal a mis en exergue que le potentiel de SDMI pour générer des profits, dépendait entre autres de ses contacts clients, de l'inventaire de PCB détenu par ceux-ci, de la présence des concurrents, des prix moyens du marché et de sa capacité à dépasser ses concurrents en termes de tarif. Un examen de l'ensemble de ces facteurs montre que SDMI était dans une situation totalement différente, voire pire d'un point de vue concurrentiel quand le Canada a décidé de rouvrir la frontière en 1997⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ Sentence partielle, 13 novembre 2000, S. D. Myers, Inc. c. / Gouvernement du Canada, Arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), § 250, disponible sur : <https://www.italaw.com/cases/969>

⁸⁵⁹ *idem*, § 251.

⁸⁶⁰ Sentence partielle, 21 octobre 2002, S. D. Myers, Inc. c. / Gouvernement du Canada, Arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), § 214, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0752.pdf>

⁸⁶¹ *idem*, § 209.

De ce constat découle que le principe du traitement national permet à l'investisseur étranger de concurrencer les autres, au même titre que les investisseurs canadiens. Effectivement dans le cas présent, ce principe a bel et bien été violé et l'Etat canadien a dû verser une indemnisation à la société américaine. Le tribunal a considéré le flux de revenu net perdu pendant et après la fermeture canadienne de frontières, la perte de l'inventaire qui aurait pu être traité par SDMI, le prix donné dans les devis faits après la réouverture des frontières que la concurrence aurait naturellement conduit à pratiquer⁸⁶².

En revanche, le tribunal a souligné que les prix proposés dans les devis de SDMI pendant la fermeture des frontières devaient subir une réduction lors de la détermination de l'indemnisation à attribuer. Selon lui, l'évolution de la concurrence sur le marché aurait exercé un impact sur le prix proposé, dans l'hypothèse où les frontières n'auraient pas été fermées⁸⁶³.

En conséquence, le tribunal a décidé de baisser de 15 % les devis faits pendant la fermeture des frontières, pour prendre en compte la dégradation des prix due à la concurrence qui aurait pu être développée tout au long de la période de fermeture, si cette dernière n'avait jamais eu lieu⁸⁶⁴.

Force est de constater que les principes retenus par le tribunal pour déterminer l'indemnisation sont inspirés par la logique du droit de la concurrence. Ils démontrent l'implication du droit de la concurrence dans le droit de l'investissement. De plus, son emploi en tant qu'instrument de renforcement et de promotion de la concurrence, se consolide. A tel point que non seulement l'affectation de la position concurrentielle est suffisante pour fonder la responsabilité de l'Etat hôte mais encore, l'indemnisation prend pour base des considérations tirées du droit de la concurrence.

L'atteinte à la concurrence entre les entreprises nationales et étrangères résultant d'une mesure étatique, n'a pas toujours pour effet d'engager la responsabilité de l'Etat hôte de l'investissement, au titre de la violation du principe du traitement national. Tout dépend de l'interprétation des dispositions du traité d'investissement retenue par le tribunal arbitral et

⁸⁶² *idem*, § 254.

⁸⁶³ *idem*, § 255.

⁸⁶⁴ *idem*, § 256.

des dispositions juridiques sur lesquelles il choisit de fonder sa décision. Face à une telle situation, il apparaît que l'atteinte au droit de l'entreprise de concurrencer les acteurs du marché, n'entraîne pas un manquement au principe du traitement national, dont l'Etat hôte est redevable.

Concrètement, le comportement du tribunal dépend de la conceptualisation qu'il accorde à la nature de la mesure étatique. Parfois, le raisonnement du tribunal peut conduire à l'application ferme du principe du traitement national, de sorte que le tribunal arbitral ne tient pas compte des objectifs recherchés par l'Etat dont émane la mesure. A partir de ces possibilités, il convient de mettre l'accent sur la nature de la mesure étatique et son effet sur l'issue du litige.

§II- L'examen de la nature de la mesure étatique conduisant à l'affectation de la part de marché détenue par l'investisseur

Lors de l'examen du principe du traitement national, le tribunal arbitral est confronté à une question relative à la nature de la mesure étatique qui prend deux formes. Tout d'abord, il s'agit de savoir si la mesure est générale et si elle est justifiée. La réponse à ces deux questions influencera l'issue du litige. En ce qui concerne la généralité de la mesure étatique affectant la part de marché, il convient de noter que la réponse penche en faveur de la reconnaissance de la violation du principe du traitement national même si la mesure est générale et touche tous les opérateurs nationaux ou étrangers. Il n'y a pas d'exigence à ce que la mesure soit imposée dans le but de viser un tel investisseur étranger en soi. Autrement dit, l'affectation de la position concurrentielle est le seul critère, sans tenir compte de la généralité de la mesure prise par l'Etat (A).

Puis, l'attention de l'arbitre se porte sur la justification de la mesure contestée. Une mesure étatique est justifiée si sa raison d'être s'appuie sur la réalisation d'un intérêt légitime de l'Etat qui l'a prise. Le tribunal peut conclure que le principe du traitement national n'a pas été ignoré par l'Etat hôte ; pour autant, la mesure qu'il a prise peut conduire à défavoriser les entreprises étrangères sur le plan concurrentiel. Cette hypothèse est concevable quand le tribunal décide que la mesure étatique est justifiée par des considérations prévues par le traité d'investissement lui-même ou par la défense d'un intérêt public légitime de l'Etat imposant la mesure. Ce résultat peut se produire si le tribunal arbitral trouve les moyens juridiques de décider d'ignorer les conséquences concurrentielles induites par la mesure étatique (B).

A/ La non pertinence de la généralité de la mesure étatique dans l'appréciation de l'affectation de la part de marché

Si une mesure prise par un Etat hôte a pour cible les étrangers y investissant, elle constitue un fondement juridique suffisant pour constater une différenciation basée sur la nationalité des investisseurs et déclarer de ce fait, la violation de la clause du traitement national non moins favorable⁸⁶⁵. Toutefois, elle ne constitue pas une condition *sine qua non* pour reconnaître la violation du principe du traitement national. Les tribunaux arbitraux engagent aisément la responsabilité des Etats, alors que la mesure étatique ne vise pas une ou des entreprises étrangères en particulier. Dès lors, elle peut être condamnée par un tribunal arbitral alors qu'elle porte l'empreinte de la généralité, c'est-à-dire qu'elle concerne autant les entreprises nationales que les entreprises étrangères. En effet, l'Etat pourrait d'après les arbitres, rester responsable vis à vis de l'investisseur étranger.

Ainsi, dans l'affaire des producteurs et des fournisseurs de SMHTF (Sirop de Maïs à Haute Teneur en Fructose), entreprises entièrement détenues par des investisseurs étrangers, contre l'Etat mexicain, le tribunal arbitral a appliqué l'article 1102 de l'ALENA. Aussi, il a expliqué que l'intention de favoriser les entreprises nationales au détriment des investisseurs étrangers, n'était pas considérée comme une condition préalable pour constater une violation du principe du traitement national. D'ailleurs, alors que le tribunal avait affirmé dans ce cas précis, que l'intention de porter préjudice aux investisseurs étrangers n'avait pas été démontrée, il a retenu la violation du principe du traitement national. Pour cela, il a constaté que les effets néfastes de l'impôt exclusivement appliqué aux producteurs et fournisseurs du SMHTF (Sirop de Maïs à Haute Teneur en Fructose), profitaient aux producteurs de sucre, majoritairement mexicains, donc aux entreprises nationales. Il a tranché en faveur des investisseurs étrangers jugés discriminés par l'impôt. Par conséquent, l'absence d'intention ne s'oppose pas à établir les exigences nécessaires à la mise en œuvre du principe en question⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ **TAMADA (D.)**, « Discriminatory Application of Competition Law and International Investment Agreements », *Discussion Paper Series*, 15-E-125, Novembre 2015, The Research Institute of Economy, Trade and Industry, p. 12, disponible sur : <https://www.rieti.go.jp/en/publications/summary/15110008.html>

⁸⁶⁶ Sentence CIRDI, 15 janvier 2008, décision sur la responsabilité Corn Products International, Inc. c. / The United Mexican States, aff. n° ARB (AF)/04/01, § 138.

En poussant la réflexion plus loin, le tribunal montre qu'il a bien à l'esprit le droit de la concurrence car ce qui a influencé l'opinion des arbitres, n'était pas seulement que les entreprises étrangères allaient seules subir l'impôt. Le tribunal a également considéré que la mesure portait en elle-même un privilège dont l'effet troublait l'équilibre concurrentiel existant avant l'impôt, puisque les nationaux allaient en tirer des avantages concurrentiels. De fait, les principes du droit de la concurrence apparaissent dans ce genre de raisonnements arbitraux même de façon indirecte.

Dans une autre affaire, le tribunal a clarifié sa position quant à l'intention d'un Etat de nuire aux intérêts d'un investisseur étranger, en déclarant que cette intention ne doit pas être considérée lors de l'examen de l'allégation. L'attention doit être sur l'impact réel qu'a eu la mesure contestée, sur l'investissement concerné⁸⁶⁷.

Analysant la jurisprudence arbitrale, un auteur a écrit à juste titre que « *le traitement national constitue une obligation objective dont la mise en œuvre ne nécessite pas la présence d'un élément subjectif provenant de l'Etat hôte. En effet, selon les tribunaux arbitraux, l'apport de preuve que l'Etat avait une intention discriminatoire n'est pas requis pour établir la violation du principe du traitement national* »⁸⁶⁸.

Néanmoins, l'exigence de la jurisprudence arbitrale de démontrer l'intention de porter atteinte aux intérêts de l'investisseur⁸⁶⁹, n'est pas constante. Dans certains cas, les arbitres ont considéré l'intention de nuire et la discrimination, comme une condition préalable à la condamnation de l'Etat d'indemniser la rupture du traitement national⁸⁷⁰. Ainsi, un tribunal arbitral a exigé de la société Methanex qui dénonçait une mesure étatique, de démontrer l'existence d'une intention de la part de l'Etat de discriminer contre les investisseurs étrangers : « *Methanex doit démontrer cumulativement que la Californie avait l'intention de favoriser les investisseurs nationaux en pratiquant une discrimination contre les investisseurs étrangers*

⁸⁶⁷ Sentence CIRDI, 6 février 2007, Siemens A.G. c. / The Argentine Republic, aff. n° ARB/02/8, § 321.

⁸⁶⁸ **TAMADA (D.)**, « Discriminatory Application of Competition Law and International Investment Agreements », *op. cit.*, p. 12.

⁸⁶⁹ *idem*, p. 13.

⁸⁷⁰ Sentence CIRDI, 25 juin 2001, Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A. S. Baltoil c. / The Republic of Estonia, aff. n° ARB/99/2, § 369. Le tribunal a déclaré que “*In any event, in the opinion of the Tribunal, there is no indication that the Bank of Estonia specifically targeted EIB in a discriminatory way, or treated it less favourably than banks owned by Estonian nationals. Moreover, Claimants have failed to prove that the withdrawal of EIB's license was done with the intention to harm the Bank or any of the Claimants in this arbitration, or to treat them in a discriminatory way.*”

et que Methanex se trouve dans les mêmes circonstances que les investisseurs nationaux qui sont censés être favorisés par les mesures contestées »⁸⁷¹.

De plus, l'arbitre doit porter son attention sur la potentielle conformité de la mesure affectant le pouvoir concurrentiel de l'investisseur, aux dispositions prévues par le traité d'investissement dont la mise en œuvre conduit à exonérer l'Etat de toute responsabilité.

B/ L'existence des dispositions incluses dans le traité d'investissement exonérant l'Etat du principe du traitement national

Il est concevable que la concordance entre le droit de la concurrence et le traité d'investissement ne soit pas possible, de par la volonté des Etats concluant le traité. Dans ce cas, il faut analyser les raisons permettant de faire pencher la balance en faveur de l'une des deux branches de droit. En effet, le principe du traitement national a pour but de permettre aux investisseurs étrangers d'accéder au marché, au même titre que les investisseurs nationaux. Néanmoins, ce même principe peut être employé pour limiter les droits des investisseurs étrangers. En d'autres termes, l'application de ce principe avec les réserves qui s'y attachent, peut entraîner l'exclusion d'investisseurs étrangers de certains marchés. Par ailleurs, le principe du traitement national peut être remis en question ou au moins entrer en conflit avec le droit de la concurrence, quand l'opérateur économique concerné est en position dominante et que des préoccupations anticoncurrentielles apparaissent⁸⁷².

Il est indéniable que les Etats hôtes sont tenus de respecter le principe du traitement national en termes d'actes administratifs ou lors de la promulgation de règles de droit et de règlements. Toutefois, il faut noter que les conséquences pratiques qui s'ensuivent, peuvent varier en raison de la multitude d'exemptions s'appliquant à certains secteurs économiques⁸⁷³. En l'occurrence, si la protection de secteurs industriels locaux est jugée nécessaire, il faut que le traité d'investissement fasse référence à ces secteurs, en les excluant du champ d'application

⁸⁷¹ Sentence arbitrale finale, 3 août 2005, rendue selon les Règles d'arbitrage de la CNUDCI et (ALENA), Methanex Corporation c. / United States of America, Part IV, Chapter B, § 12, disponible sur : <https://www.italaw.com/documents/MethanexFinalAward.pdf>

⁸⁷² TAMADA (D.), « Discriminatory Application of Competition Law and International Investment Agreements », *op cit.*, pp. 7-8.

⁸⁷³ *idem*, p. 8.

de la disposition relative au traitement national. Ainsi, l'Etat peut-il maintenir certaines particularités, y compris celles liées aux contrôles réglementaires relatifs à la concurrence⁸⁷⁴.

Ce raisonnement peut paraître contradictoire avec les développements précédents, selon lesquels la violation du droit de la concurrence national au profit d'une entreprise nationale, est considérée comme une violation du traité d'investissement ou de libre-échange. Pourtant, il convient de rappeler que cette différenciation peut reposer sur une base légale. Il existe justement certaines dispositions et exceptions permettant aux Etats engagés par les traités d'investissement, de privilégier certaines entreprises nationales. Cela a pour effet de justifier la discrimination dans le traitement différencié des entreprises. Dans le cas où cette discrimination est d'origine nationale, c'est-à-dire que le droit interne est la source de la différenciation de traitement, il vaut mieux que les Etats concluant un traité d'investissement fassent référence à de telles dispositions nationales⁸⁷⁵.

De manière générale, les traités d'investissement contiennent une clause dite « de conformité » ou « de légalité », exigeant le respect par l'investisseur des lois et règlements de l'Etat hôte. En prévoyant que l'investissement soit établi en conformité avec les lois de l'Etat d'accueil, le but visé par cette clause est de lui permettre de conserver un pouvoir de contrôle réglementaire sur les investisseurs et les investissements étrangers⁸⁷⁶.

Une autre forme de légalité peut intégrer le traité d'investissement. Son objectif est de ne pas utiliser les statuts juridiques des entreprises comme un fondement juridique, apte à déclencher la mise en œuvre du principe du traitement national. Le traité de libre-échange conclu entre la Chine, le Japon et la Corée du Sud en est un exemple. Ici, le principe du traitement national ne s'applique pas à des situations juridiques établies par des dispositions législatives ou réglementaires, édictées avant l'entrée en vigueur du traité signé en 2014⁸⁷⁷. Par conséquent, ce principe ne peut être invoqué par les investisseurs pour contester des dispositions législatives ou réglementaires, ayant pour effet une discrimination entre les entreprises nationales et étrangères, du fait que ces différences sont antérieures au traité d'investissement.

⁸⁷⁴ **SORNARAJAH (M.)**, *The International Law On Foreign Investment*, Third edition, Cambridge University Press, 2010, pp. 343-344.

⁸⁷⁵ En ce sens : **BEN HAMIDA (W.)**, « Investissements internationaux - La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements » : *JDI*, n° 4, octobre 2008, § 31.

⁸⁷⁶ **TAMADA (D.)**, « Discriminatory Application of Competition Law and International Investment Agreements », *op. cit.*, p. 18.

⁸⁷⁷ *idem*, pp. 16-17.

La crainte que l'Etat d'accueil ne dénature le principe du traitement national, a incité les Etats à préciser les prérogatives dont bénéficie l'Etat d'accueil vis-à-vis des investisseurs étrangers. L'une d'elles est d'inclure des dispositions interdisant toute contrainte dont l'effet serait d'étouffer l'investisseur étranger et de profiter aux industries nationales en arguant de l'intérêt public. Le risque que les Etats tentent d'éviter en recourant à des mécanismes juridiques qui restreignent la latitude des pouvoirs étatiques vis-à-vis de leurs investisseurs, est d'étendre l'application de ces contraintes de façon discrétionnaire et abusive. Ces contraintes constituent des facteurs qui influencent considérablement les investissements. Ainsi, *« les prescriptions de résultat, ou mesures d'investissement liées au commerce (« MIC »), sont des instruments de politique commerciale qui influencent le volume, les secteurs et la localisation géographique des investissements étrangers. Il s'agit notamment des mesures en vertu desquelles un Etat oblige, d'une manière ou d'une autre, une entreprise à utiliser des produits locaux ou à transférer la technologie ou encore des mesures qui restreignent le recours aux exportations ou aux importations. Ces procédés peuvent mettre l'investisseur en difficulté parce qu'ils limitent son autonomie de gestion et ne lui permettent pas de prendre les décisions qu'exigerait une saine exploitation »*⁸⁷⁸.

Inclure certaines dispositions dans les traités d'investissement afin de protéger les investisseurs contre les abus étatiques, semble être une pratique observée. L'exemple des traités d'investissements conclus par les Etats Unis, le Canada et le Japon le montre. Ainsi, l'article V du TBI Canada-Barbade (1997) précise-t-il les points ci-dessous : *« [...] aucune des Parties contractantes ne peut imposer l'une ou l'autre des exigences suivantes en ce qui concerne l'établissement ou l'acquisition d'un investissement, ni les faire appliquer dans le cadre de la réglementation subséquente de cet investissement : a) exporter une quantité ou un pourcentage donné de produits ; b) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national ; c) acheter, utiliser ou privilégier les produits fabriqués ou les services fournis sur son territoire, ou acheter les produits ou services à des personnes situées sur son territoire ; d) lier de quelque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises attribuables à cet investissement ; ou e) transférer une technologie, un procédé de fabrication ou un autre savoir-faire exclusif à une personne située sur son territoire et non apparentée à l'auteur du transfert, sauf lorsque l'exigence est imposée ou que l'engagement est appliqué par une juridiction civile ou administrative ou par*

⁸⁷⁸ **BEN HAMIDA (W.)**, « Investissements internationaux - La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *op. cit.*, § 31.

*un organe compétent en matière de concurrence, soit pour corriger une prétendue violation des lois sur la concurrence, soit pour agir d'une manière non incompatible avec les autres dispositions du présent accord »*⁸⁷⁹. Des dispositions semblables existent dans les traités conclus par les Etats-Unis et le Japon⁸⁸⁰.

Cet article donne à penser que le contournement du principe du traitement national est possible et il suffit de faire référence à une disposition prévue par le traité d'investissement pour justifier l'exclusion de ce principe. D'où l'intérêt de présenter en détail, les cas dans lesquels l'intervention étatique visant à contraindre l'investisseur, ont été condamnés pour empêcher l'exagération dans l'application des exceptions au principe du traitement national. Cela donne également au tribunal arbitral une vision claire quand il a à se prononcer sur l'applicabilité de ce principe.

L'arbitre décide en dernier ressort de la pertinence d'une disposition contenue dans le traité et dont l'effet est d'écarter l'application du principe du traitement national. L'arbitre se trouve également responsable s'il décide de créer un espace injustifiable, entre le champ d'application du principe du traitement national et le champ d'application des principes régissant le droit de la concurrence. Il est d'ailleurs parfois à l'origine de la limitation du principe du traitement national, en déniaient le lien de cause à effet entre la rupture de la concurrence et le principe du traitement national, ce qui sera analysé plus loin.

SECTION 2- LA FRAGILITÉ DU RAISONNEMENT ARBITRAL IGNORANT LES PRÉMISSSES CONCURRENTIELLES INCLUSES DANS LE PRINCIPE DU TRAITEMENT NATIONAL

L'arbitre ne doit pas forcer le cours des affaires sur lesquelles il se prononce, au cas où les faits litigieux orienteraient le débat. Si la question du droit de la concurrence se pose, l'arbitre doit mesurer son impact sur l'issue de l'affaire, en reliant les implications concurrentielles aux exigences du principe du traitement national. S'il décide de faire autrement, il risque de créer une barrière entre le droit de la concurrence et le traité d'investissement sans justification valable (I). Ce faisant, l'arbitre va à l'encontre de la réalité qui affermit l'absence de frontières

⁸⁷⁹ Cité par **BEN HAMIDA (W.)**, « Investissements internationaux - La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements » : *JDI*, n° 4, 2008, § 31.

⁸⁸⁰ **BEN HAMIDA (W.)**, « Investissements internationaux - La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *op cit*, § 31.

entre le droit de la concurrence et les traités d'investissement, quand il s'agit de litiges impliquant des dimensions concurrentielles (II).

§I- La création par l'arbitre d'une étanchéité entre le traité d'investissement et le droit de la concurrence

Lorsque l'arbitre tient à fonder sa décision sur un raisonnement tiré du principe du traitement national, en ignorant le concept concurrentiel du litige, il y a un risque que son raisonnement débouche sur une aberration juridique. Par exemple, dire qu'un investisseur privé de sa part de marché n'est pas constitutif d'une violation du principe du traitement national.

Ceci dit, il est difficile d'avancer qu'il y a une conformité totale entre les dispositions du droit de la concurrence et le principe du traitement national. Parfois, l'application du droit de la concurrence exige la mise à l'écart du principe du traitement national, c'est le cas lorsque la surprotection de l'investisseur étranger conduit à des troubles de monopole ou d'abus de position dominante sur le marché de l'Etat hôte. Dans ce contexte, il faut tenir compte des besoins spécifiques du marché et faire prévaloir les dispositions du droit de la concurrence qui se heurtent au traité d'investissement. Force est de constater que la question de la hiérarchie des normes ne se pose pas, dans la mesure où il y a une disposition dans le traité d'investissement, garantissant à l'Etat l'imposition de sa loi sur la concurrence. De même, la question de la hiérarchie ne se pose pas alors que le traité est dénué d'une telle disposition, dans la mesure où l'arbitre décide que la régulation du marché motive la mesure étatique et que selon lui, la mesure contestée n'est pas abusive.

En effet, il revient à l'arbitre d'évaluer la justesse des mesures étatiques prises pour se conformer au droit de la concurrence applicable. S'il découvre que la mesure n'est pas motivée par des préoccupations concurrentielles mais par un favoritisme des entreprises nationales, il doit la considérer comme injuste et injustifiée et condamner l'Etat à l'indemnisation. L'arbitre est le garant de la bonne application du droit de la concurrence par l'Etat hôte et possède un droit de regard sur ses décisions. En d'autres termes, l'arbitre constitue le rempart qui empêche l'instrumentalisation du droit de la concurrence pour mettre en échec le principe du traitement national.

Les tribunaux arbitraux, notamment ceux de CIRDI, ne retiennent pas une interprétation uniforme de ce principe, suivant les formules employées dans les traités d'investissement. A cet égard, la manière dont le traité est rédigé induit une interprétation de la disposition applicable plutôt qu'une autre. Concrètement, un investisseur étranger peut prétendre subir un traitement discriminatoire, alors que le traité d'investissement fait référence à « des circonstances similaires ». Cette expression désigne la position de l'investisseur étranger comparée aux investisseurs nationaux, lors de la détermination de la nature du traitement reçu par le premier. Cette formule sera interprétée différemment de celle employant le terme de traitement « non moins favorable ». Par conséquent, les tribunaux arbitraux appréhendent cette question selon les faits et les circonstances de l'affaire, ce qui permet de dire que la jurisprudence arbitrale sur ce sujet est une jurisprudence au cas par cas⁸⁸¹.

Il ne faut pas mésestimer l'aspect discrétionnaire dont l'arbitre dispose dans la motivation de sa décision et ses conséquences. Ainsi, quand l'arbitre choisit de privilégier un raisonnement objectif sans faire le lien entre la rupture d'un traitement national et les considérations d'intérêt public ou les exceptions prévues dans le traité d'investissement, sa conclusion ne correspond pas forcément à celle prévue par le droit de la concurrence. Si cela se produit, un certain déséquilibre risque d'être créé. En effet, si l'arbitre s'abstient d'élargir son raisonnement en dehors du cadre purement commercial et qu'il décide de ne pas invoquer ou mettre en œuvre, des motifs relevant de l'intérêt général au sens propre du terme, ses interprétations peuvent se trouver partielles, voire biaisées. Pour illustrer ce point, l'affaire suivante déjà citée plus haut, montre la manière dont l'arbitre a traité le litige et la façon dont son choix l'a conduit à une dissociation entre le traitement national et l'équilibre garanti par le droit de la concurrence.

Dans un litige opposant la société canadienne Methanex, principal producteur mondial de Méthanol, située aux Etats-Unis, la question a porté sur la prédilection en faveur d'une société nationale américaine qui fait concurrence à l'investisseur canadien. En effet, l'Etat de Californie avait restreint l'utilisation du MTBE (Méthyl Tert-butyl éther), un oxydant ajouté à l'essence fait à base de méthanol⁸⁸² en mettant en avant des motifs environnementaux. Lors de

⁸⁸¹ **TAMADA (D.)**, « Discriminatory Application of Competition Law and International Investment Agreements », *op. cit.*, p. 8.

⁸⁸² Sentence partielle, 7 août 2002, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), Methanex c. / Etats-Unis, § 22, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0518.pdf>

la saisine du tribunal arbitral, Methanex a avancé que cette décision avait été prise pour promouvoir l'éthanol, ce qui renforçait l'industrie nationale au détriment de ses propres intérêts. L'éthanol est considéré comme l'équivalent du MTBE puisqu'il remplit les mêmes fonctions avec l'avantage de ne pas avoir à être transformé, comme c'est le cas du méthanol. Pour être complet, l'un des producteurs principaux de l'éthanol aux Etats-Unis est une société américaine appelée Archer Daniel Midland (ADM)⁸⁸³ au profit de laquelle l'investisseur canadien prétend que la mesure étatique a été prise sur le plan concurrentiel.

Devant le tribunal, les principales argumentations classiques sont invoquées par Methanex à savoir : le principe du traitement national, le principe du traitement juste et équitable et l'interdiction d'expropriation⁸⁸⁴.

Le point soumis au tribunal concernait la mesure prise par la Californie et son effet : un produit dont la carence empêche une exploitation importante du méthanol. Autrement dit, les effets de cette décision vont certainement être néfastes à l'égard de cet investisseur, dans la mesure où un composant nécessaire à la production de l'essence fait à base de méthanol a été interdit. Selon Methanex, la mesure étatique a eu pour objectif de nuire à ses intérêts : il va devoir restreindre ses importations de fournisseurs appartenant au même groupe de sociétés que Methanex. En nuisant à ses intérêts, la situation bénéficiait à ses concurrents opérant dans l'industrie de l'éthanol⁸⁸⁵. Le tribunal a dû trancher le différend posé à la lumière de l'ALENA, alors que de son côté, les Etats-Unis contestaient la compétence du tribunal arbitral en s'appuyant sur l'article 1101 de l'ALENA qui selon eux, demande qu'un lien soit avéré entre la mesure prise et l'investisseur⁸⁸⁶.

A titre de réaction préliminaire, le tribunal arbitral a mis en évidence que le lien prétendu par l'investisseur était difficile à vérifier. D'après lui, il fallait établir que la décision d'interdiction avait bien eu un effet sur l'investissement de la demanderesse. Il a fait observer que le lien entre la mesure et l'affectation de l'investissement aurait bel et bien existé s'il s'avérait que le gouvernement de Californie avait eu pour objectif de favoriser l'industrie nationale au détriment des investisseurs étrangers. Autrement dit, si la mesure avait eu pour objectif de laisser l'Américaine ADM s'emparer d'un marché qui subissait une concurrence de

⁸⁸³ *idem*, § 23.

⁸⁸⁴ *idem*, § 12.

⁸⁸⁵ *idem*, § 132.

⁸⁸⁶ *idem*, §§ 108 et s.

la part de la Canadienne Methanex, avant que l'interdiction ne prenne effet. Si cela avait été le cas, le tribunal aurait aisément eu à reconnaître sa compétence⁸⁸⁷.

La remise en question du principe du traitement national pour privilégier l'industrie nationale sur le plan concurrentiel, a commencé selon Methanex lorsqu'ADM a approché le Gouverneur de Californie pour lui proposer de réaliser son projet depuis quelques années : créer et installer une industrie d'éthanol⁸⁸⁸. Dans une tentative de convaincre le tribunal arbitral, la société canadienne a essayé de démontrer la mauvaise foi de la société américaine en invoquant son comportement anticoncurrentiel. Pour soutenir son allégation, Methanex a rappelé au tribunal qu'ADM avait déjà été condamnée pour avoir violé le droit de la concurrence lorsqu'elle avait tenté de fixer le prix d'une matière donnée⁸⁸⁹.

Ces arguments ont été examinés par le tribunal qui a jugé que Methanex n'avait pas apporté de preuve concluante pour étayer ses affirmations de collusion entre le Gouverneur de Californie et ADM⁸⁹⁰. Par ailleurs, la condamnation d'ADM en raison de la violation du droit de la concurrence, ne constituait en rien un fondement légal, apte à faire retenir la présomption d'illicéité de toutes les activités de cette société selon le tribunal⁸⁹¹.

L'approfondissement des points sur la position concurrentielle de l'investisseur soulevés pendant la procédure arbitrale, sous couvert du principe du traitement national, va permettre de comprendre l'importance de l'identification du lien entre la protection de la concurrence et l'application du traité d'investissement. Cet objectif atteint se traduira par une application objective et cohérente des principes régissant aussi bien le droit de l'investissement, que le droit de la concurrence. Pourtant, c'est exactement le résultat à éviter qui s'est produit en l'espèce car le tribunal a réussi à neutraliser certains aspects concurrentiels du litige. Ainsi, en vue de contourner les revendications concurrentielles légitimes de l'investisseur, le tribunal a-t-il préféré déplacer le débat en sortant de la logique concurrentielle, pour s'en tenir à une logique partant d'une interprétation littérale du traité d'investissement. Ce choix arbitral mérite d'être exploré de façon détaillée, bien qu'il soit jugé critiquable. De fait, il consiste à se

⁸⁸⁷ *idem*, §§ 151 et s.

⁸⁸⁸ *idem*, § 67.

⁸⁸⁹ Sentence finale, 3 août 2005, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), Methanex c. / Etats-Unis, PART III - CHAPTER B, §§ 13 et 15, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>

⁸⁹⁰ *idem*, § 56.

⁸⁹¹ *idem*, § 15.

détacher du droit de la concurrence de l'Etat d'accueil (A), ce qui génère l'interrogation suivante : la coordination entre le respect des principes régissant le droit de la concurrence et le respect des impératifs régissant le principe du traitement national, est-elle possible (B) ?

A/ L'exclusion inappropriée de concepts définis par le droit de la concurrence

Le tribunal arbitral a été confronté à la question suivante : Quels sont les critères qui permettent la comparaison entre un investisseur étranger et un investisseur national ? La réponse à cette question déterminera le niveau de la frontière entre le droit de la concurrence et le droit de l'investissement.

Le droit de la concurrence s'intéresse à la définition et à la limitation du marché sur lequel s'exerce la concurrence, ce qui permet d'identifier les concurrents. De son côté, le droit de l'investissement s'intéresse à déterminer l'entreprise nationale de référence, celle qui permettra de mesurer à quel point la position de l'investisseur étranger a été affectée par la disposition étatique contestée. Le résultat établira s'il y a discrimination ou non.

Methanex a essayé de placer la question du manquement au principe du traitement national sous l'angle de la concurrence. Elle soutient qu'ADM et elle sont des concurrentes agissant sur le même marché et ce pouvoir de concurrencer a été ciblé par la mesure étatique contestée. Il ajoute que le fait que l'interdiction touche d'autres entreprises américaines n'annule en rien le préjudice subi et qu'il n'y a pas lieu de faire une telle comparaison. En effet, le traitement dont il s'agit ici, consiste à réserver à l'investisseur étranger le meilleur traitement réservé aux entreprises nationales. C'est l'interprétation qui selon l'investisseur, doit être retenue, du principe du traitement national et qui ressort de l'article 1102 (3) de l'ALENA⁸⁹².

En conséquence, Methanex considère ADM comme une entreprise nationale établie dans les mêmes circonstances qu'elle. Sur cette base, Methanex soutient qu'elle a droit au même traitement accordé aux investisseurs nationaux, y compris ADM. Selon Methanex, il n'y a pas lieu d'établir une comparaison avec des entreprises moins favorablement traitées, à savoir les

⁸⁹² Sentence finale, 3 août 2005, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), Methanex c. / Etats-Unis, PART IV - CHAPTER B, § 8, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>

entreprises nationales américaines qui subissent l'interdiction de produire des matières faisant l'objet de l'interdiction, telles que le MTBE⁸⁹³.

Pour étayer sa position et pour davantage introduire l'aspect concurrentiel, Methanex a argué qu'elle-même et les entreprises nationales productrices d'éthanol, doivent être considérées comme des concurrents. Elles se font concurrence dans le cadre de la même activité et dans des circonstances analogues⁸⁹⁴, situation prévue à l'article 1102 de l'ALENA.

Methanex avance que les raffineries de pétrole intégrées peuvent utiliser les deux matières (méthanol et éthanol) alternativement. Ceux qui lui achetaient du méthanol ont changé de fournisseur après l'interdiction et se sont orientés vers l'éthanol : le choix était binaire⁸⁹⁵. Methanex soutient également que le marché d'oxygénant a été attribué entièrement aux producteurs d'éthanol, dans la mesure où la décision d'interdiction a entraîné un monopole à leur profit, sans que les considérations environnementales invoquées soient sérieuses⁸⁹⁶.

De son côté, les Etats-Unis contestent l'affirmation selon laquelle le MTBE et l'éthanol sont en concurrence parce que chimiquement, elles sont différentes et leurs utilisations finales sont également différentes. Seul l'éthanol est un oxygénant et le méthanol ne sert que de matière première pour la production de MTBE, matière interdite désormais par la loi californienne et par la loi fédérale américaine⁸⁹⁷.

Les Américains soutiennent également que Methanex a cantonné son affirmation quant au préjudice concurrentiel, à une sous-catégorie du marché. En d'autres termes, il s'agit des raffineurs intégrés qui ont leurs propres installations pour raffiner et distribuer l'essence et produire le MTBE. Le gouvernement étasunien ajoute que Methanex n'a pu apporter la preuve de l'existence de tels raffineurs en Californie ou de raffineurs intégrés, par lesquels le méthanol et l'éthanol se concurrencent. Il ajoute que ces acteurs du marché ne voient dans le méthanol qu'une matière première ni plus ni moins⁸⁹⁸.

⁸⁹³ *idem*, § 20.

⁸⁹⁴ *idem*, § 5.

⁸⁹⁵ *idem*, § 6.

⁸⁹⁶ *idem*, § 7.

⁸⁹⁷ *idem*, § 24.

⁸⁹⁸ Sentence finale, 3 août 2005, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), Methanex c. / Etats-Unis, Part IV - CHAPTER E, § 7, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>

Pour répondre à l'argument de l'investisseur, le tribunal s'est basé sur l'entreprise nationale de référence et a rappelé les critères selon lesquels la comparaison entre l'investisseur étranger et les entreprises nationales doit se faire. Mettant en relief la différence entre des conditions similaires et des conditions identiques, il a considéré qu'il n'y avait pas lieu de comparer deux entreprises placées dans des circonstances similaires, si les circonstances identiques existaient. Le tribunal a en outre précisé que la comparaison devait porter sur les circonstances similaires et non sur les produits similaires, selon le traité de l'ALENA (Chapitre 11)⁸⁹⁹. Pourtant, l'expression « produits similaires » ne se trouve nulle part dans ce chapitre et ce, contrairement à ce qui est prévu à l'article III de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, c'est à dire le « GATT »⁹⁰⁰. Par conséquent, le tribunal a essayé d'imaginer une autre formulation du texte légal constituant l'ALENA, pouvant conduire à inclure les produits substituables ou concurrentiels, au sein du Chapitre 11 consacré à l'investissement⁹⁰¹.

L'effort d'interprétation des traités d'investissement fourni par l'arbitre, aura un impact considérable dans l'issue du litige d'investissement impliquant une question concurrentielle. En ce sens, la désignation d'une entreprise nationale comparable à un investisseur étranger, est un travail d'interprétation qui doit être fait par l'arbitre. Pour y procéder, il doit garder à l'esprit l'objectif du principe même du traitement national. En effet, l'élément fondamental recherché dans l'imposition du principe du traitement national, réside dans la nécessité de prohiber la discrimination entre l'investisseur national et l'investisseur étranger. Il est donc nécessaire de trouver un opérateur économique de référence, grâce auquel il est possible d'évaluer le traitement dit moins favorable, reçu par l'investisseur étranger⁹⁰².

⁸⁹⁹ Sentence arbitrale finale, 3 août 2005, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), Methanex c. / Etats-Unis, PART IV - CHAPTER B, § 33, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>

⁹⁰⁰ *idem*, §29.

⁹⁰¹ « "It may also be assumed that if the drafters of NAFTA had wanted to incorporate trade criteria in its investment chapter by engrafting a GATT-type formula, they could have produced a version of Article 1102 stating "Each Party shall accord to investors [or investments] of another Party treatment no less favorable than it accords its own investors, in like circumstances with respect to any like, directly competitive or substitutable goods". It is clear from this constructive exercise how incongruous, indeed odd, would be the juxtaposition in a single provision dealing with investment of "like circumstances" and "any like, directly competitive or substitutable goods" »: Sentence arbitrale finale, 3 août 2005, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), Methanex c. / Etats-Unis,, PART IV – CHAPTER B, § 34, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>

⁹⁰² **TAMADA (D.)**, « Discriminatory Application of Competition Law and International Investment Agreements », *op. cit.*, p. 11.

A ce stade, se pose la question de donner une signification aux termes que le traité d'investissement emploie, pour prévoir le principe du traitement national. De fait, l'idée la plus souvent rencontrée dans les traités d'investissement, est que l'investisseur étranger reçoive le même traitement que celui des entreprises nationales placées dans des circonstances analogues ou similaires. La difficulté de l'arbitre sera alors de déterminer l'étendue de l'expression consacrée par le traité, pour indiquer l'existence du principe. Pour autant, il s'agit de décider si l'expression "circonstances analogues" peut concerner d'autres possibilités faisant l'objet d'un litige, comme c'est le cas pour des produits analogues ou similaires. La comparaison est souvent établie entre les traités d'investissement qui consacrent le terme des circonstances analogues et l'article III du GATT « Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce » qui consacre la notion de produits analogues. Savoir si les produits similaires entrent en ligne de compte, a fait l'objet d'une controverse auprès de tribunaux arbitraux⁹⁰³ qui avaient utilisé la jurisprudence tirée de l'OMC, pour interpréter l'expression « dans des circonstances analogues ». Tel est le cas dans l'affaire Occidental Exploration and Production Company⁹⁰⁴.

A l'inverse, d'autres tribunaux ont négligé la même jurisprudence, arguant que la manière dont les dispositions des traités d'investissement étaient rédigées, ne correspondait pas tout à fait à la rédaction de la disposition de l'article III-4 du GATT. En effet, la pratique arbitrale montre que les arbitres se gardent de faire le rapprochement entre la notion de circonstances similaires et celle de produits similaires. Cette tendance est illustrée par exemple avec l'affaire Marvin Feldman⁹⁰⁵. En l'occurrence, le tribunal arbitral a décidé que l'expression « dans une situation analogue ou similaire » ne pouvait être considérée comme celle « des produits analogues ou similaires » prévue par la GATT. Dans l'affaire Methanex, la formule

⁹⁰³ *idem*.

⁹⁰⁴ Sentence arbitrale finale, 1^{er} juillet 2004, Occidental exploration and production company c. / Ecuador, London Court of International Arbitration, aff. n° un3467, iic 202 (2004), § 176, disponible sur: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>.

Dans cette affaire, le tribunal a fait la distinction entre les différents objectifs poursuivis par la gatt et les traités d'investissement, en déclarant que : "174. the tribunal is mindful of the discussion of the meaning of "like products" in respect of national treatment under the gatt/wto. in that context it has been held that the concept has to be interpreted narrowly and that like products are related to the concept of directly competitive or substitutable products.

175. however, those views are not specifically pertinent to the issue discussed in this case. in fact, the purpose of national treatment in this dispute is the opposite of that under the gatt/wfo, namely it is to avoid exporters being placed at a disadvantage in foreign markets because of the indirect taxes paid in the country of origin, while in gatt/wto the purpose is to avoid imported products being affected by a distortion of competition with similar domestic products because of taxes and other regulations in the country of destination."

⁹⁰⁵ Sentence CIRDI, 16 décembre 2002, Marvin Feldman c. / Mexico, aff. n° ARB (AF)/99/1, § 165.

choisie par le tribunal était plus subtile, dans la mesure où il a analysé le rôle de la jurisprudence de l'OMC comme une source d'inspiration ou d'orientation⁹⁰⁶. Ainsi, il a déclaré être prêt à se référer à la jurisprudence de l'OMC lorsque cela s'avérerait pertinent et en l'espèce, tel n'était pas le cas⁹⁰⁷. D'une certaine façon, il lui a attribué un rôle secondaire⁹⁰⁸.

En définitive, il a été constaté que les tribunaux arbitraux ont tendance à comparer l'investisseur étranger à l'investisseur national le plus directement comparable ou aux investisseurs opérant dans le même secteur d'affaires. Au demeurant, les tribunaux arbitraux sont enclins à retenir une interprétation élargie des fondements ou situations appelant l'application du principe du traitement national. En témoigne l'interprétation faite par les arbitres, de la notion de secteur à l'intérieur duquel se joue la comparaison⁹⁰⁹. Dans l'affaire *S. D. Myers, Inc.* par exemple, le tribunal arbitral a dû répondre à la question sur la délimitation du secteur dans lequel l'investisseur étranger opérait. Il a ainsi considéré que la notion de secteur étant étendue, il était permis d'y englober le secteur économique (« *economic sector* ») comme le secteur d'affaires (« *business sector* »), lors de l'application du principe du traitement national⁹¹⁰. Dans une autre affaire, l'expression de circonstances analogues a été retenue comme signifiant la même activité exercée par l'investisseur et les entreprises nationales, en l'espèce l'exportation de cigarettes⁹¹¹. Dans un troisième cas, le tribunal arbitral est allé encore plus loin, en élargissant le critère de comparaison et ce, en se référant à la situation des producteurs locaux en général, sans limiter son raisonnement à ce secteur d'activité-là, en l'occurrence, pétrolier⁹¹². Enfin, dans l'affaire *Grand River*, le tribunal arbitral a interprété les circonstances analogues sur la base des entreprises comparées assujetties au même régime juridique restrictif⁹¹³.

⁹⁰⁶ Sentence finale, 3 août 2005, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), *Methanex c. / Etats-Unis*, PART IV - CHAPTER B, § 6, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>

⁹⁰⁷ *idem*.

⁹⁰⁸ **TAMADA (D.)**, « Discriminatory Application of Competition Law and International Investment Agreements », *op. cit.*, p. 14.

⁹⁰⁹ *idem*, p. 11.

⁹¹⁰ Sentence partielle, 13 novembre 2000, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, *S. D. Myers, Inc. c. / Canada*, § 250, disponible sur : <https://www.italaw.com/cases/969>

⁹¹¹ Sentence CIRDI, 16 décembre 2002, *Marvin Feldman c. / Mexico*, aff. n° ARB (AF)/99/1, §§ 171-172 : « *the Tribunal holds that the companies which are in like circumstances, domestic and foreign, are the trading companies, those in the business of purchasing Mexican cigarettes for export.* »

⁹¹² Sentence finale, 1^{er} juillet 2004, *Occidental Exploration and Production Company c. / Ecuador*, London Court of International Arbitration, aff. n° UN3467, IIC 202 (2004), § 173, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>

⁹¹³ Sentence arbitrale, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, 12 janvier 2011, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c. / United States of America*, § 166, disponible sur :

L'adoption par les arbitres de cette méthodologie rend possible un rapprochement entre le droit de la concurrence et un traité d'investissement élargi. Elle permet aussi un raisonnement arbitral plus solide.

B/ La prise en compte possible des concepts développés par le droit de la concurrence

Dans l'affaire Methanex, le tribunal a penché en faveur de l'entreprise nationale la plus directement comparable. Il a conclu que la Californie n'avait pas fait de distinction entre les entreprises nationales et les investisseurs étrangers, dans la mesure où l'interdiction de la MTBE avait été adressée à toutes les entreprises productrices sans exception. Par conséquent, le principe du traitement national avait été respecté⁹¹⁴ mais force est de constater qu'il a par là même écarté la possibilité de considérer la notion de secteur économique ou de secteur d'affaires. Si le tribunal a opté pour un tel choix, une comparaison valable aurait pu être faite entre l'investisseur canadien et l'entreprise américaine, ce qui aurait pu fonder juridiquement ladite violation du principe du traitement national.

Il est indéniable que la clef de l'affaire Methanex réside dans la détermination de la signification à retenir, de l'expression « *dans des circonstances analogues* » (*in like circumstances*) prévue par l'article 1102 de l'ALENA. Le tribunal conclut que les rédacteurs de l'ALENA ont délibérément procédé à l'instauration d'une distinction entre les dispositions relatives au commerce et celles relatives à l'investissement⁹¹⁵. De fait, la similitude de produits n'aboutit pas à étendre l'application du principe du traitement national aux produits résultant de l'investissement. Ce principe est cantonné à l'activité de l'investisseur en tant que telle. En d'autres termes, que les produits soient substituables ou qu'une concurrence soit possible entre eux, est sans pertinence dans la résolution du litige. Le tribunal justifie sa déduction en démontrant que l'article 1102 ne contient pas les expressions « des produits similaires », « des produits substituables ou concurrentiels ». Il continue en disant que l'expression « circonstances similaires » contenue dans l'article, n'intéresse que les mesures normatives qui peuvent constituer des barrières techniques au commerce et uniquement en

⁹¹⁴ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0384.pdf>
Sentence arbitrale finale, 3 août 2005, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), Methanex c. / Etats-Unis,, PART IV - CHAPTER B, § 38, disponible sur :

⁹¹⁵ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>
idem, § 35.

matière de services. Enfin, cette expression n'est employée nulle part dans les dispositions de l'ALENA dédiées aux produits⁹¹⁶.

Du point de vue du droit de la concurrence, il est probable que la délimitation du marché pertinent soit perceptible et que les deux matières en question soient des produits sur le même marché. La substituabilité des produits est suffisante pour dire qu'il y a une concurrence entre eux. Le tribunal a reconnu d'une manière ou d'une autre, que la mesure prise par la Californie a entraîné une entrave à la concurrence entre les entreprises produisant du méthanol et de l'éthanol. Le moyen juridique qui a permis au tribunal de ne pas calquer la solution consacrée par le droit de la concurrence, à celle du principe du traitement national, réside dans l'interprétation de l'article 1102 de l'ALENA consacrant le principe du traitement national. Le tribunal s'est efforcé d'établir une différence entre l'application des dispositions relatives au commerce de produits et les dispositions relatives au fonctionnement de l'investissement, pour justifier sa solution. Il a appliqué l'expression « circonstances similaires » aux conditions selon lesquelles un service est effectué et fait en sorte qu'aucune barrière technique n'empêche l'activité de l'investisseur. En outre, l'existence des entreprises nationales situées exactement dans la même situation que l'investisseur, a empêché le tribunal d'effectuer une comparaison entre Methanex et les producteurs d'éthanol parmi lesquelles ADM.

Le choix du tribunal d'élargir la distinction entre le droit de l'investissement et le droit de la concurrence repose sur des critères instables et contestables. Les solutions mises en œuvre par d'autres tribunaux déjà mentionnés, sont de nature à davantage rapprocher le maintien d'une concurrence saine et les exigences des traités d'investissement. Adopter la notion de secteur d'exercice des entreprises comparées ou la notion d'assujettissement au même régime juridique restrictif, permet d'instaurer une jurisprudence arbitrale plus cohérente et homogène. Ainsi, les risques de heurts entre les deux normes sont-ils peu élevés. De plus, si l'arbitre pense que la combinaison de ces deux normes est possible, il doit en saisir l'opportunité et faire en sorte d'aboutir à un compromis, sans sacrifier une norme au détriment de l'autre. Ce faisant, il défend sa sentence contre la critique de créer une étanchéité artificielle entre les deux normes, afin de justifier une séparation de deux normes dont l'objectif est de consolider un déni d'influence mutuelle exercée par l'une vis-à-vis de l'autre. Le risque auquel aboutit un tel déni arbitral tient au fait que l'exclusion totale des principes régissant le droit de la

⁹¹⁶ *idem*, § 33.

concurrence, rend inefficace le principe du traitement national appartenant au droit de l'investissement.

Etant donné les conséquences de la position prise par le tribunal arbitral dans l'affaire Methanex, un auteur s'est demandé si cette position n'était pas discriminatoire, ce que l'OMC prohibe. A ce titre, il précise il y a eu une dérogation au raisonnement habituel en matière du droit international économique. Il ajoute qu'il serait étrange que le tribunal arbitral ait pu décider qu'il n'y avait pas lieu de comparer l'investisseur étranger à l'entreprise nationale, vis-à-vis de laquelle le traitement de faveur a été allégué⁹¹⁷.

En fin de compte, force est de constater que le tribunal arrive à déclarer son incompétence pour statuer sur l'affaire, puisque la mesure prise par la Californie n'est pas de nature à concerner les intérêts de l'investisseur⁹¹⁸. Pour un auteur, c'est une « *conclusion sans grande signification, la partie défenderesse s'étant vue exonérée de tout blâme sur le fond* »⁹¹⁹.

En toute logique, il convient de déduire de ce qui précède qu'exclure certains concepts et notions développés par le droit de la concurrence, induit l'impossibilité de bénéficier pleinement des traités d'investissement, notamment en ce qui concerne la protection qu'ils fournissent aux investisseurs.

Il reste à s'interroger sur l'approche séparatiste consistant à traiter les litiges d'investissement indépendamment du droit de la concurrence, suivie pour l'affaire Methanex et tenable par la force des choses. De fait, quelle est la place réservée au droit de la concurrence dans les cas de litige où investissement et concurrence se retrouvent ?

§II- L'absence de frontières entre le droit de la concurrence et le traité d'investissement

⁹¹⁷ **BACHAND (R.)**, « Indétermination du droit, légitimité des institutions et droit international de l'investissement », *op. cit.*, p. 104.

⁹¹⁸ Sentence arbitrale finale, 3 août 2005, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), Methanex c. / Etats-Unis,, Part VI - Page 1, § 1, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>

⁹¹⁹ **BACHAND (R.)**, « Indétermination du droit, légitimité des institutions et droit international de l'investissement », *op. cit.*, p. 102.

Il faut admettre que le droit de l'investissement ne peut faire abstraction du droit de la concurrence et le considérer comme s'il n'existait pas. L'interaction entre les deux normes commence dès qu'un litige d'investissement est posé à l'arbitre. Ce dernier fera alors recours au droit de la concurrence, pour savoir s'il est en présence d'une entreprise apte à recevoir la protection conférée par le traité d'investissement. De même, l'arbitre se réfère au droit de la concurrence pour mesurer le degré de gravité de la mesure étatique contestée et son éventuelle légitimation, si l'application de ce droit a conduit à la procédure d'arbitrage. D'une certaine façon, les consultations de l'arbitre du droit de la concurrence illustrent la rencontre indispensable entre ces deux normes (A).

En dehors de ces cas de figure, l'implication du droit de la concurrence dans les litiges d'investissement, passe par la nature de la revendication de l'investisseur. En d'autres termes, lesquels de ses droits d'investisseur pour s'inscrire dans le jeu de la concurrence du pays d'accueil, ont-ils été atteints ? S'il s'avère que l'investisseur a effectivement été lésé, l'arbitre ne peut que déclarer la violation du principe du traitement national. Néanmoins, ce dernier doit examiner les justifications avancées par l'Etat mis en cause et l'inciter à prendre les mesures restreignant le pouvoir concurrentiel de l'investisseur. Dans ce cas précis, l'arbitre fera recours à des notions juridiques dotées de pouvoir justificatif, expliquant l'exclusion de la solution naturelle, traduite par une déclaration de violation du principe du traitement national (B).

A/ La rencontre indispensable entre le droit de la concurrence et le traité d'investissement

Certains concepts juridiques dont la définition influence le sort des litiges d'investissement, sont définis et identifiés par le droit de la concurrence. De ce fait, l'arbitre doit utiliser le droit de la concurrence quand le litige dont il est saisi, est porteur d'un aspect concurrentiel.

Ainsi, la définition même de l'entreprise est tirée du droit de la concurrence, car ce dernier désigne les sujets sur lesquels il s'applique. En effet, que le droit de la concurrence constitue un droit interne ne l'empêche pas d'influencer l'étendue d'application du traité d'investissement. Cela s'explique car le traité d'investissement ne peut ignorer l'existence du droit interne en général et du droit de la concurrence en particulier. Il y a une sorte d'interdépendance entre le droit interne et le droit de l'investissement. La définition attribuée

à la notion d'entreprise dans le traité d'investissement par exemple, qui englobe la Chine, la Corée du sud et le Japon, a des liens étroits avec l'application de la loi anti-monopole chinoise. L'entreprise étant par conséquent identifiée aux lois et règlements de l'Etat d'accueil, ces derniers sont à prendre en compte lors de la détermination de l'entreprise jouissant de la protection d'investissement. Selon l'article 1 (4) du traité ici mentionné, « *le terme entreprise de la partie contractante fait référence à quelconque personne juridique ou toute autre entité constituée ou organisée en vertu des lois et règlements applicables de cette partie contractante, que ce soit ou non à des fins lucratives, que ce soit privée ou détenue par le gouvernement ou contrôlé par lui, le terme comprend les formes suivantes : une société, une compagnie, un trust, un partenariat, une entreprise individuelle, une joint-venture, une association ou une organisation* ». Cet article a la même fonction que la clause de légalité, dans le sens où l'entreprise doit être créée et constituée conformément à la législation et à la réglementation de l'Etat hôte. Dans ce contexte, une société créée en violation de la loi anti-monopole chinoise, ne saurait être considérée comme une entreprise constituée en conformité avec ledit article. Il s'ensuit que l'entreprise de la partie contractante n'existe pas et par extension, il n'y a pas d'investissement possiblement protégé juridiquement⁹²⁰.

Le lien entre le droit de la concurrence et le droit de l'investissement pose une autre question, à savoir la capacité des entreprises nationales à résister à la tempête concurrentielle menée par les géants étrangers. La question devient plus pressante lorsqu'il s'agit des pays en voie de développement où il importe de « *savoir si les entreprises nationales opérant sur le même marché local qu'un investisseur étranger, qui peut être une grande société transnationale, se trouvent dans des "circonstances similaires"* »⁹²¹. Ainsi, il est pertinent de dire que le principe du traitement national est étroitement lié à la configuration de la concurrence dans le pays concerné. De surcroît, le pays introduisant ce principe dans les traités d'investissement, fait confiance à la capacité de ses entreprises à faire face à la compétitivité étrangère. En revanche, le pays qui a tendance à ne pas reconnaître ce principe, est considéré comme suivant les politiques protectrices des entreprises nationales. La Chine en constitue un

⁹²⁰ **TAMADA (D.)**, « Discriminatory Application of Competition Law and International Investment Agreements », *op. cit.*, pp. 18-19.

⁹²¹ **ETUDES DE LA CNUCED**, (Conférence des Nations Unies sur le Commerce Et le Développement) sur les politiques d'investissement international au service du développement, *Etudes sur les différends entre Etats et investisseurs dans le contexte des accords d'investissement*, Nations Unies, New York et Genève, 2005, p. 61.

exemple : en général, elle n'insère pas ce principe dans les traités d'investissements qui la lie aux autres pays⁹²².

D'ailleurs, les droits de la concurrence contiennent souvent des dispositions laissant une latitude d'appréciation aux autorités, au point que l'application rigoureuse puisse être exclue dans certains cas. L'appréciation de l'opposabilité de ces dispositions et leur mise en œuvre peuvent être placées sous l'autorité de l'arbitre, dans la mesure où l'ambiguïté de ces dispositions, permet à l'autorité chargée de l'application du droit de la concurrence, de privilégier les entreprises nationales au détriment des investisseurs étrangers.

En effet, l'application des règles juridiques régissant la concurrence d'une économie nationale, peut se trouver en contradiction avec les traités d'investissement, si ces règles permettent une application discriminatoire des dispositions luttant contre le monopole, au profit des entreprises nationales et au détriment des investisseurs étrangers. La loi anti-monopole chinoise en constitue un exemple car l'autorité de la concurrence chinoise tend à appliquer la loi de façon discriminatoire, favorisant les entreprises nationales, sans avoir à justifier sa position. Dans son article 7 par exemple, la loi chinoise anti-monopole prévoit : *« En ce qui concerne l'industrie contrôlée par l'économie d'Etat, l'industrie concernant un élément vital de l'économie nationale, l'industrie concernant la sécurité nationale ou les industries mettant en œuvre une opération exclusive et des ventes conformes à la loi, il incombe à l'Etat de protéger les opérations commerciales licites effectuées par des opérateurs économiques dans ce cadre-là. L'Etat réglemente et contrôle conformément à la loi les opérations commerciales ainsi que les prix des produits et services afin de préserver les intérêts des consommateurs et promouvoir le progrès technique.*

*Les opérateurs mentionnés ci-dessus doivent opérer sur le marché en respectant la loi et ils sont soumis à une obligation d'honnêteté et de bonne foi. Par ailleurs, ils doivent être strictement auto-disciplinés, et doivent accepter l'encadrement social, ne pas porter atteinte aux intérêts des consommateurs en vertu de leur position d'exclusivité ou leur position dominante »*⁹²³.

⁹²² **TAMADA (D.)**, « Discriminatory Application of Competition Law and International Investment Agreements », *op. cit.*, p. 15.

⁹²³ Article cité par **TAMADA (D.)**, « Discriminatory Application of Competition Law and International Investment Agreements », *Discussion Paper Series*, 15-E-125, Novembre 2015, The Research Institute of Economy, Trade and Industry, p. 6, disponible sur : <https://www.rieti.go.jp/en/publications/summary/15110008.html>

Cet article admet le principe d'exceptions, ce qui permet à l'autorité anti-monopole d'extraire certaines situations des contrôles à mener en application des lois chinoises. Pour pouvoir respecter de telles exemptions prévues par la loi, le traité d'investissement doit les prendre en considération, sinon ces dispositions sont considérées en contradiction avec les obligations internationales⁹²⁴. Cette contradiction s'explique par le pouvoir discrétionnaire dont l'Etat est doté en vertu de cet article rendant la position de l'investisseur étranger incertaine. Toute mesure étatique peut être justifiée par la simple référence à cet article.

Dans le même ordre d'idées, l'article 27 de la loi anti-monopole chinoise contient l'une des clauses les plus controversées car il prévoit le cadre suivant : « *lors de l'examen d'une opération de concentration des opérateurs d'affaires, il est tenu compte des éléments suivants :*

- (1) *La part de marché détenue par les opérateurs impliqués dans l'opération de concentration sur le marché pertinent et le pouvoir de contrôle entraîné par cette concentration vis-à-vis du marché en question,*
- (2) *le degré de la concentration du marché pertinent,*
- (3) *l'influence de la concentration des opérateurs économique sur l'accès au marché et le progrès technologique,*
- (4) *l'influence de la concentration des opérateurs économiques sur les consommateurs et sur les autres opérateurs économiques,*
- (5) *l'influence de la concentration des opérateurs économiques sur le développement de l'économie nationale,*
- (6) *d'autres éléments pouvant avoir effet sur la concurrence sur le marché et qui doivent être pris en compte du point de vue de l'autorité anti-monopole sous le contrôle du conseil d'Etat ».*

Le point 5 pose un problème dans la mesure où il permet à une opération de concentration contribuant au développement de l'économie nationale, de passer par un examen modéré quand elle concerne des investisseurs nationaux. Pour mémoire, les investisseurs étrangers auront un traitement moins favorable en subissant les exigences de la loi chinoise dans le

⁹²⁴ **TAMADA (D.)**, « Discriminatory Application of Competition Law and International Investment Agreements », *op. cit.*, p. 6.

même cas de figure. Face à cette situation, savoir s'il y a violation du principe du traitement national prévu par le traité d'investissement, peut valablement être discuté⁹²⁵.

Faire appel à ce genre de dispositions permet de déduire que les recoupements entre les deux normes proviennent de leurs champs d'application respectifs. En d'autres termes, la rencontre entre leurs dispositions est naturelle. De plus, accorder l'opposabilité aux dispositions du droit de la concurrence relève de la compétence du tribunal arbitral. Ainsi, dans l'hypothèse où un tribunal arbitral est saisi sur la base d'une application préjudiciable de la loi anti-monopole chinoise vis-à-vis d'un investisseur étranger, le tribunal va procéder au règlement du litige en vérifiant certaines conditions.

Avant d'aborder l'analyse avancée par l'auteur de l'hypothèse, il convient de préciser que l'investisseur imaginé de ce cas d'école, est japonais. Cela permettra d'utiliser le traité d'investissement existant entre le Japon et la Chine, dont le principe du traitement national fait partie. Ainsi pour l'auteur, il convient de tenir compte de quatre éléments favorables ou défavorables envers l'investisseur étranger opérant sur le marché chinois. En premier lieu, il faut qu'il y ait des concurrents, des entreprises japonaises et chinoises opérant dans le même secteur. L'interprétation de la notion de secteur peut être extensive pour inclure le secteur des affaires comme le secteur industriel. La question qui émerge est de savoir s'il existe des concurrents chinois comparables aux investisseurs étrangers et auxquels la loi anti-monopole est applicable également. En deuxième lieu, dans le cas où la première condition serait remplie, la nature défavorable du traitement est facilement démontrable. Il suffit de constater la différence existant entre les entreprises sanctionnées et celles non sanctionnées par la mesure appliquant la loi anti-monopole chinoise. En troisième lieu, il n'y a nul besoin de prouver que le gouvernement chinois a l'intention de traiter les investisseurs étrangers de façon défavorable. Il suffit que le traitement soit défavorable en soi, pour déclencher la mise en œuvre du principe du traitement national. Quant à la justification enfin, il sera nécessaire de mettre en relief les articles de loi anti-monopole aux termes desquels la protection de l'économie nationale constitue une exception à la mise en œuvre de la loi anti-monopole. Par extension, sera constituée une exception de l'application du principe du traitement national, d'autant plus que les arbitres peuvent décider d'appliquer la notion d'intérêt public qui fait partie de la réglementation de la concurrence en Chine⁹²⁶.

⁹²⁵ *idem*, pp. 6-7.

⁹²⁶ *idem*, p. 17.

Dans l'état actuel des choses, il est difficile d'anticiper la solution que l'arbitre retiendra car elle dépendra de l'interprétation que l'arbitre aura des dispositions du droit de la concurrence entraînant la procédure d'arbitrage. Si la justification tirée du droit de la concurrence n'est pas prise en compte par l'arbitre, il existe une autre possibilité à laquelle l'arbitre peut se référer pour contourner le principe du traitement national et par voie de conséquence, le préjudice concurrentiel entraîné par la mesure étatique contestée : la notion d'intérêt public, pertinente dans ce contexte.

B/ Le renvoi à une notion juridique justifiant l'exclusion du droit de la concurrence

Selon la jurisprudence incohérente de l'arbitrage d'investissement, trois étapes doivent être respectées dans le raisonnement porté sur le traitement national. Premièrement, l'investisseur étranger est-il placé dans un milieu comparable à celui des investisseurs locaux ou nationaux ? Cela est fréquemment traduit par les expressions « dans des situations comparables » ou « dans les mêmes circonstances ». Deuxièmement, le tribunal vérifie que le traitement reçu par l'investisseur étranger, est au moins aussi favorable que celui accordé aux investisseurs nationaux. Enfin, dans la mesure où une violation du traitement national est établie, le tribunal vérifie si la différenciation est fondée sur une réglementation légitime ou sur d'autres justifications⁹²⁷.

En principe, l'arbitre a l'autorité pour exonérer un Etat de toute responsabilité vis-à-vis d'investisseurs lésés, par des mesures étatiques dans des situations de crise. A cet égard et tout particulièrement dans un cadre de contrat de concession conclu entre un Etat et un investisseur, l'état de nécessité peut être invoqué si l'Etat passe par une crise économique par exemple. Certains arbitres acceptent un tel fondement juridique en tant que tel, d'autres non. Ces derniers conditionnent l'exonération de l'Etat à ce que le traité d'investissement fasse référence au cas de nécessité ou qu'il contienne une référence au droit international public qui consacre et reconnaisse cette situation⁹²⁸. Il s'y ajoute d'autres considérations qui sont normalement incluses dans des traités d'investissement et qui assurent l'intérêt général comme les considérations relatives à la protection de l'environnement.

⁹²⁷ *idem*, p. 11.

⁹²⁸ **AUDIT (M.)**, « Deuxième table ronde : Jurisprudence arbitrale : Dialectique entre le souci de traiter les parties sur un pied d'égalité et la volonté de prendre en compte les intérêts de l'Etat / autorité concédante, (compte rendue) » : *Rev. dr. aff. int.*, 2013, pp. 360-361.

Dans l'affaire Methanex, l'investisseur s'est efforcé de réfuter les raisons environnementales derrière la mesure étatique, parce que cette dernière ne répondait pas aux exigences consacrées par l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. Il s'agit ici, de l'article XX du GAAT auquel l'article 2101 de l'ALENA⁹²⁹ renvoie. En l'occurrence, l'application des exceptions générales permettant aux Etats de se soustraire aux dispositions de l'accord, est subordonnée à ce que les mesures prises par l'Etat concerné « *ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international* »⁹³⁰. Methanex souligne que la mesure prise par la Californie avait bel et bien un objectif discriminatoire et injustifiable.

Pourtant, au lieu de trouver dans l'argument environnemental une façon d'éviter la connexité entre le droit de la concurrence et le droit de l'investissement, le tribunal a préféré faire valoir la généralité de la mesure, avançant qu'elle touche les entreprises nationales comme les entreprises étrangères. En outre, le tribunal a exclu toute comparaison entre des entreprises produisant deux matières différentes, alors qu'il aurait pu arguer que le méthanol est plus polluant que l'éthanol car il nécessite une transformation. Comme l'a montré un auteur, la justification du tribunal a échoué⁹³¹.

Il est intéressant de relever que le tribunal a évoqué sans le détailler, l'intérêt général dans sa décision d'interdire le méthanol. Sa ligne a été de refuser de retenir l'expropriation prévue par l'article 1110 de l'ALENA, en opposant que la mesure prise était dans l'intérêt général et affectait l'investisseur étranger aussi bien que les autres entreprises. Le tribunal a du reste signalé, qu'une exception particulière s'appliquait lorsque l'Etat d'accueil avait pris un

⁹²⁹ Cet article contient la disposition suivante « *l'article XX de l'Accord général et ses notes interprétatives, ou toute disposition équivalente d'un accord qui lui aura succédé et auquel toutes les Parties auront adhéré, sont incorporés au présent accord et en font partie intégrante. Les Parties comprennent que les mesures visées au paragraphe XXb) de l'Accord général englobent les mesures de protection de l'environnement nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux et que le paragraphe XXg) s'applique aux mesures se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, biologiques et non biologiques.* »

⁹³⁰ L'article XX de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947).

⁹³¹ **BACHAND (R.)**, « Indétermination du droit, légitimité des institutions et droit international de l'investissement », *op. cit.*, p. 103.

engagement spécifique au terme duquel, de telles mesures n'auront pas d'effet vis-à-vis de l'investisseur étranger⁹³².

Il faut souligner que les arbitres ne sont pas indifférents à la notion d'intérêt général et qu'ils le prennent en compte lors de l'examen des circonstances à partir desquelles le principe du traitement national est considéré. Ainsi, dans les affaires *S. D. Myers, Inc. et Pope & Talbot*, la dimension environnementale a pesé, les deux investisseurs étant dans des circonstances analogues. Dans l'affaire *Parkerings c. /Lituanie* aussi, le tribunal a fait entrer l'aspect historique et archéologique des emplacements des projets, dans son appréciation des circonstances analogues, afin de déterminer si un traitement moins favorable avait été rendu⁹³³. Le surgissement de l'intérêt public en tant que référence pour déterminer si deux entreprises – nationale et étrangère – se trouvent dans des circonstances analogues, a permis l'approbation d'une différenciation de traitement pratiquée à l'égard de l'investisseur contestant la mesure étatique. Cela a eu pour effet d'élargir le cercle dans lequel manœuvre l'arbitre. En d'autres termes, l'arbitre ne se borne pas concrètement à comparer les activités économiques exercées par les entreprises faisant l'objet de l'examen, il englobe dans son analyse l'impact de l'intérêt général qui conduit potentiellement à la justification de la différenciation de traitement⁹³⁴.

Ceci dit, en adoptant ce raisonnement, il est impossible de traiter sur un pied d'égalité deux opérateurs économiques exerçant la même activité. De fait, le risque de porter atteinte à la santé publique ou à l'environnement, ne relève pas du même niveau suivant la position géographique des investisseurs comparés. Ainsi, si l'un se trouve à « *proximité d'un cours d'eau ou d'un espace écologique* », alors que l'autre se trouve en agglomération, il n'y a pas lieu de faire valoir le principe du traitement national. Dans cette acception, l'inclusion de la notion d'intérêt public dans l'appréciation de l'analogie des circonstances, a changé la situation dans le sens où l'arbitre étend ses prérogatives au-delà de la similitude de l'activité économique examinée. Conséquemment, la quête de circonstances analogues passe par

⁹³² Sentence arbitrale finale, 3 août 2005, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), *Methanex c. / Etats-Unis*, PART IV - CHAPTER D, § 7, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>

⁹³³ Sentence CIRDI, 11 septembre 2007, *Parkerings-Compagniet AS c. / Lituanie*, aff. n° ARB/05/8, §§ 362 et s.

⁹³⁴ **BEN HAMIDA (W.)**, « Investissements internationaux - La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements », *op. cit.*, § 40.

l'examen de la motivation de la mesure étatique et la possibilité d'abriter un intérêt général digne de protection⁹³⁵.

Les arbitres ne sont pas réticents aux politiques étatiques dès lors qu'un intérêt public légitime sous-tend la politique défendue. Ainsi, dans l'affaire Pope & Talbot, le tribunal a mis en évidence plusieurs points : la mesure prise par l'Etat peut avoir pour objet de poursuivre une politique gouvernementale rationnelle, sans faire de distinction entre les investisseurs nationaux et les étrangers, ni de prime abord, ni de facto. La mesure peut aussi ne pas compromettre les objectifs de libéralisation poursuivis par l'ALENA. Par conséquent, aucune violation du principe du traitement national ne peut être retenue⁹³⁶.

De même dans une autre affaire, le gouvernement américain a exigé que seul l'acier produit localement soit utilisé dans la réalisation des projets gouvernementaux. Cette exigence n'a pas été reconnue comme une violation du principe du traitement national car une telle restriction s'appliquait de fait aussi bien aux prestataires nationaux qu'aux prestataires étrangers⁹³⁷. Si le gouvernement de l'Etat d'accueil parvient à établir l'existence d'un intérêt général motivant la mesure contestée, celle-ci ne peut tomber sous le coup de la disposition du principe du traitement national non moins favorable. Ainsi dans certaines circonstances, la défense des politiques nationales poursuivant un intérêt public, est-elle recevable par les tribunaux arbitraux. En d'autres termes, le fait de défendre un intérêt public national est apte à constituer un fondement raisonnable pour ne pas accorder aux investisseurs étrangers un traitement égal à celui accordé aux entreprises nationales⁹³⁸.

Pour que la mesure étatique cherchant à satisfaire l'intérêt général soit valorisée aux yeux du tribunal arbitral, elle ne doit pas viser intentionnellement à sanctionner un investisseur en soi. Ce genre d'arguments est invoqué par les investisseurs et il incombe au tribunal arbitral de

⁹³⁵ *idem*.

⁹³⁶ Sentence arbitrale finale, 10 avril 2001, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), Pope and Talbot Inc. c. / The Government of Canada, §78, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>

⁹³⁷ Sentence CIRDI, 9 janvier 2003, ADF GROUP INC. c. / United States of America, aff. n° ARB (AF)/00/1, §§ 156-158, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>. Voir également : Sentence arbitrale finale, 10 avril, 2001, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), Pope and Talbot Inc. c. / The Government of Canada, §§ 43-63 et §§ 68-69, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>

⁹³⁸ **TAMADA (D.)**, « Discriminatory Application of Competition Law and International Investment Agreements », *op. cit.*, p. 14.

l'examiner. Ainsi, dans l'affaire Methanex, le tribunal a-t-il examiné l'argumentation avancée par l'investisseur : la mesure gouvernementale avait été prise pour punir Methanex. Les expertises se sont alors succédé devant le tribunal arbitral qui a tranché en s'appuyant sur une expertise de l'Université de Californie jugée par lui objective, comparée aux expertises contradictoires des deux parties litigantes⁹³⁹. L'arbitre a conclu que la mauvaise foi n'étant pas établie, l'intention de chercher à nuire à Methanex n'était pas avérée.

A partir de ces constatations, la marge discrétionnaire dont bénéficie un Etat dans la réglementation de l'investissement, s'élargit. Parallèlement, les exigences nécessaires à la condamnation d'une mesure étatique, deviennent plus difficiles à réunir. Notamment, la possibilité d'établir que la mesure étatique dite générale et non-discriminatoire, vise à nuire aux intérêts d'un investisseur étranger.

En définitive, une séparation entre le droit de la concurrence et le principe du traitement national est possible, mais les instruments juridiques doivent permettre de justifier cette séparation. Il ne convient pas de construire des barrières factices prétendant tracer le fossé entre les deux normes et l'accomplissement de ce travail appartient à l'arbitre.

⁹³⁹ Sentence arbitrale finale, 3 août 2005, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), Methanex c. / Etats-Unis, PART III - CHAPTER A, §§ 101 et s., disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>

CONCLUSION DU CHAPITRE

L'interaction entre le droit de la concurrence et le traité d'investissement est parfois inéluctable. C'est la raison pour laquelle, l'arbitre doit parvenir à une harmonie en évitant d'isoler le droit de l'investissement de toute influence venant du droit de la concurrence, lorsqu'il s'agit d'appliquer le principe du traitement national.

Il est à remarquer que le traitement du droit de la concurrence sous l'angle du traité d'investissement donne à ce droit, une dimension protectrice vis-à-vis des investisseurs étrangers, alors que le droit de la concurrence est perçu généralement comme un droit assurant la défense des intérêts étatiques. Cela a pour effet de dire que l'imposition des principes provenant du droit de la concurrence, est préjudiciable à l'Etat promulguant ce même droit. En ce sens, ledit Etat se trouve sanctionné par l'arbitre pour manquement à sa propre loi. Une telle constatation est d'autant plus vraie quand la coïncidence des solutions apportées par les deux normes est possible. Ce cas se produit si d'une part, le droit de la concurrence a été désactivé par l'Etat qui l'a instauré, pour privilégier les pouvoirs concurrentiels des entreprises nationales, au détriment des entreprises étrangères opérant sur le même marché et d'autre part, si une justification légitime expliquant la violation du principe du traitement national fait défaut.

En tout état de cause, il existe un paradoxe dans la relation entre les deux normes : l'Etat accueillant l'investissement tente de se soustraire à sa propre loi de la concurrence, afin d'appliquer une politique qu'il juge bénéfique à sa propre économie. Concrètement, il tente d'user du traité d'investissement pour légitimer sa mesure contestée par l'investisseur, en invoquant l'intérêt public et la généralité de la mesure. Quand l'investisseur ressent que ses pouvoirs concurrentiels sont remis en question, il est compréhensible de vouloir les protéger en recourant à l'arbitre. L'intervention de ce dernier permet de rétablir l'ordre en affirmant les principes prévus par le droit de la concurrence, après les avoir introduits dans le traité d'investissement.

En cherchant à faire le lien entre le droit de la concurrence et le principe du traitement national, l'arbitre garantit à la fois une application saine du traité d'investissement qui appartient au droit international et une meilleure protection des pouvoirs concurrentiels de

l'investisseur. Puisque l'arbitre part de critères précis du droit de la concurrence, il est à même d'apprécier la violation prétendue du principe du traitement national, ce qui empêche toute décision aléatoire. Il paraît plus juste et plus conforme à la sécurité juridique de fournir une telle protection à l'investisseur étranger. La mesure étatique cassant la logique concurrentielle ne peut être validée que si l'intérêt public motivant la mesure, est très présent et identifiable.

Les arguments du droit de la concurrence peuvent s'avérer très pertinents dans des litiges d'investissement. Ils incitent le tribunal à assurer la cohérence entre les deux instruments juridiques d'un point de vue conceptuel, pour arriver en définitive à un rapprochement entre des dispositions juridiques aspirant à des objectifs communs.

Le fait que l'arbitre donne une voix prépondérante aux principes consacrés par le droit de la concurrence dans un contexte international d'investissement, signifie que le droit de la concurrence acquiert une légitimité internationale, alors qu'il constitue un droit interne. Autrement dit, ce droit aspire à l'internationalisation à l'époque de la mondialisation. Par là même, l'arbitre est en mesure de porter un jugement sur les dispositions du droit de la concurrence de l'Etat hôte de l'investissement et de déterminer si ce droit est atteint de partialité ou non. Si la partialité fait partie de ce droit de la concurrence, l'arbitre le neutralise en faisant valoir le principe du traitement national qui au fond, conduit au respect des principes constituant le droit de la concurrence, exempt de toute partialité et de toute dénaturation.

Toutefois, il n'est pas exclu que le droit de la concurrence d'un Etat soit partial dès sa promulgation, de sorte qu'il favorise les entreprises nationales et lèse les investisseurs étrangers. Dans ce cas de figure, l'arbitre est le garant d'une application juste du traité d'investissement et peut mettre en échec l'application du droit interne manquant d'impartialité. Une exception provenant du traité d'investissement peut être faite à cette prérogative arbitrale, dans la mesure où le traité d'investissement légitime ce type d'impartialité en faveur des entreprises nationales.

TITRE II

L'IMPLICATION DE L'ARBITRE ENCADRÉE

PAR LA RESTRICTION EXCESSIVE DES PRÉROGATIVES ARBITRALES

L'une des formes d'implication de l'arbitre dans la protection des politiques étatiques se traduit par sa désignation en tant que gardien chargé de faire respecter la bonne application des dispositions du droit de la concurrence. En ce sens, il ne s'agit pas d'un arbitre autonome appliquant le droit de la concurrence, si ce droit s'avère pertinent par rapport au litige dont il est saisi. Il s'agit d'un arbitre désigné par un opérateur économique, dont la mission consiste à appliquer un certain nombre d'engagements, souscrits par l'opérateur auprès d'une autorité de la concurrence. Ces engagements visent à apaiser les craintes de cette autorité sur une situation concurrentielle existante ou potentielle suivant l'adoption de l'opérateur en question de certaines pratiques anticoncurrentielles. Des engagements de la même nature peuvent être souscrits auprès d'une autorité de la concurrence lorsqu'un opérateur économique s'apprête à réaliser une opération de concentration économique. La mission de l'arbitre va se traduire par la mise en œuvre des engagements qui seront repris dans la décision émanant de l'autorité de la concurrence.

Sur le plan européen, la Commission européenne accepte l'introduction de l'arbitrage international, comme moyen garantissant l'exécution des engagements par les opérateurs économiques, qu'il s'agisse de comportements anticoncurrentiels ou d'opérations de concentration économiques, pratiqués par certaines entreprises et inquiétant la Commission.

Concrètement, le Règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence, prévues aux articles 81 et 82 du traité CE (devenus art. 101 et 102 du TFUE) permet à la Commission de rendre obligatoire les engagements pris par les entreprises, pour corriger un comportement contrevenant aux règles du droit la concurrence. Sans ces engagements volontaires, une intervention de la part de la Commission par voie de décision serait nécessaire pour mettre fin à l'infraction constatée. C'est ce qui ressort de l'article 9 du Règlement intitulé « Engagements » : *« 1. Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie*

*de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse »*⁹⁴⁰.

L'implication de l'arbitre commence lorsque les entreprises incluent dans les engagements, une clause garantissant leur bonne exécution. Elle permet aussi aux autres concurrents ou à tout tiers opérant sur le marché, de se référer à l'arbitre si l'un des engagements n'a pas été tenu. Dans ce cas, il appartient à l'arbitre de trancher et dans le cas où l'entreprise aurait effectivement contrevenu à ses engagements, il est en mesure d'ordonner le respect de la décision de la Commission les consacrant.

De la même manière, l'arbitre peut intervenir lors d'une opération de concentration définie comme un « *ensemble d'opérations ayant pour objet l'accroissement de la dimension des entreprises et de leur puissance économique par la diminution de leur nombre. Nom également donné à l'intégration de plusieurs entreprises à des unités plus vastes soumises à une même direction économique ou même à la création d'une entreprise commune constituant une entité économique autonome ; plus spécifiquement, toute opération emportant transfert (en propriété ou en jouissance des éléments du patrimoine d'une entreprise en faveur d'une ou plusieurs d'autres ou conférant à celles-ci le pouvoir d'influer sur le marché des affaires des entreprises soumises à l'opération* »⁹⁴¹.

L'objectif poursuivi par les législateurs quand ils contrôlent les opérations de concentration économique, n'est pas limité à la préservation de la concurrence. Il traduit aussi le souci principal de maintenir la structure concurrentielle sur le marché, de sorte que ce dernier reste ouvert à la concurrence. Autrement dit, le but visé est que « *la position de certaines entreprises en présence ne s'accroisse artificiellement au point de rendre la concurrence insuffisante* »⁹⁴².

Lorsqu'un opérateur économique envisage de se livrer à une telle opération, il doit la notifier à la Commission qui peut exprimer des préoccupations concurrentielles, notamment les

⁹⁴⁰ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité [102 et 102 du TFUE].

⁹⁴¹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, p. 220.

⁹⁴² DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *Droit de la concurrence : Droit interne et droit de l'union européenne*, 6^{ème} éd, Paris : LGDJ, 2014, p. 145.

conditions et les charges nécessaires pour maintenir une concurrence effective sur le marché, dont l'admission par l'opérateur conduit à la délivrance d'un avis favorable. En effet, si l'opérateur concerné accepte de s'engager à exécuter toutes les conditions et charges imposées par la Commission, cette dernière validera l'opération⁹⁴³.

Pour un opérateur économique, une opération de concentration peut être d'une grande importance. A tel point, qu'il peut pour obtenir de la Commission la validation de l'opération, s'engager à effectuer un certain nombre d'arrangements ayant pour effet d'apaiser ses craintes concurrentielles. En effet, « *la concentration peut permettre à la nouvelle entité de réduire ses coûts de production et de distribution, réalisant ainsi, sous différentes formes, des gains d'efficacité. Ces gains permettent ainsi d'accroître son profit sans nécessairement augmenter son prix, voire en le réduisant* »⁹⁴⁴.

De fait, les craintes des autorités chargées de la concurrence sont compréhensibles, puisque l'opération de concentration permet aux entreprises d'atteindre « *deux objectifs économiques [...] La concentration augmente le pouvoir du marché de la nouvelle entité créée, soit directement en augmentant sa capacité à s'affranchir de la concurrence pour déterminer son comportement sur les marchés, soit indirectement en accroissant le pouvoir des marchés de l'ensemble des entreprises présentes sur le marché pertinent, dont le nombre se restreint. La hausse du pouvoir permet notamment d'augmenter son profit grâce à une hausse des prix* »⁹⁴⁵. Etant donné ce qui précède, il est légitime que les autorités de la concurrence gardent la main sur ces évolutions, notamment en imposant aux parties de notifier cette opération aux autorités compétentes. Selon le droit français, la notification s'effectue auprès de l'Autorité de

⁹⁴³ « Lorsque le droit communautaire de la concurrence se dota d'une procédure de contrôle des concentrations en 1989, la Commission européenne, au lieu de devoir s'en tenir à une réponse binaire, "oui" ou "non", bénéficia d'une troisième voie : le "oui mais". Il s'agissait alors d'accepter les concentrations proposées à son autorisation, à la condition que les entreprises concernées prennent des "engagements" pour éviter les risques induits par la concentration sur la situation de la concurrence. » : **MAILHE (F.)**, « L'arbitrage saisi par le droit de la concurrence : Requiem pour une chimère juridique » : *Rev. D. Aff.*, 2008, n° 6.

⁹⁴⁴ **KAZZI (H.)**, *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée : contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, Thèse de doctorat de 2006, Aix-Marseille : Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, Aix Marseille : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 538.

⁹⁴⁵ *idem*.

la Concurrence française si l'opération envisagée est de dimension nationale. Si l'opération est de dimension européenne, la Commission Européenne sera informée⁹⁴⁶.

Pour garantir que l'opérateur respecte ses engagements tout au long de la durée fixée par la Commission, une clause d'arbitrage est incluse dans les engagements, dont la mise en œuvre peut être déclenchée par des tiers y ayant intérêt. L'arbitre examinera alors les éléments portés à sa connaissance, alléguant ou non la violation des engagements souscrits par l'opérateur économique. Il tranchera le différend en prenant pour référence la décision de la Commission qui contient les engagements litigieux.

La Commission dispose de cette latitude par l'article (2) du Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. Ainsi, « le règlement CE sur les concentrations » prévoit-il que « *la Commission peut assortir la décision qu'elle prend en vertu du paragraphe 1, point b) [une décision validant la concentration notifiée], de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à son égard en vue de rendre la concentration compatible avec le marché commun* »⁹⁴⁷.

Sous l'ancien régime d'exemption individuelle réservé à la Commission, le recours à l'arbitrage dans le contexte des engagements était pris par les parties contractantes pour apaiser les préoccupations concurrentielles de la Commission. Il s'agissait d'obtenir une exemption individuelle permettant la réalisation de l'accord envisagé, l'un des deux contractants pouvant obliger son cocontractant à exécuter les obligations consenties dans l'accord qui les réunit. Un deuxième cas de figure peut se présenter : permettre à une tierce personne concurrente ou étrangère à l'accord, de faire respecter les droits garantis par les parties contractantes. Droits constituant une partie des conditions et obligations souscrites par les contractants pour obtenir l'exemption prévue par l'article 101 § 3 du TFUE⁹⁴⁸.

⁹⁴⁶ Selon l'article L. 430-3 du Code de commerce, si l'opération relève de droit européen en fonction des chiffres d'affaires prévus par l'article L. 430-2 du même code, le Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, s'applique.

⁹⁴⁷ Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations"), *Journal officiel*, n° L. 024 du 29/01/2004, pp. 1-22.

⁹⁴⁸ **BLANKE (G.)**, « International Arbitration and ADR in Remedy Scenarios Arising under Articles 101 and 102 TFEU » in *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook For Practitioners*, Gordon Blanke & Phillip Landolt (ed.), volume 1, Kluwer Law International, Great Britain, 2011, pp. 1073-1074.

Alors que le premier objectif est rarement recherché lors d'opérations de concentration, le second l'est souvent, d'autant plus qu'il est justement visé par ces opérations⁹⁴⁹.

Par conséquent, la première interrogation concerne l'invitation des opérateurs économiques à participer à la mise en œuvre des engagements souscrits par une entreprise. Les opérateurs qui s'estiment lésés ou y trouvant un intérêt, ont la possibilité de recourir à l'arbitre pour qu'il mette fin à la contravention constatée. De fait, une sorte de coopération se met en place entre l'arbitre et les opérateurs économiques dans la réalisation des objectifs du droit européen de la concurrence. Dans ce contexte, il convient d'aborder l'interaction entre l'arbitre et les opérateurs économiques, ce qui amène à l'imposition des objectifs relatifs à la situation de la concurrence sur le marché intérieur. Cela étant, l'arbitre est perçu comme medium permettant à la Commission de mettre en œuvre sa politique concurrentielle (Chapitre 1).

La deuxième question qu'il faut aborder tient à la nature des prérogatives réservées à la Commission durant et après, le déroulement de la procédure arbitrale. De fait, ce qui retient l'attention dans ces clauses d'arbitrage est la dépendance des arbitres vis-à-vis de la Commission. Outre le fait que l'arbitre agit comme un agent de la Commission dès l'insertion d'une clause d'arbitrage, la Commission exige un certain nombre de conditions relatives à la procédure arbitrale. Celles-ci remettent en question l'autonomie de l'arbitre et le rendent malgré lui, un auxiliaire très fidèle des pouvoirs publics, à travers la restriction de ses prérogatives (Chapitre 2).

⁹⁴⁹ *idem*.

CHAPITRE I

L'ARBITRE, UN MOYEN DE MISE EN ŒUVRE DE LA POLITIQUE CONCURRENTIELLE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

Avant d'analyser la clause compromissoire qui accompagne les engagements concurrentiels, pour en déterminer sa spécificité et les différents modèles existants (section 2), il convient de se pencher sur l'emploi de ce mécanisme par la Commission européenne (Section 1).

SECTION 1- L'EMPLOI DE L'ARBITRAGE PAR LA COMMISSION DANS L'APPLICATION DES ENGAGEMENTS CONCURRENTIELS

A l'évidence, la Commission est consciente des vertus de l'arbitrage de par son efficacité et sa méticulosité. En voulant tirer profit de la compétence des arbitres dans la défense du droit de la concurrence, elle leur permet de rendre des sentences dont l'objet est le respect des engagements souscrits par les entreprises, aussi bien dans le cadre des opérations de concentration que dans le cadre de l'application des dispositions prohibant les ententes et l'abus de position dominante (II).

Dans cet objectif, l'arbitrage a été adapté aux nécessités spécifiques indispensables à la mise en œuvre des dispositions du droit européen de la concurrence, soit en matière de concentration, soit en matière de pratiques anticoncurrentielles⁹⁵⁰. La conception de l'arbitrage en tant qu'univers à part entière, dans lequel les litiges opposant les opérateurs économiques sont résolus en dehors de l'ingérence étatique, ne correspond pas à l'arbitrage d'engagements concurrentiels. Dans ce type d'arbitrage, l'arbitre exerce une fonction relevant habituellement de la compétence des autorités publiques, ce qui rend sa mission d'ordre public (I).

§I- La nature publique de la mission de l'arbitre

Comme cela a été dit plus haut, les engagements vont au-delà des opérations de concentration et s'étendent aux engagements des pratiques anticoncurrentielles : ententes et abus de position

⁹⁵⁰ **BLANKE (G.)**, « International Arbitration and ADR in Remedy Scenarios Arising under Articles 101 and 102 TFEU », *op. cit.*, p. 1219.

dominante. Un tel pouvoir s'inscrit dans le cadre du « *public enforcement* »⁹⁵¹ qui vise la protection de la concurrence par l'autorité publique, c'est-à-dire par « *des autorités spécialisées qui agissent dans l'intérêt général pour assurer le bon fonctionnement des marchés* »⁹⁵². Tant que l'arbitre ne fait pas partie d'une telle autorité, il est considéré comme « *un auxiliaire de l'autorité de concurrence pour le "public enforcement"* »⁹⁵³. Le terme "enforcement", équivaut en Français à "la mise en œuvre" ou à "l'application" du droit de la concurrence. Il vise l'arbitre en tant qu'acteur et des personnes privées qui sollicitent l'arbitre à cette fin, puisqu'elles participent à faire respecter le droit de la concurrence⁹⁵⁴.

Il convient également de mentionner que cette technique est utilisée par les autorités américaines, espagnoles et britanniques⁹⁵⁵. En France, elle l'a été par le ministre de l'Economie⁹⁵⁶ à l'époque où cette compétence lui appartenait (2007). Depuis qu'elle relève de l'Autorité de la Concurrence française, cette dernière ne fait pas recours à cette technique⁹⁵⁷.

L'exemple européen illustre la façon dont l'arbitre peut appliquer le droit de la concurrence, si une clause compromissoire a été incluse parmi les engagements, en vue d'octroyer à l'arbitre l'investiture de veiller à la bonne exécution de ces engagements. En effet, en matière de concentration, la Commission européenne a exigé l'insertion d'une clause d'arbitrage, pour la première fois en 1992⁹⁵⁸. Compte tenu de son efficacité, la Commission a introduit le recours à l'arbitrage dans sa Communication du 22 octobre 2008 au sujet des engagements nécessaires à la réalisation des opérations de concentration : « *aussi la Commission demandera-t-elle*

⁹⁵¹ **IDOT (L.)**, « L'arbitrage et le contrôle des engagements en droit de la concurrence : analyse du système » : *Arbitrage et droit de l'union européenne*, actes du colloque du 4 novembre 2011, LexisNexis, Paris, 2012, p. 113.

⁹⁵² *idem.*

⁹⁵³ *idem.*

⁹⁵⁴ "The term 'enforcement' signifies an instrumental role of private actions in the sense of the private litigants not just seeking redress but also in effect becoming themselves actors in enhancing the overall efficiency and effectiveness of the competition enforcement system." : **KOMINOS (A.)**, « Arbitration and EU Competition Law in the Post-Modernization Era », in *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook For Practitioners*, Gordon Blanke & Phillip Landolt (ed.), volume 1, Kluwer Law International, Great Britain, 2011, p. 443.

⁹⁵⁵ **IDOT (L.)**, « L'arbitrage et le contrôle des engagements en droit de la concurrence : analyse du système », *op. cit.*, p. 115.

⁹⁵⁶ Lettre du ministre de l'Economie et de l'Emploi n° C2007-14 du 13 novembre 2007, aux conseils de la société CCIP, relative à une concentration dans le secteur de l'organisation de foires et salons, *BOCCRF* n° 9 bis, du 6 décembre 2007 (CCIP/Unibail).

⁹⁵⁷ **IDOT (L.)**, « L'arbitrage et le contrôle des engagements en droit de la concurrence : analyse du système », *op. cit.*, p. 117.

⁹⁵⁸ Décision Comm., 4 septembre 1992, ELF Aquitaine-Thyssen / Minol, aff. n° IV/M. 235, *Journal Officiel*, C 232/14, 1992, art. 6, § 1 b. "Arbitration by mutually agreed independent experts will be provided in case of disputes relating to the application of the agreement".

souvent qu'un mandataire soit chargé de contrôler leur exécution et qu'une procédure d'arbitrage accélérée soit établie afin de prévoir un mécanisme de résolution des litiges et de faire en sorte que ce soit les acteurs du marché eux-mêmes qui fassent respecter ces engagements ... »⁹⁵⁹.

En matière d'exemptions individuelles pratiquées sous l'ancien régime d'exemption (Règlement 17/62) dès 1967, dans de nombreuses décisions prises par la Commission et portant sur l'application de l'exemption prévue par l'article 81 § 3 du CE devenu l'article 101 § 3 du TFUE, l'arbitrage a été jugé par la Commission comme un moyen satisfaisant pour veiller à la bonne application des obligations contractuelles que les parties contractantes se sont engagées à respecter lors des négociations avec la Commission. Ce, afin de répondre aux exigences d'efficience économique en application de la disposition consacrant l'exemption⁹⁶⁰.

Force est de constater qu'avec l'adoption du Règlement n° 1/2003⁹⁶¹, la Commission ne détient plus le monopole des exemptions individuelles en application de l'article 81 (3) du CE [101 § 3 du TFUE]. Les juridictions des Etats membres ainsi que les autorités nationales de concurrence, sont en mesure d'appliquer la disposition prévue par l'article 101 § 3 du TFUE. Par ailleurs, la disposition en question a été interprétée comme une exemption légale qui peut être désormais mise en œuvre, par les juridictions étatiques des Etats membres et par les tribunaux arbitraux, sans avoir besoin de notification préalable adressée à la Commission comme c'était le cas auparavant. Avec le nouveau régime d'exemption, les entreprises sont dispensées de la notification visant à obtenir une exemption individuelle à la Commission et doivent se livrer à une auto-évaluation⁹⁶² qui leur permet de déterminer si elles remplissent les conditions prévues par l'article 101 § 3 du TFUE, sans recourir à la Commission⁹⁶³.

⁹⁵⁹ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004, concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *Journal officiel*, n° C 267, 22 octobre 2008.

⁹⁶⁰ **BLANKE (G.)**, « International Arbitration and ADR in Remedy Scenarios Arising under Articles 101 and 102 TFEU », *op. cit.*, pp. 1068-1069.

⁹⁶¹ Règlement du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE (devenus art. 101 et 102 du TFUE)

⁹⁶² “Under the new exemption regime, the Commission has largely lost its powers to grant individual exemptions under article 81(3) EC [101(3) TFEU]. Under the new regime, contracting parties are now subject to a so-called self-assessment.”: **BLANKE (G.)**, « International Arbitration and ADR in Remedy Scenarios Arising under Articles 101 and 102 TFEU », *op. cit.*, p. 1060.

⁹⁶³ L'article 101 § 3 du TFUE prévoit : « Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :
- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,

La restriction des pouvoirs de la Commission dans la mise en œuvre de l'article 101 § 3 du TFUE, sous le nouveau régime d'exemption ayant supprimé la notification, n'empêche pas cette dernière de déclarer l'inapplication des articles 101 et 102 du TFUE à « *un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée* », si l'intérêt public l'exige. C'est ce que prévoit l'article 10 du Règlement n° 1/2003 intitulé "Constatation d'inapplication" : « *lorsque l'intérêt public communautaire concernant l'application des articles 81 et 82 du traité le requiert, la Commission, agissant d'office, peut constater par voie de décision que l'article 81 du traité est inapplicable à un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée soit parce que les conditions de l'article 81, paragraphe 1, du traité ne sont pas remplies, soit parce que les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité sont remplies.*

La Commission peut également faire une telle constatation en ce qui concerne l'article 82 du traité ».

Selon cette disposition et semblablement à l'article 9 du même Règlement qui permet à la Commission d'exiger le respect d'un certain nombre d'engagements pour déclarer la compatibilité du comportement de l'entreprise concernée au droit européen de la concurrence, la Commission constate l'inapplication, avec recours éventuel au mécanisme d'engagements.

Tout ceci montre que la Commission cherche à gagner en efficacité dans le cadre de l'application du droit de la concurrence sans pour autant perdre l'emprise totale sur la matière. L'admission de l'arbitrage par la Commission pour faire respecter des engagements concurrentiels n'enlève pas la nature publique à la mission de l'arbitre. Car, indiscutablement, l'arbitre retient son autorité de la volonté des parties à l'arbitrage. Mais, l'acte de mission de l'arbitre est, en quelque sorte, dicté par la Commission. Cette réalité suffit à considérer la mission de l'arbitre comme relevant du « public enforcement ».

Il convient désormais de cerner l'intérêt de la Commission lorsque l'exécution des engagements concurrentiels est attribuée à l'arbitre.

-
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
 - à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans : a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.»

§II- L'intérêt de la Commission dans le recours à l'arbitrage

L'inclinaison de la Commission pour l'utilisation de l'arbitrage n'est pas sans raison. Les avantages du recours à l'arbitrage résident dans sa flexibilité et sa capacité à réagir rapidement aux difficultés, en termes de mesures provisoires et de délivrance d'une sentence intérimaire. S'ajoute à cela la souplesse en termes de choix du droit applicable. Il arrive que la désignation des engagements et la décision de la Commission soient les seules références auxquelles l'arbitre recourt, quand il se prononce sur le litige. A préciser que l'interprétation de la décision se fait à l'aune des principes généraux du droit de l'Union⁹⁶⁴.

Cependant, ce ne sont pas les seules raisons qui amènent la Commission à recourir à l'arbitrage⁹⁶⁵. En effet, la vérification de la bonne exécution des engagements par les autorités de la concurrence, peut s'avérer très difficile parce que nécessitant des ressources et des moyens importants. « *[G]érer de front les enquêtes et procédures en cours et le suivi des décisions passées* »⁹⁶⁶ n'est pas chose facile pour les autorités compétentes⁹⁶⁷. C'est la raison pour laquelle elles ont besoin de confier cette mission à l'arbitre⁹⁶⁸. Ainsi, un but très important sera atteint : le recours à l'arbitrage permet de « *faire en sorte que ce soit les acteurs du marché eux-mêmes qui fassent respecter ces engagements* »⁹⁶⁹.

En faisant appel à l'arbitre, la Commission peut par exemple garantir que l'entreprise en position dominante sur un marché, ne commette pas d'abus en raison de ce statut. L'arbitre est chargé de surveiller l'entreprise et de décider si elle respecte les engagements fournis à la

⁹⁶⁴ **THEOPHILE (D.) et AUBRON (G.)**, « L'arbitrage dans les engagements en matière de concurrence » : *AJ contrats d'affaires*, conc., distr., 2014, p. 212.

⁹⁶⁵ D'autres personnes ont vocation à intervenir pour garantir l'exécution des engagements pris, comme un mandataire « monitoring trustee ».

⁹⁶⁶ **THEOPHILE (D.) et AUBRON (G.)**, « L'arbitrage dans les engagements en matière de concurrence », *op. cit.*

⁹⁶⁷ A titre d'exemple, sur le plan européen « *La Commission doit également surveiller l'application correcte d'un nombre croissant d'engagements, souvent comportementaux. Cela peut se traduire concrètement par l'analyse des rapports réguliers qui sont transmis par les entreprises pour témoigner du respect des engagements souscrits, la Commission devant alors se livrer à la surveillance de l'octroi des licences, [...], à l'examen des copies des correspondances échangées par les parties avec leurs distributeurs et leurs fournisseurs d'équipement [...]* » : **ORMESSON (O.), KERJEAN (S.)**, « Le développement de la pratique des engagements en matière de contrôle communautaire des concentrations » : *RTD Eur.*, 34 (4), octobre-décembre, 1998 p. 479.

⁹⁶⁸ **IDOT (L.)**, « L'arbitrage et le contrôle des engagements en droit de la concurrence : analyse du système », *op. cit.* p. 131.

⁹⁶⁹ Communication de la commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C 267, 22 octobre 2008, point 130.

Commission, en particulier les engagements comportementaux⁹⁷⁰. Ceux-ci n'induisent pas la disparition de la position dominante, ils visent à pousser l'entreprise dominante à adopter une politique commerciale non agressive vis-à-vis des concurrents sur le marché⁹⁷¹.

De toute évidence, la Commission fait confiance à l'arbitrage dans l'accomplissement d'un travail relevant de l'autorité publique et sa position favorable à cet égard est justifiable. Il reste à savoir qui a la possibilité de déclencher l'examen du respect des engagements pris par une entreprise et à connaître la façon dont l'arbitre procédera à cet examen.

SECTION 2 - L'ANALYSE DE LA CLAUSE D'ARBITRAGE INSÉRÉE DANS LES ENGAGEMENTS CONCURRENTIELS

La clause d'arbitrage jouit d'une spécificité de par sa qualification juridique. En effet, elle est normalement de nature à engager la partie proposant l'arbitrage mais pas le tiers au profit duquel la clause est insérée dans les engagements. Pour ce dernier, la clause d'arbitrage est une simple offre d'arbitrage. Il est vrai que la raison d'être de cette clause est de faire respecter le droit de la concurrence, selon la vision de l'autorité publique qu'est la Commission. Toutefois, il faut tenir compte des intérêts particuliers des autres opérateurs économiques (I). Dans le cadre de cette analyse, il est également pertinent d'étudier quelques modèles de cette clause, pour connaître son application dans la pratique (II).

§I- La qualification juridique de la clause d'arbitrage insérée dans les engagements vis-à-vis du tiers et son contexte

Pour éviter une décision la condamnant d'avoir eu un comportement anticoncurrentiel, une entreprise peut devant la Commission, s'engager à respecter un certain nombre

⁹⁷⁰ Force est de constater que « *Les engagements acceptés traditionnellement par la Commission sont de nature structurelle, dans la mesure où ils permettent de répondre efficacement et "définitivement" aux problèmes concurrentiels relevés sur les marchés concernés par la transaction envisagée et évitent à la Commission [...] la lourde charge de devoir contrôler, après la réalisation de l'opération, le respect d'engagements non structurels qu'elle aurait acceptés.* » A titre d'exemple, un engagement structurel peut se traduire par une « *cession de sociétés entières, de sites productifs, de certains actifs, de capacités, de marques ou d'autres droits de propriété intellectuelle.* » : **ORMESSON (O.), KERJEAN (S.)**, « Le développement de la pratique des engagements en matière de contrôle communautaire des concentrations », *op. cit.*, p. 479.

⁹⁷¹ Sur les charges assumées par la Commission européenne en général, voir : **ORMESSON (O.), KERJEAN (S.)**, « Le développement de la pratique des engagements en matière de contrôle communautaire des concentrations », *op. cit.*, p. 479.

d'engagements, ayant pour effet de dissiper les éléments concurrentiels qu'elle aura constatés. Ces engagements sont accompagnés d'une clause d'arbitrage permettant à un tribunal arbitral de surveiller l'exécution des engagements⁹⁷². La même logique s'applique à propos des engagements souscrits en vue de l'accomplissement d'une opération de concentration.

L'entreprise qui prend des engagements auprès de la Commission, s'oblige à recourir à l'arbitre si un litige surgit. Elle est contrainte en vertu de son engagement, de transmettre à l'arbitre le litige avec un tiers ou une question concernant l'interprétation des engagements souscrits. L'arbitre sera désigné selon la clause compromissoire insérée parmi les engagements et le tiers lésé a lui aussi la possibilité - non l'obligation - de recourir à l'arbitre et ce, contrairement à l'auteur des engagements⁹⁷³.

En effet, le tiers lésé peut s'adresser soit à l'autorité de la concurrence, soit au juge étatique, pour faire valoir ses droits car il n'est pas lié par la clause compromissoire. Le recours à l'arbitrage pour ce tiers est une simple offre, c'est-à-dire un engagement unilatéral qui ne lie que son auteur. Les tiers seront eux seulement appelés à se soumettre à l'arbitrage⁹⁷⁴, ce qui peut constituer un point de faiblesse quant à l'efficacité de l'institution, d'un point de vue pratique.

Dans la mesure où l'arbitrage est garant des engagements pris, il est indispensable que la partie potentiellement lésée par une violation de ces derniers, manifeste sa volonté en faveur de l'arbitrage. La nature de l'arbitrage est bâtie sur le lien contractuel qui unit les deux parties à l'arbitrage et il n'est pas envisageable d'infliger au tiers de recourir à l'arbitrage alors qu'il n'est pas tenu par une convention d'arbitrage. Par voie de conséquence, la partie victime de la violation des engagements, optera pour l'arbitrage si elle le veut, en concluant une clause de compromis pour voir son différend réglé. Dans ce cas seulement, il est possible de dire que le lien contractuel existe entre les deux parties en conflit⁹⁷⁵.

⁹⁷² **BLANKE (G.)**, « International Arbitration and ADR in Remedy Scenarios Arising under Articles 101 and 102 TFEU », *op. cit.*, p. 1171.

⁹⁷³ **IDOT (L.)**, « L'arbitrage et le contrôle des engagements en droit de la concurrence : analyse du système », *op. cit.*, pp. 120 et 126.

⁹⁷⁴ *idem.*

⁹⁷⁵ **BLANKE (G.)**, « The Arbitrability of EU Competition Law: The Status Quo Revisited in the Light of Recent Developments: Part 1 » : *GCLR*, 2017, 10 (2), § 95.

Le contexte dans lequel le tiers demande à l'arbitre d'intervenir, se traduit le plus souvent par la défense d'un intérêt particulier. Les concurrents ou les acteurs économiques opérant sur le marché en général, peuvent bénéficier d'engagements pris par l'entreprise et l'exercice de leur activité économique peut dépendre de son respect de ses engagements. Ainsi, l'accès à une infrastructure essentielle, à une facilité essentielle, à un réseau clé, à une technologie clé, à des ressources clés, ne sera possible qu'en obtenant l'accord de l'entreprise⁹⁷⁶. Si un litige surgit entre l'entreprise qui a pris l'engagement de permettre l'accès à l'un des éléments évoqués, il appartiendra à l'arbitre de le trancher.

En effet, en matière de concentration économique, l'engagement d'accès a pour objet de permettre à un tiers de satisfaire son intérêt, en ayant accès aux activités contrôlées par l'entreprise titulaire de l'engagement de façon prompte. L'exécution d'un tel engagement est assurée par l'intervention d'un arbitre qui peut être saisi par la personne bénéficiant de l'engagement. L'inclusion de l'arbitrage dans le processus est le résultat d'un engagement pris par l'entité fusionnée, pour obtenir un avis favorable de la Commission permettant l'opération de concentration. L'arbitre est chargé de résoudre les difficultés qui entourent l'exécution de l'engagement d'accès⁹⁷⁷.

D'ailleurs, il peut également intervenir à la demande de la tierce personne bénéficiant des engagements, dans le cadre de l'article 9 du Règlement 1/2003 et ce sous deux formes : soit en faisant recours à l'offre d'arbitrage inclus dans la décision validant les engagements pris par l'entreprise ; soit la tierce personne peut mettre en œuvre la clause d'arbitrage qu'elle a conclue avec l'entreprise, dans le cadre de l'application des engagements prévus par la décision originale qui valide ces engagements⁹⁷⁸. En d'autres termes, l'entreprise qui a pris des engagements auprès de la Commission, a défini par avance les opérateurs économiques qui peuvent être affectés par sa politique commerciale et a conclu avec eux, une clause compromissoire visant à résoudre tout différend à propos des engagements validés par la Commission. Cette clause acceptée par ces opérateurs a aussi été validée par la Commission.

A priori, l'aspect consensuel de l'arbitrage est naturellement conservé dans l'arbitrage d'engagements. De fait, la personne tierce au profit de laquelle la clause est insérée dans les

⁹⁷⁶ **BLANKE (G.)**, « International Arbitration and ADR in Remedy Scenarios Arising under Articles 101 and 102 TFEU », *op. cit.*, pp. 1171-1172.

⁹⁷⁷ *idem*, p. 1172.

⁹⁷⁸ *idem*.

engagements, a un droit à faire valoir devant l'arbitre. Il reste désormais à esquisser quelques modèles de cette clause pour connaître son utilité dans la pratique.

§II- Modèles de la clause d'arbitrage insérée dans les engagements concurrentiels

Tout d'abord, l'application de l'article 101 § 3 du TFUE a débouché sur l'adoption des Règlements d'exemption par catégorie. Leur objet est de fixer les conditions à remplir pour que les accords ou les pratiques concertées, exercés dans un domaine particulier, puissent bénéficier de l'exemption prévue par l'article 101 § 3 du TFUE. Tel est le cas du Règlement (UE) n° 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010⁹⁷⁹ et du Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010⁹⁸⁰. L'application de ces Règlements d'exemption peut inciter la Commission à rappeler aux opérateurs économiques de cesser d'exercer des pratiques concertées ou de cesser de conclure des accords qui affectent la concurrence. Dans ce contexte, les opérateurs économiques peuvent s'engager auprès de la Commission, à respecter des engagements leur permettant de bénéficier ou de continuer à bénéficier des exemptions prévues par les Règlements d'exemption édictés, en application de l'article 10 § 3 du TFUE.

Pour examiner des modèles de la clause d'arbitrage insérée dans des engagements souscrits auprès de la Commission, peuvent être citées des décisions, validant des engagements proposés par les entreprises, afin de mettre fin aux préoccupations concurrentielles de la Commission. Ces engagements sont assortis d'une clause d'arbitrage permettant leur respect et leur exécution, notamment trois décisions concernant le secteur automobile. Ces décisions intéressent l'application du Règlement 1400/2002 de la Commission, en son article 81, paragraphe 3 du traité, à propos d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile⁹⁸¹. Ce Règlement a été remplacé par le Règlement (UE) n° 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010⁹⁸². En effet, pour continuer de bénéficier de l'exemption prévue par le Règlement 1400/2002, la Commission a exigé de certains constructeurs automobiles

⁹⁷⁹ Concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *Journal officiel*, L. 129/52, 28 mai 2010.

⁹⁸⁰ Concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *Journal officiel*, L. 102/1, 23 avril 2010.

⁹⁸¹ Du 31 juillet 2002, *Journal officiel*, L. 203/30, 1^{er} août 2002.

⁹⁸² Concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *Journal officiel*, L. 129/52, 28 mai 2010.

qu'ils fournissent aux réparateurs indépendants, les informations de réparation spécifiques à la marque de chacun de ces constructeurs. L'objectif recherché par la Commission est de permettre aux réparateurs indépendants, d'avoir accès aux mêmes informations accessibles aux réparateurs agréés et constitutifs de leurs réseaux. A la suite d'une investigation préliminaire visant certains constructeurs automobiles, les préoccupations de la Commission ont été provoquées par des pratiques contractuelles constatées dans des contrats des services après-vente et des contrats de distribution, conclus avec leurs partenaires. Par ces contrats, les constructeurs automobiles tels que DaimlerChrysler⁹⁸³, Toyota⁹⁸⁴ et Opel⁹⁸⁵, stipulent que les membres agréés de leurs réseaux fournissent une gamme complète de services de réparation et qu'ils sont grossistes en pièces de rechange. Les effets néfastes causés par ces pratiques contractuelles sont aggravés par l'incapacité de ces constructeurs automobiles à fournir aux réparateurs indépendants, l'accès aux informations techniques appropriées, ce qui conduit au verrouillage du marché. La Commission a trouvé que ces pratiques portaient préjudice aux consommateurs, dans la mesure où elles conduisaient à une réduction significative du choix des pièces de rechange, à des prix élevés pour les services de réparation, à une réduction dans le choix des points de réparation, à des problèmes de sécurité potentiels et à un manque d'accès à des ateliers de réparation innovants⁹⁸⁶.

Pour s'assurer que ces constructeurs automobiles se conforment aux engagements mettant fin aux préoccupations de la Commission, cette dernière a ajouté un engagement d'arbitrage dont la mission est d'observer l'exécution des autres engagements pris par les constructeurs automobiles. Cela se traduit par une offre d'arbitrage unilatéral applicable *erga omnes*, susceptible donc d'être mis en œuvre par n'importe quel réparateur indépendant s'estimant privé d'un accès garanti, adéquat et non discriminatoire, aux informations de réparation spécifiques à la marque des constructeurs automobiles concernés⁹⁸⁷.

⁹⁸³ Décision Comm., CE n° 2007-788 du 13 septembre 2007, DaimlerChrysler, aff. COMP/E-2/39.140, *Journal officiel*, L 317/76, 5 décembre 2007.

⁹⁸⁴ Décision Comm., CE 2007-831 du 13 septembre 2007, Toyota, aff. COMP/E-2/39.142, *Journal officiel*, L 329/52, 14 décembre, 2007.

⁹⁸⁵ Décision Comm., CE 2007-836 du 13 septembre 2007, Opel, aff. COMP/E-2/39.143, *Journal officiel*, L 330/44, 15 décembre 2007.

⁹⁸⁶ Décision Comm., CE n° 2007-788 du 13 septembre 2007, DaimlerChrysler, aff. COMP/E-2/39.140, *Journal officiel*, L 317/76, 5 décembre 2007, § 7. Décision Comm., CE 2007-831 du 13 septembre 2007, Toyota, aff. COMP/E-2/39.142, *Journal officiel*, L 329/52, 14 décembre, 2007, § 7. Décision Comm., CE 2007-836 du 13 septembre 2007, Opel, aff. COMP/E-2/39.143, *Journal officiel*, L 330/44, 15 décembre 2007, § 7.

⁹⁸⁷ **BLANKE (G.)**, « International Arbitration and ADR in Remedy Scenarios Arising under Articles 101 and 102 TFEU », *op. cit.*, p. 1177.

Un autre modèle de la clause d'arbitrage d'engagement mérite d'être examiné. Il s'agit d'une clause insérée dans des engagements souscrits auprès de la Commission, lors la réalisation d'une opération de concentration⁹⁸⁸. Par exemple, les sociétés Alcatel et Thomson ont notifié à la Commission, un projet de concentration par la création d'une entreprise commune dans le domaine des satellites. Conscientes des problèmes de nature concurrentielle que pose la création d'une telle entreprise, ces sociétés ont proposé à la Commission de s'engager à ne pas pratiquer de conditions commerciales discriminatoires à l'égard des concurrents agissant dans le même domaine. De fait, la création d'une entreprise commune risque de conduire à des « effets verticaux »⁹⁸⁹ néfastes vis-à-vis de la concurrence. Avec sa position dominante sur un « marché amont »⁹⁹⁰ de composants, si Thomson créait une entreprise commune, cela lui permettrait d'influencer la concurrence, en favorisant l'entreprise commune ou en imposant aux autres constructeurs de satellites des « conditions commerciales discriminatoires »⁹⁹¹. Cela reviendrait à accorder à l'entreprise commune un avantage concurrentiel non négligeable.

La Commission a accepté qu'un « comité spécifique »⁹⁹² en matière de concurrence soit créé, dont la mission serait de se prononcer sur des projets de commandes dépassant un montant X, adressés à Thomson. Par ailleurs, la Commission a accepté l'engagement des parties de se soumettre à une « instance d'arbitrage »⁹⁹³, pour trancher tout différend susceptible de surgir et de porter sur l'exercice des conditions commerciales discriminatoires quant aux composants affectant le marché. Ainsi, les concurrents qui subiraient une politique commerciale discriminatoire de la part de Thomson, seraient en mesure de se référer à l'instance d'arbitrage qui examinerait le bien-fondé de leurs allégations.

« Ainsi, dans cette affaire, la Commission s'est déchargée sur une instance arbitrale de la charge de contrôler la bonne application de l'engagement »⁹⁹⁴. En conséquence, l'arbitre sera en mesure de surveiller les entreprises qui peuvent être tentées d'abuser de leur statut de puissance économique et d'adopter des comportements anticoncurrentiels. Il est le garant de la

⁹⁸⁸ Décision Comm., 4 juin 1998, Alcatel/Thomson CSF-SCS, Cas n° IV/M.1185, *Office des publications officielles des Communautés européennes*, L-2985 Luxembourg.

⁹⁸⁹ *idem*, § 37.

⁹⁹⁰ *idem*.

⁹⁹¹ *idem*, § 36.

⁹⁹² *idem*, § 38.

⁹⁹³ *idem*.

⁹⁹⁴ **ORMESSON (O.), KERJEAN (S.)**, « Le développement de la pratique des engagements en matière de contrôle communautaire des concentrations » : *RTD Eur.*, 34 (4), octobre-décembre, 1998, p. 479.

mise en œuvre des engagements comportementaux destinés à « *prévenir des risques de discrimination commerciale envers les concurrents ou pour ne pas affecter les intérêts des fournisseurs ou des distributeurs* »⁹⁹⁵.

Dans les opérations de concentration, il est commun de désigner un mandataire qui veille à la bonne exécution des engagements acceptés par la Commission et qui s'acquitte d'une mission assez proche de celle confiée normalement à l'arbitre. Pour autant, il faut tenir compte de la spécificité de l'arbitre dans la mesure où il rend une sentence arbitrale. En effet, il va de soi que l'opposabilité de la sentence arbitrale et la familiarisation de l'arbitre avec la résolution des litiges, fait de l'arbitrage un instrument plus efficace que d'autres modes de résolution de litiges.

Il est donc compréhensible que la Commission fasse appel aux deux mécanismes. Ainsi, si le mandataire de contrôle n'arrive pas à résoudre le problème du tiers lésé par le non respect des engagements dans le cadre des opérations de concentration, ce tiers peut faire recours à l'arbitrage. Alors, un tribunal arbitral se prononcera sur la question contestée et rendra sa décision, conformément aux engagements prescrits ou acceptés par l'autorité de la concurrence. La rapidité des procédures arbitrales séduit la Commission européenne et l'arbitrage de la CCI est généralement préféré à celui d'autres instituts d'arbitrage tels que *Netherlands Arbitration Institute*⁹⁹⁶, auxquels s'adressent des opérateurs en fonction de leur nationalité.

La coopération entre l'arbitre et la Commission européenne, voire les autorités de la concurrence en général, est une réalité de longue date. Pour arriver à ce résultat, il a fallu surmonter les difficultés, par exemple le caractère consensuel de l'arbitrage qui nécessite la rencontre de deux volontés. Dans l'adaptation du caractère consensuel de l'arbitrage, il serait abusif de parler d'un empiètement sur l'arbitrage. En revanche, en regardant les prérogatives réservées à la Commission vis à vis de la procédure arbitrale, l'empiètement est flagrant.

⁹⁹⁵ *idem*.

⁹⁹⁶ **IDOT (L.)**, « Arbitrage et droit de l'Union européenne : retour sur quelques développements récents » : *Rev. arb.*, 2016, pp. 477-478.

CHAPITRE II

L'EMPIÉTEMENT DE LA COMMISSION

SUR LA PROCÉDURE ARBITRALE

Puisque l'arbitre est en quelque sorte considéré comme un agent agissant pour le compte de la Commission, cette dernière restreint ses prérogatives de façon spectaculaire et ce, en intervenant dans la procédure arbitrale et en exigeant d'être consultée sur l'interprétation d'engagements concurrentiels par exemple. Ce faisant, la Commission cherche à garantir que l'arbitre la suive dans sa politique concurrentielle. Dans l'arbitrage d'engagements, l'arbitre est tenu de suivre des règles inhabituelles comparées à celles suivies dans le monde de l'arbitrage en général.

Dans ce sens, il convient de s'attarder sur le rôle de l'arbitre dans le soutien de la politique de la Commission, en abordant certaines prérogatives que celle-ci se réserve en cours d'arbitrage, ce qui diminue considérablement le champ d'action de l'arbitre (Section 1). Ceci dit, les prérogatives de la Commission n'empêchent pas l'arbitre d'user de celles inhérentes à l'accomplissement de sa mission (Section 2). Enfin, il conviendra d'examiner les effets de la sentence arbitrale rendue car la force obligatoire de la sentence est fonction de sa compatibilité avec la décision rendue par la Commission qui a consacré les engagements à respecter (Section 3).

SECTION 1- LES PRÉROGATIVES EXORBITANTES DE LA COMMISSION DEVANT L'ARBITRE

Dans l'arbitrage d'engagement, la Commission se réserve le droit d'intervenir dans la procédure « *en tant qu'amicus curiae mais elle peut, de plus, assister aux auditions avec la possibilité de poser des questions* »⁹⁹⁷. Elle demande aussi à être notifiée des développements devant le tribunal arbitral⁹⁹⁸, ainsi que de l'issue de l'arbitrage⁹⁹⁹. Cette coopération étroite qui

⁹⁹⁷ Décision Comm., 26 janvier 2011, INTEL / MCAFEE, aff. n° COMP/M.5984 (selon l'article 6, § 1 b du Règlement 139-2004), *Office des publications officielles de l'Union européenne*, L-2985 Luxembourg, Section D, point 39 : “ *The Commission shall be allowed and enabled to participate in all stages of the procedure by: c. filing any Commission amicus curiae briefs; and d. being present at the hearing(s) and being allowed to ask questions to parties, witnesses and experts.*”

⁹⁹⁸ Décision Comm., 26 janvier 2011, INTEL / MCAFEE, aff. n° COMP/M.5984 (selon l'article 6, § 1 b du Règlement 139-2004), *Office des publications officielles de l'Union européenne*, L-2985 Luxembourg,

caractérise la relation entre la Commission et l'arbitre a incité un auteur à dire que « *tout se passe comme si la Commission se défaussait sur l'arbitre de sa fonction de gardienne du respect des principes de la concurrence communautaire qui lui est pourtant dévolue* expressis verbis *par le traité CE [TFUE actuellement]* »¹⁰⁰⁰.

Outre la possibilité de l'intervention réservée à la Commission, ce qui peut créer un doute sur la nature d'un arbitrage, est l'interprétation des engagements qui revient à la Commission et l'avis qui lie l'arbitre¹⁰⁰¹. Selon Mme Idot, il y a lieu de « *distinguer l'interprétation des engagements des difficultés de mise en œuvre, objet de litige* » et elle conclut à l'absence de remise en cause de l'indépendance du tribunal arbitral¹⁰⁰². En mettant un terme au litige opposant les opérateurs en conflit, l'arbitre s'acquitte de la tâche essentielle de sa désignation et lorsqu'il y procède, il est seul le maître du jeu. Or, il apparaît que le tribunal arbitral n'interprète pas le texte constituant la matière litigieuse, ce qui marque pourtant le processus de la décision de justice. Aussi, le tribunal arbitral se voit totalement aliéné à une autre autorité qu'est la Commission européenne, parce qu'il ne saurait contredire son avis. En toute logique, se pose alors la question de la réalité de l'autonomie revendiquée par les praticiens.

Une autre interrogation légitime peut se poser à propos du respect des principes de l'arbitrage à l'aune de l'intervention d'une autorité publique comme la Commission dans la procédure arbitrale : le caractère consensuel de l'arbitrage. Ainsi, lorsque les clauses d'arbitrage « *sont manifestement rédigées de manière à adapter l'arbitrage au besoin de contrôler le*

Section D, point 39 : “ *The Commission shall be allowed and enabled to participate in all stages of the procedure by: a. receiving all written submissions (including documents and reports, etc.) made by the parties to the arbitration; b. receiving all orders, interim and final awards and other documents exchanged by the Arbitral Tribunal with the parties to the arbitration (including Terms of Reference and procedural time-table); ...*”

⁹⁹⁹ **IDOT (L.)**, « L'arbitrage et le contrôle des engagements en droit de la concurrence : analyse du système », *op. cit.*, p. 136-137.

¹⁰⁰⁰ **NOURISSAT (C.)**, « L'arbitrage commercial international face à l'ordre juridique communautaire : une ère nouvelle ? » : *Rev. dr. aff. int.*, 2003, p. 765.

¹⁰⁰¹ Décision Comm., 26 janvier 2011, INTEL / MCAFEE, aff. n° COMP/M.5984 (selon l'article 6, § 1 b du Règlement 139-2004), *Office des publications officielles de l'Union européenne*, L-2985 Luxembourg, Section D, point 40: “*In the event of disagreement between the parties to the arbitration regarding the interpretation of the Commitments, the Arbitral Tribunal shall inform the Commission and may seek the Commission's interpretation of the Commitments before finding in favor of any party to the arbitration and shall be bound by the interpretation*”.

¹⁰⁰² **IDOT (L.)**, « L'arbitrage et le contrôle des engagements en droit de la concurrence : analyse du système », *op. cit.*, p. 141.

*contrôleur, c'est à dire de surveiller la procédure arbitrale, on peut se demander ce qu'il reste de l'aspect consensuel de l'arbitrage »*¹⁰⁰³.

Pourtant, il faut le reconnaître, la nature de la mission de l'arbitre peut justifier son assujettissement à la Commission, dans ce type d'arbitrage. C'est ce qu'explique Mme Idot : « *ce dernier [ce type d'arbitrage] ne porte plus, comme dans les arbitrages classiques sur les conséquences (civiles) d'une pratique, qui pourrait par ailleurs donner lieu à une condamnation de l'Autorité de la Concurrence. Il s'agit de vérifier que les entreprises respectent les engagements pris auprès de l'Autorité de Concurrence, tiennent en quelque sorte leurs promesses. Cette spécificité légitime le contrôle étroit de l'autorité de concurrence sur le déroulement de la procédure qui n'existe pas dans le cadre des (arbitrages classiques), lesquels échappent, du moins en principe, à son intervention »*¹⁰⁰⁴.

Les possibilités d'intervention de la part des autorités de concurrence sont prévues. Ainsi, la Commission peut se réserver le droit d'intervenir dans la procédure se déroulant devant le tribunal arbitral, à travers l'insertion d'une clause. Tel est le cas de la fusion entre US Airways et American Airlines en 2013¹⁰⁰⁵ : la décision de la Commission autorisant cette opération, a inclus un certain nombre de possibilités d'interventions. Par exemple, la Commission se réserve le droit de participer à la procédure tenue devant l'arbitre en tant qu'*amicus curiae* et elle se donne l'opportunité de poser des questions aux parties, témoins et experts. Elle demande la réception des mémoires écrits par les parties, les sentences et les documents qui vont être échangés entre le tribunal et les parties à la procédure arbitrale. Elle choisit d'être présente lors du déroulement de l'arbitrage et des audiences. Enfin et surtout, la Commission impose au tribunal de lui soumettre l'interprétation des engagements. Elle ajoute que son interprétation doit être revêtue d'un caractère obligatoire, de sorte que le tribunal se voit obligé de la retenir¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰³ MAILHE (F.), « L'arbitrage saisi par le droit de la concurrence : Requiem pour une chimère juridique », *op. cit.*

¹⁰⁰⁴ IDOT (L.), « L'arbitrage et le contrôle des engagements en droit de la concurrence : analyse du système », *op. cit.*, p. 144.

¹⁰⁰⁵ Décision Comm., 5 août 2013, US AIRWAYS / AMERICAN AIRLINES, aff. n° COMP/M.6607 (selon l'article 6, § 1 b du Règlement 139-2004), *Office des publications officielles de l'Union européenne*, L-2985 Luxembourg.

¹⁰⁰⁶ *idem*, points 6.16 - 6.18.

Une autre manifestation de la dépendance de l'arbitre à la Commission, réside dans son incapacité à accompagner l'évolution des circonstances impactant le marché durant la période des engagements, dont il est chargé de la mise en œuvre. En effet, lorsque l'arbitre découvre qu'il y a un changement dans l'environnement du marché, entre la période qui sépare la décision consacrant des engagements et la mise en œuvre de son mandat appliquant les engagements prévus par la décision, il est préférable qu'il se réfère à la Commission. Celle-ci modifiera et reverra sa décision originale, afin de s'adapter auxdits changements. Suivant cette révision de décision, il se peut que le litige perde sa raison d'être et qu'aucune sentence ne soit prononcée. En revanche, si le différend persiste, l'arbitre tranchera le litige en considérant la modification de la décision d'engagements, ce qui permettra à sa sentence d'échapper à une procédure de nullité ou à un rejet d'exequatur à un stade ultérieur, devant une juridiction d'un Etat membre¹⁰⁰⁷.

Etant donné ce qui précède, le point de vue de l'arbitre est effectivement lié à celui d'un organisme public qui n'est pas partie à l'arbitrage. Cela ne veut pas dire pour autant, qu'il est dénué de tout pouvoir, la nature juridictionnelle de l'arbitrage permettant à l'arbitre de jouir de prérogatives inhérentes à sa mission.

SECTION 2 - LES PRÉROGATIVES ARBITRALES INHÉRENTES À LA RÉSOLUTION DE LITIGES

Deux conceptions s'opposent quant à la perception des pouvoirs dont dispose l'arbitre dans l'arbitrage d'engagements. La première présente l'arbitre comme un acteur neutre n'exerçant aucune fonction d'autorité publique, si ce n'est celle de faire respecter les engagements spécifiques et clairs des décisions de la Commission. Selon l'autre conception, l'arbitre dépend de l'autorité publique, exécutant une de ses fonctions et de ce fait, perdant en autonomie. Etant donné que la remise en question de l'autonomie de l'arbitre a été analysée plus haut, il convient dans les développements qui suivent, de mettre l'accent sur les manifestations des marges de manœuvre dont il dispose. Ces dernières sont de nature à étayer son indépendance vis à vis de la Commission européenne.

¹⁰⁰⁷ **BLANKE (G.)**, « International Arbitration and ADR in Remedy Scenarios Arising under Articles 101 and 102 TFEU », *op. cit.*, p. 1175.

Concrètement, dans le cadre d'un *public enforcement*, la marge de décision détenue par l'arbitre dépend de l'étendue des engagements validés par la Commission. Lorsque la Commission confie le contrôle de la bonne application des engagements pris devant elle, soit en application du Règlement relatif aux fusions entre entreprises¹⁰⁰⁸, soit en application du Règlement n° 1/2003 relatif aux comportements anticoncurrentiels, elle ne cède pas à l'arbitre une partie de ses fonctions. Elle lui donne la compétence de veiller à ce que les engagements soient respectés. Autrement dit, l'arbitre n'a pas le pouvoir de produire des engagements mais il a le devoir de faire respecter les engagements originels que la Commission a validés. Les décisions de l'arbitre sont prises sur la base des engagements originels que la Commission a fait peser sur les entreprises, pour valider leurs opérations économiques ou leurs comportements sur les marchés¹⁰⁰⁹.

Les engagements pris dans le cadre d'une opération de concentration dont le respect relève de l'autorité de l'arbitre, se traduisent habituellement par l'obligation de donner accès¹⁰¹⁰ aux « tiers à un actif ou une infrastructure contrôlée par l'entreprise fusionnée »¹⁰¹¹ ou de conclure des contrats de licence avec des conditions prédéterminées. Si l'entité créée par la concentration ne s'exécute pas, l'arbitre va examiner si « les justifications, qu'elle avance sont ou non fondées »¹⁰¹². Le pouvoir attribué au tribunal arbitral ne signifie pas que ce dernier s'approprie les pouvoirs de l'autorité de la concurrence, de sorte qu'il sera doté du pouvoir de sanctionner la contravention, en prononçant au contraire des sanctions administratives. Il ne prononce que des sanctions de nature civile identiques à celles que le juge étatique peut prononcer. Ainsi le tribunal arbitral « peut ordonner des injonctions mais également le paiement de dommages-intérêts »¹⁰¹³.

La démonstration visant à prouver la première conception, c'est-à-dire l'autonomie et la neutralité de l'arbitre dans l'arbitrage d'engagements, est faite en se référant à des situations

¹⁰⁰⁸ Le Règlement 139/2004 est complété par le règlement de la Commission 802/2004 du 21 avril 2004, modifié par le règlement 1003/2008 du 20 octobre 2008 et le règlement d'exécution (UE) n° 1269/2013 du 5 décembre 2013, précisant les règles de procédure.

¹⁰⁰⁹ **BLANKE (G.)**, « The arbitrability of EU Competition Law: The Status Quo Revisited in the Light of Recent Developments: Part 1 », *op. cit.*, § 94.

¹⁰¹⁰ **IDOT (L.)**, « L'arbitrage et le contrôle des engagements en droit de la concurrence : analyse du système », *op. cit.*, p.140.

¹⁰¹¹ **THEOPHILE (D.)** et **AUBRON (G.)**, « L'arbitrage dans les engagements en matière de concurrence », *op. cit.*

¹⁰¹² **IDOT (L.)**, « L'arbitrage et le contrôle des engagements en droit de la concurrence : analyse du système », *op. cit.*, p. 140.

¹⁰¹³ **THEOPHILE (D.)** et **AUBRON (G.)**, « L'arbitrage dans les engagements en matière de concurrence », *op. cit.*

factuelles. L'analyse des prérogatives arbitrales dans l'affaire suivante, va contribuer à fonder la conception autonomiste de l'arbitrage.

En 2003, une société (The News Corporation Limited [News Corp.]) a proposé à la Commission de procéder à deux opérations de concentration qui avaient pour résultat de solliciter les réserves de la Commission, tout en lui offrant un certain nombre d'engagements qui permettaient de dissiper l'inquiétude de la Commission. En effet, News Corp. a manifesté son intention d'acquérir une autre société (Telepiù SpA.) et par la suite, de fusionner avec une troisième (Stream SpA.)¹⁰¹⁴.

Les préoccupations de la Commission concernant une telle opération s'avéraient réelles. Durant l'investigation, la Commission s'est rendu compte que la société News Corp. allait occuper une position dominante sur certains marchés. De plus, elle aurait chaque année, les droits exclusifs des compétitions de football, auxquelles participaient les équipes nationales italiennes. Elle aurait aussi les droits exclusifs sur d'autres événements sportifs¹⁰¹⁵.

Pour convaincre la Commission, News Corp. s'est engagé en premier lieu, à ne pas acquérir les droits exclusifs de diffusion de manifestations sportives mondiales. En second lieu, elle s'est engagée à résoudre tout litige concernant la mise en œuvre de ses engagements, par la voie d'arbitrage sous l'égide la CCI. Ces engagements seraient régis et interprétés selon le droit italien et le droit de la Communauté européenne. En tenant compte de l'effet escompté de ces engagements, la Commission a émis une décision favorable sur la fusion, en avril 2003¹⁰¹⁶.

En 2010, une société tierce (RTI Italia SpA.) a engagé un arbitrage¹⁰¹⁷ contre la société (Sky Italia Srl.), filiale en propriété exclusive de News Corp. La société RTI a reproché à cette

¹⁰¹⁴ **BERGAMINI (L.)**, « Analysis of Recent Competition Cases Decided by Arbitrators », in *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham: UK, Northampton, MA: USA, 2015, p. 303.

¹⁰¹⁵ Décision Comm., 2 avril 2003, aff. n° COMP/M.2876 (Article 8 (2) Règlement 4064/89), News Corp. / Telepiù, *Journal officiel*, L 110, 16 avril 2004, pp. 73-125, point 162.

¹⁰¹⁶ *idem*, point 225.

¹⁰¹⁷ Sentence CCI, 17 Février 2012, aff. n° 16974/FM/GZ, Reti Televisie Italiane c. / Sky Italia. (La sentence est inédite, mais plusieurs extraits sont cités par **RADICATI DI BROZOLO (G.)**, « EU Meger Control Commitments and Arbitration : Reti Televisie Italiane v. Sky Italia » : *Arbitration International*, vol. 29, Issue (2), 2013, p. 223. La même sentence est citée également par **BERGAMINI (L.)**, « Analysis of Recent Competition Cases Decided by Arbitrators », in *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham : UK, Northampton, MA : USA, 2015, p. 303.

filiale d'avoir acquis les droits exclusifs de diffusion de la Coupe du monde de football de la FIFA cette année-là. RTI Italia SpA a allégué une violation des engagements pris par News Corp. et a demandé au tribunal arbitral de rendre une décision à la fois déclinatoire et compensatoire. Cependant, le tribunal arbitral a conclu à l'absence de violation des engagements, car le marché en question ne faisait pas partie des marchés visés par les engagements et affectés par la concentration. A partir de ce constat, le tribunal a rejeté les demandes de la société RTI¹⁰¹⁸.

Plus précisément, le tribunal a étudié lors de l'arbitrage, la loi applicable à l'interprétation des engagements pris et il a considéré que ces derniers faisaient partie de la décision rendue par la Commission. En d'autres termes, ces engagements devaient être lus et compris à l'aune de la décision, notamment les préoccupations relatives au droit de la concurrence. Le tribunal est allé plus loin en estimant que la décision était une sorte de législation car elle relevait du système juridique européen et qu'ainsi, elle devait être assujettie à la hiérarchie législative observée en Europe¹⁰¹⁹.

Ici, le tribunal arbitral illustre son autonomie dans l'exécution de sa mission, à travers l'examen de multiples points choisis par lui, sans se référer à la Commission. Le tribunal a tout d'abord procédé à déterminer si les droits de diffusion des matchs de la Coupe du monde FIFA étaient inclus dans les engagements souscrits auprès de la Commission. Il a donc interprété l'engagement et son étendue, sans solliciter l'aval de la Commission. De plus, il n'a pas pris en compte les déclarations d'anciens fonctionnaires de la Commission, à la demande de l'une des parties lors de l'interprétation de la décision¹⁰²⁰.

Par ailleurs, le tribunal a retenu son incapacité à changer la décision de la Commission. Il a indiqué qu'il n'avait pas le pouvoir d'étendre la décision pour qu'elle comprenne d'autres marchés que ceux affectés par la concentration, de sorte qu'elle incluait les marchés potentiellement affectés, en raison des changements dans la situation concurrentielle. Il a

¹⁰¹⁸ **BERGAMINI (L.)**, « Analysis of Recent Competition Cases Decided by Arbitrators », *op. cit.*, p. 303. Voir également : **IDOT (L.)**, « Arbitrage et droit de l'Union européenne : retour sur quelques développements récents », *op. cit.*, p. 480

¹⁰¹⁹ **BERGAMINI (L.)**, « Analysis of Recent Competition Cases Decided by Arbitrators », *op. cit.*, pp. 306-307.

¹⁰²⁰ *idem*, p. 307.

justifié sa position en expliquant ne pas vouloir aller à l'encontre de la décision de la Commission¹⁰²¹.

Analysant la sentence arbitrale de par l'autonomie du tribunal par rapport à la Commission, un auteur a mis en évidence que le tribunal n'a pas douté de son pouvoir d'interpréter et d'appliquer la décision de la Commission. Lors de l'interprétation, le tribunal a gardé son autonomie dans la mesure où il n'a pas été influencé par l'expertise et les déclarations des anciens fonctionnaires de la Commission. Quant à la loi applicable, le tribunal n'a pas tenu compte de la loi nationale et a préféré cerner le champ d'application de la décision elle-même. En outre, il n'a pas envisagé une nouvelle procédure d'arbitrage sur les questions tranchées par la Commission. L'auteur en déduit que le tribunal a selon toute vraisemblance, reconnu que sa mission relevait du *private enforcement*. Il n'a pas agi comme un agent agissant pour le compte de la Commission, dans la surveillance des engagements souscrits. L'auteur déduit de l'attitude du tribunal que ce dernier ne reconnaissait pas l'emprise de la Commission sur l'interprétation définitive de ses propres décisions, qui pouvaient relever de la compétence des juridictions nationales et européennes, ainsi que des tribunaux arbitraux¹⁰²².

Dès lors, bien que le tribunal affirme et revendique une sorte d'autonomie relative par rapport à la Commission, il est difficile de souscrire à la conclusion que l'arbitrage d'engagements relève du *private enforcement* par lequel l'arbitre applique les politiques étatiques spontanément, à travers la résolution du litige dont il est saisi, sans être associé à l'autorité publique. La plupart des arguments évoqués plus haut et dont le but est de prouver l'indépendance de l'arbitre vis à vis de la Commission, relève des prérogatives inhérentes à la fonction juridictionnelle exercée par l'arbitre. Lorsque l'arbitre retient son pouvoir d'interpréter la décision de la Commission, il répond à une attente dans la mesure où l'interprétation est un préalable naturel à l'application et à l'exécution de la décision. Lorsque le tribunal exclut la loi nationale et se réfère à la décision de la Commission, il renforce son

¹⁰²¹ *idem*.

¹⁰²² *idem*, p. 307. L'auteur déclare précisément : “ *In a nutshell, the ICC tribunal : (i) did not question its own power to interpret and apply the Decision; (ii) interpreted the decision autonomously (in other words, apparently without being influenced by the statements made by the Commission or the Commission's former officials; (iii) interpreted the Decision in the light of EU law (with no reference to domestic law) by exploring the Decision's underlying rationale; and (iv) did not entertain a re-litigation of the issues decided by the Commission. By doing so, the tribunal has seemingly acknowledged both that its task was the private enforcement of Commission's decision (not that of acting as the Commission's agent for the monitoring of the commitments), and that the Commission lacks the power to provide definitive interpretations of its decisions (a power within the sphere of the courts, national or EU, and thus within the sphere of the arbitrators themselves)*”.

attachement à l'autorité publique. Ne pas tenir compte des avis fournis par d'anciens fonctionnaires de la Commission, ne contribue pas à affirmer l'autonomie du tribunal puisque l'absence de caractère officiel suffit à justifier leur aspect non contraignant pour le tribunal. Enfin, le refus du tribunal d'envisager une nouvelle procédure d'arbitrage pour des questions tranchées par la Commission, n'empêche pas à cette dernière, d'imposer sa volonté comme cela se verra ci-après.

Afin que l'intervention de l'arbitre soit qualifiée en *private enforcement* et ne rentre pas dans le cadre du *public enforcement*, son intervention doit s'opérer à l'initiative des acteurs privés. Une intervention préalable de la Commission n'a pas besoin d'être constatée par l'intermédiaire d'une décision consacrant des engagements concurrentiels, à la charge de l'entreprise. Cela se traduit par une intervention arbitrale qui se fait incidemment ou à titre préventif. En effet, il est concevable que l'arbitre intervienne à la demande d'une des parties, sans qu'il y ait intervention de la Commission européenne. Dans ce sens, pour que les parties soient assurées que leur contrat ne tombe pas sous le coup de l'article 101 § 1 du TFUE, c'est-à-dire que les dispositions du contrat n'ont pas pour objet ou pour effet d'empêcher, restreindre ou fausser la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, elles peuvent insérer dans leur contrat, une clause d'arbitrage par laquelle elles chargent un arbitre d'apporter les modifications nécessaires pour que l'exemption légale prévue par l'article 101 § 3, trouve à s'appliquer. L'intervention de l'arbitre peut se faire à la demande de l'une des parties à l'occasion d'un désaccord sur l'évaluation juridique correcte de leur contrat en vertu dudit article. L'intervention de l'arbitre peut également se faire à un niveau secondaire, c'est-à-dire lorsque l'une des parties demande des dommages-intérêts justifiés par l'inexécution du contrat. A cette occasion et de façon secondaire, l'arbitre se charge de transformer un contrat illicite selon l'article 101 § 1 du TFUE, en un contrat licite selon le paragraphe 3 de ce même article¹⁰²³. Il est possible que l'arbitre demande alors aux parties de procéder à un certain nombre de modifications ou d'arrangements contractuels pour supprimer les incompatibilités avec le droit de la concurrence. Il s'agit autrement dit, d'une sorte d'engagement dont le concepteur et l'exécuteur sont l'arbitre car cela contribue à la mise en œuvre des dispositions du droit de la concurrence, sans recevoir l'approbation préalable de la Commission sur les engagements. Néanmoins, force est de constater que cela relève plutôt du *private enforcement* et non du *public enforcement*.

¹⁰²³ **BLANKE (G.)**, « International Arbitration and ADR in Remedy Scenarios Arising under Articles 101 and 102 TFEU », *op. cit.*, p. 1059.

Ainsi, la ligne de démarcation entre les deux fonctions de l'arbitre est claire et son autonomie relative en contribuant au *public enforcement*, n'est que le strict minimum nécessaire à l'exécution de sa mission de juge privé. La question à laquelle il faut répondre désormais concerne le sort réservé à la sentence arbitrale, à l'aune de la décision en vertu de laquelle elle a été rendue par l'arbitre.

SECTION 3 - LE LIEN ENTRE LA SENTENCE ARBITRALE ET SA COMPATIBILITÉ AVEC LA DÉCISION DE LA COMMISSION

La sentence rendue par l'arbitre dans le cadre de l'article 9 du Règlement 1/2003 ou des Règlements relatifs aux opérations de concentration, ne peut bénéficier de l'exequatur dans un Etat membre de l'Union, que dans la mesure où elle est en totale conformité avec la décision des engagements rendue par la Commission européenne. Si la sentence ne respecte pas la décision d'engagements à la lettre, elle enfreint le droit de l'Union européenne. Cela est dû à l'obligation de coopération loyale, à laquelle les Etats membres sont tenus selon l'article 4 (3) du Traité sur l'Union européenne¹⁰²⁴.

Si l'arbitre ne met pas en œuvre les engagements décrits dans la décision de la Commission et écarte certains aspects des engagements ou les applique de façon erronée ou partielle, sa sentence risque de subir un refus d'exequatur de juridictions d'Etats membres, sur la base de l'*infra petita* de la Convention de New York¹⁰²⁵.

En outre, si le droit régissant l'arbitrage ne reconnaît pas l'arbitrabilité des engagements validés par la Commission européenne pour autoriser une fusion d'entreprises, cet arbitrage n'aura pas lieu et des problèmes pratiques en découleront. En effet, un tel cas de figure pourrait constituer une violation du principe de coopération prévu par l'article 4 § 3 du Traité sur l'Union européenne, ainsi que l'article 16 § 1 du Règlement 1/2003. Ainsi, il a été soutenu que les tribunaux étatiques des Etats membres ne devaient pas tenir compte de cette entrave juridique de source nationale. Une autre solution peut résider dans le fait de choisir un lieu

¹⁰²⁴ *idem*, p. 1174.

¹⁰²⁵ *idem*.

d'arbitrage dans un Etat membre où l'arbitrabilité de ce genre de question ne fait pas de doute¹⁰²⁶.

Du côté de la Commission, dans l'hypothèse où une sentence arbitrale est rendue alors qu'elle n'est pas en conformité avec la décision originale d'engagements, la Commission en tant que gardien de la bonne application du droit européen prévu à l'article 17 (1) du Traité sur l'Union européenne, peut demander une autre procédure d'arbitrage, dans laquelle l'arbitre et les parties s'efforceront cette fois, de se conformer aux engagements. Cela s'applique même si la sentence est finale. Dans l'hypothèse où l'arbitre échoue à nouveau dans l'accomplissement de sa mission, un autre arbitre pourra être désigné, conformément aux dispositions procédurales prévues dans la décision individuelle d'engagements¹⁰²⁷.

En d'autres termes, le principe de l'autorité de la chose jugée peut être remis en question dans ce type d'arbitrage. La jurisprudence étatique montre que la Commission n'est pas liée par les sentences arbitrales rendues, en application des décisions de la Commission elle-même¹⁰²⁸. Cela permet à la Commission d'ouvrir une procédure à l'égard des faits qui ont déjà été examinés par des tribunaux arbitraux, sans qu'elle soit tenue de respecter les sentences portant sur ces faits. Ainsi, la Commission est en mesure d'émettre des amendes pour sanctionner des comportements incompatibles avec le droit européen de la concurrence, alors que les mêmes comportements ont été jugés compatibles avec le même droit par des tribunaux arbitraux¹⁰²⁹. Il existe donc un certain paradoxe dans l'attitude de la Commission : d'une part, elle montre sa confiance en l'arbitrage en chargeant l'arbitre de veiller à l'application des engagements souscrits par les entreprises. D'autre part, elle peut déclinier l'autorité des sentences de la chose jugée, une fois rendues par les arbitres.

¹⁰²⁶ **BLANKE (G.)**, « The Arbitrability of EU Competition Law: The Status Quo Revisited in the Light of Recent Developments: Part 1 », *op. cit.*, § 98.

¹⁰²⁷ **BLANKE (G.)**, « International Arbitration and ADR in Remedy Scenarios Arising under Articles 101 and 102 TFEU », *op. cit.*, p. 1074-1175.

¹⁰²⁸ « La décision de l'arbitre ne lie pas toujours la Commission, laquelle est souvent associée en tant qu'*amicus curiae* aux pouvoirs exorbitants » : **MAILHE (F.)**, « L'arbitrage saisi par le droit de la concurrence : Requiem pour une chimère juridique », *op. cit.*

¹⁰²⁹ **BERGAMINI (L.)**, « Analysis of Recent Competition Cases Decided by Arbitrators », *op. cit.*, p. 313. Plus précisément pour l'auteur: "Case law further shows that there are risks of potentially conflicting interpretations on EU law and Commission decisions. Specifically, the Commission can (at any time) activate an administrative procedure relating to the same facts already examined by arbitrators, without being bound by the arbitrator's decision (and thus it can impose fines for behavior that arbitrators have found to be lawful)."

Cela peut alerter l'arbitre sur la nécessité impérative de suivre les prescriptions posées par la décision de la Commission. De ce fait, il est plus prudent pour un arbitre de demander l'avis de la Commission s'il a des doutes sur l'interprétation à donner aux engagements qu'il met en œuvre.

L'emprise de la Commission sur la sentence arbitrale peut atteindre son maximum lorsque la Commission exige que la sentence soit validée par elle pour être valable. Une telle exigence a été décrite par un auteur, comme « *une mise en cause du caractère juridictionnel de l'arbitrage* »¹⁰³⁰. Il poursuit en contestant la qualification en arbitrage de la procédure qui doit être confirmée par la Commission : « *parler d'une "procédure arbitrale" pour l'arbitrage Commission permet donc simplement de mettre l'accent sur certaines caractéristiques accessoires de cette instance qui n'en est pas une. Il s'agit en réalité nous semble-t-il d'une procédure de type administrative et quasi-juridictionnelle, instituée par la Commission pour les besoins de son activité* »¹⁰³¹.

Dans l'arbitrage d'engagement, la Commission peut réduire et contrôler les pouvoirs de l'arbitre, pendant le déroulement de la procédure arbitrale mais elle peut aussi, exiger l'alignement total de la sentence à sa vision, en imposant la confirmation de la sentence par elle-même. Par ailleurs, la Commission peut remettre en question des sentences rendues en exécution de ses propres décisions, en retenant des positions diamétralement opposées à celles prises par les arbitres.

Par conséquent, la sentence rendue en application des engagements concurrentiels prévus par la décision de la Commission subit un contrôle strict en aval, dans la mesure où le juge d'annulation mais aussi la Commission se prononcent sur la compatibilité de la sentence avec le droit de l'Union. Et éventuellement, la sentence subirait un contrôle en amont, dans la mesure où la Commission se réserve la prérogative de valider préalablement la sentence arbitrale. Vu un tel contrôle qui s'exerce sur la sentence arbitrale, l'arbitre n'a plus de choix que celui d'appliquer les engagements en question rigoureusement, renforçant ainsi une implication réelle de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques de concurrence mais encadrée excessivement par la Commission.

¹⁰³⁰ MAILHE (F.), « L'arbitrage saisi par le droit de la concurrence : Requiem pour une chimère juridique », *op. cit.*

¹⁰³¹ *idem.*

CONCLUSION DU TITRE

L'arbitrage d'engagements se distingue de l'arbitrage classique car il est annexé à l'autorité publique, dans la mesure où il contribue à la mise en œuvre de sa politique concurrentielle. Dans cet objectif, l'arbitrage a dû s'adapter à la nature publique de sa mission : il reconnaît l'autorité de concurrence, représentée par la Commission européenne et les prérogatives exorbitantes qui sont de nature à remettre en question l'autonomie du tribunal.

La marge de décision laissée à l'arbitre est considérée comme une prérogative inhérente au pouvoir juridictionnel qu'il exerce. Par conséquent, la latitude dont il dispose pour résoudre les litiges relatifs à l'exécution des engagements validés par la Commission, ne permet pas d'étayer la qualification de cet arbitrage en arbitrage classique, contribuant à l'application des politiques étatiques de façon incidente, voire spontanée, dans le cadre de la résolution des litiges opposant des parties qui entretiennent des relations contractuelles.

Dans l'arbitrage d'engagements, l'arbitre est un allié de l'autorité publique, en l'occurrence la Commission. Il est en quelque sorte, mandaté par elle pour exécuter une mission très encadrée. Malgré l'encadrement étroit des pouvoirs de l'arbitre par la reconnaissance des prérogatives excessives de la Commission, cette dernière peut dans certains cas, ignorer la sentence arbitrale en dépassant les conclusions des arbitres et en retenant une solution différente de celle de l'arbitre pour la même question, couverte par les engagements qui figurent dans sa décision.

Certes, l'arbitrage d'engagements constitue la forme la plus extrême dans l'implication réelle de l'arbitre dans la défense des politiques étatiques de concurrence mais cette implication est encadrée. Il est aisé de constater la restriction excessive des prérogatives arbitrales, au profit de la reconnaissance des prérogatives exorbitantes de la Commission.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'arbitre est impliqué dans la défense des politiques étatiques en matière commerciale et tout particulièrement en matière de concurrence. Son implication est satisfaisante lorsqu'il s'agit de dispositions fondamentales en matière de concurrence comme l'abus de position dominante ou les ententes prohibées. L'arbitre a su surmonter tous les obstacles qui étaient de nature à le dissuader de s'impliquer dans la défense des politiques en question.

A cet égard, le principe d'autonomie de la volonté ne débouche pas sur l'instrumentalisation de l'arbitrage. Cela veut dire que les parties sont tout à fait capables de choisir la loi qui régira leur contrat mais cela ne signifie pas que ce dernier est à l'abri de toute remise en question, s'il contient une violation d'une disposition fondamentale du droit de concurrence. En effet, si l'application du droit de la concurrence qui revendique application, n'a pas été invoquée par l'une des parties à l'arbitrage, l'arbitre peut et même doit, l'invoquer d'office. Autrement dit, le choix d'une loi d'un Etat autre que celui dans lequel les effets néfastes sur la concurrence se produisent, ne dispense pas l'arbitre de l'application de la loi de cet Etat, dont le marché est affecté. Si les parties à l'arbitrage s'abstiennent d'invoquer la nullité de leur contrat illicite au regard du droit de la concurrence, l'arbitre ne doit pas rester passif. Il dispose de moyens juridiques lui permettant de ne pas se rendre complice dans la violation du droit de la concurrence. Il peut soit, déclarer son incompétence pour trancher leur litige, soit déclarer la nullité du contrat sur lequel il se prononce si la violation du droit de la concurrence est constatable de prime abord. Si cette intention d'éluder le droit de la concurrence est concrétisée dans une clause contractuelle, dans le sens où les contractants se mettent d'accord pour interdire à l'arbitre d'appliquer le droit de la concurrence *ab initio*, une telle clause est nulle et l'arbitre doit agir en conséquence. Cette position arbitrale qui correspond à une implication spontanée dans les défenses des politiques fondamentales de concurrence, ne peut qu'emporter l'adhésion.

En revanche, l'implication de l'arbitre dans la défense d'autres politiques étatiques de concurrence est insuffisante. En effet, lorsqu'il s'agit de dispositions telles que le déséquilibre contractuel significatif et la rupture brutale de relations commerciales établies, l'arbitre ne s'estime pas tenu de les respecter ou en tout cas, il ne s'estime pas tenu de les respecter entièrement. Une telle attitude arbitrale peut s'expliquer par l'inopposabilité de ces

dispositions sur la sphère internationale. La mise en œuvre de telles politiques étatiques ne vaut que pour les rapports juridiques internes et ne doit pas s'étendre pour gouverner les rapports juridiques mettant en cause l'intérêt du commerce international. Cette attitude peut s'expliquer également par la réserve dont fait preuve le juge de contrôle de la sentence arbitrale, dans la mesure où il ne sanctionne pas l'inapplication de ces dispositions par l'arbitre.

Ces dispositions impératives que l'arbitre ne met pas en œuvre, impliquent la notion de la partie la plus faible et cette notion n'occupe pas de place prépondérante dans la jurisprudence arbitrale. Dans le cadre de l'arbitrage commercial international, les relations nouées entre les opérateurs économiques sont présumées être équilibrées. C'est la raison pour laquelle l'arbitre se limite à un examen formel des allégations fondées sur le déséquilibre contractuel significatif, ainsi que sur la rupture brutale des relations commerciales établies.

Or, les arbitres devraient cesser de méconnaître ces dispositions en évoluant vers une plus grande considération de ces matières et une meilleure prise en compte des parties les plus faibles. Il suffit pour s'en convaincre de faire le lien entre la protection des personnes bénéficiant des dispositions en question et la préservation d'une structure concurrentielle saine sur le marché concerné. Par ailleurs, l'arbitre n'a pas à s'opposer à la mise en œuvre des politiques étatiques que les Etats souhaitent imposer sur leurs territoires et dont la légitimité est patente.

De là à soutenir que la protection des personnes économiquement faibles, dont les droits ont été abusés par d'autres plus puissantes, doit intégrer le vocabulaire de l'arbitre international de façon générale. Cette position peut s'expliquer par les effets de la mondialisation qui provoquent le chevauchement des intérêts publics et des intérêts privés, de sorte qu'il devient difficile de les distinguer. Cela peut également entraîner la remise en question de la notion de classification de l'ordre public, en ordre public de direction et en ordre public de protection.

Par ailleurs, les textes de la *soft law* qui sont à la disposition de l'arbitre, ne sont pas indifférents aux dispositions impératives étatiques, visant à imposer certaines politiques estimées nécessaire par les Etats, pour le respect de leur ordre public. La *soft law* qui aspire à organiser le commerce international doit être exploitée par l'arbitre, pour renforcer son autonomie par rapport à celle de la volonté des opérateurs économiques recourant à

l'arbitrage. Les normes de la *soft law* fournissent à l'arbitre l'occasion de faire imposer des politiques étatiques, si les contractants ont décidé de désigner les principes du droit international ou les principes du commerce international, en tant que loi régissant leur contrat. Devant l'arbitre, ces normes peuvent être elles-mêmes choisies par les parties, comme un droit régissant leur contrat. Le fait qu'elles contiennent des références renvoyant aux dispositions impératives étatiques, permet à l'arbitre de légitimer l'imposition de ces politiques étatiques, peu importe si elles visent à satisfaire un intérêt privé ou un intérêt public. La consultation de certaines normes de *soft law* permet de balayer la croyance selon laquelle ces normes sont foncièrement opposables aux politiques étatiques consacrées par des dispositions impératives.

Par ailleurs, l'arbitre est bien placé pour soutenir et imposer les politiques étatiques, contrairement à l'idée reçue selon laquelle son statut de juge privé l'en empêcherait. Il peut le faire justement grâce à son statut de juge privé, détaché de tout ordre juridique étatique. Le détachement de l'arbitre des ordres juridiques étatiques fait de la *soft law* une référence privilégiée, à laquelle l'arbitre fait référence pour combler les lacunes juridiques ou pour interpréter des textes légaux régissant le litige dont il est saisi. Il s'y ajoute que la *soft law* peut consacrer des notions juridiques assez proches des celles consacrées par les ordres juridiques étatiques et ayant le caractère contraignant. Tel est le cas de l'article 3.2.7 des Principes d'Unidroit de 2016, qui consacre la notion d'avantages excessifs ou encore l'article 3.2.6 des Principes, qui consacre la notion de contrainte. Ces articles condamnent l'abus de puissance économique. Leur inclusion dans la *soft law* démontre que les politiques étatiques de concurrence qui visent à tempérer l'abus de puissance économique, devraient recevoir l'approbation de l'arbitre.

Si d'aucuns veulent accroître le respect des politiques étatiques visant à prohiber des pratiques abusives en matière commerciale sur le plan international, il faudrait brider l'intervention de la *lex mercatoria*. Il ne faut pas instrumentaliser cette structure juridique pour déjouer ces politiques. L'interprétation de la *lex mercatoria* comme un ensemble de règles matérielles est susceptible d'être instrumentalisée par l'arbitre, dans la mesure où il peut dire que la solution qu'il propose est puisée dans la *lex mercatoria*, pour pouvoir l'imposer, sans tenir compte des dispositions du droit déclaré applicable.

Du reste, l'interprétation de la *lex mercatoria* comme étant un curseur indiquant la loi ou la règle à appliquer, peut être employée pour faire respecter les politiques étatiques prohibant les pratiques abusives. L'arbitre est en mesure de dire que l'attente légitime des parties ne se trouve pas déçue, s'il décide d'appliquer telle ou telle disposition d'ordre public appartenant à tel ou tel ordre juridique étatique. En effet, les parties auraient pu s'attendre objectivement et raisonnablement à l'application de cette disposition. L'arbitre peut également dire que la prohibition des pratiques abusives consacrée par une loi de police, constitue une politique étatique légitime et l'appliquer à ce titre.

Quant aux litiges d'investissement, l'attitude arbitrale vis-à-vis des politiques étatiques de concurrence, est encadrée par le Traité d'investissement applicable. Le fait que l'arbitre donne priorité à la protection de l'investisseur en cas d'incompatibilité de cette protection avec le droit de la concurrence, ne semble pas être blâmable. L'Etat qui s'engage à accorder des avantages à certains investisseurs doit remplir ses obligations, même si cela porte atteinte à la politique de concurrence impliquée qu'est, en l'occurrence, la prohibition d'aides d'Etat.

Lorsque le pouvoir concurrentiel de l'investisseur est visé par l'Etat d'accueil, l'arbitre est en mesure de protéger cet investisseur. De façon générale, il incombe à l'arbitre d'apprécier la finalité recherchée par l'Etat d'accueil, lorsqu'il édicte une mesure portant atteinte au pouvoir concurrentiel de l'investisseur. Si l'arbitre estime que l'objectif recherché par l'Etat édictant la mesure est légitime et justifiée par un intérêt public, il doit en tenir compte. Par contre, s'il estime que l'Etat abuse et vise à porter atteinte aux intérêts des entreprises étrangères en les entravant de participer au jeu de la concurrence, il doit apporter son soutien à ces entreprises. Le moyen qu'utilise l'arbitre à cette fin est le principe du traitement national.

En outre, l'abus étatique peut se traduire par une disposition incluse dans le droit de la concurrence de l'Etat d'accueil, lui permettant de porter préjudice aux entreprises étrangères. L'arbitre doit bloquer l'effet de ces dispositions en passant par le principe de traitement national également.

En fin, il est indéniable que l'arbitre est impliqué dans la défense des politiques étatiques de concurrence, concrétisées par des décisions rendues par les autorités de concurrence. Il participe à la mise en œuvre d'engagements concurrentiels souscrits par des opérateurs agissant sur un marché donné. Bien que l'arbitre applique le droit de la concurrence à travers

le prisme de l'autorité de concurrence compétente, son implication dans la défense de politiques étatiques de concurrence ne fait aucun doute. Cette implication encadrée de l'arbitre n'est pas le fruit d'une volonté arbitrale spontanée, mais le fruit de l'efficacité et de la célérité de l'institution arbitrale. La participation de l'arbitre dans la mise en œuvre des politiques de concurrence sous l'autorité des autorités de concurrence, n'appelle ni la critique ni l'approbation. Pour ces autorités, telle que la Commission européenne, l'implication de l'arbitre ne peut qu'être bénéfique, dans la mesure où il agit en tant qu'auxiliaire leur permettant d'imposer leur perception de la situation de concurrence. Une perception qui doit prévaloir.

Après toutes ces analyses, il est possible de soutenir que l'attitude de l'arbitre vis-à-vis des politiques étatiques de concurrence est globalement satisfaisante. Le fait qu'il n'ignore pas les matières fondamentales du droit de la concurrence et qu'il sanctionne toute méconnaissance à leur égard dénote une réelle volonté d'assumer un rôle majeur dans la réglementation des transactions internationales. Certes, il rencontre différents obstacles l'obligeant à infléchir ses réactions. Toutefois, étant donné toutes les restrictions qui entourent son statut de juge privé, son engagement est plutôt louable. Néanmoins, face à certaines politiques étatiques de concurrence, l'arbitre s'abstient d'intervenir ce qui est difficile à justifier tant les raisons l'invitant à changer d'attitude deviennent de plus en plus pressantes.

Cette étude a contribué à explorer l'interaction entre l'arbitre et le droit de la concurrence. Elle constitue une étape dans une réflexion plus globale sur l'arbitrage international, et elle pourrait être complétée par d'autres études qui mettent en relief le raisonnement arbitral lorsque l'arbitre tire les conséquences de l'application du droit de la concurrence. Nous souhaitons que notre travail puisse être un point de départ pour des réflexions futures.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX

ADUDIT (M.) et BOLLEE (S.) et CALLE (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2016

ART (Autorité de Régulation des Télécommunications), *Le dictionnaire des développeurs* : « <http://dico.developpez.com/html/1184-Economie-effet-de-ciseau-tarifaire.php> »

BATIFOL (H.), *Les conflits de lois en matière de contrats : Etudes de droit international privé comparé*, Sirey, Paris, 1938

BOUARD (F. de), *La dépendance économique née d'un contrat*, Tome 13, LGDJ, Paris, 2007

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., Paris, PUF, 2014

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., Paris, PUF, 2015

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., PUF, Paris, 2016

DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.), *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'union européenne*, 6^{ème} éd., Paris : LGDJ, 2014

DECOCQ (A.), et DECOCQ (G.), *Droit de la concurrence : droit interne et droit de l'Union européenne*, 7^e éd., LGDJ, Paris, 2016

DIRECTION GÉNÉRALE DE LA CONCURRENCE, *Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne, Antitrust et contrôle des opérations de concentration*, Commission européenne, Commission européenne, Bruxelles, 2002

FERRY (C.), *La validité des contrats en droit international privé : France / U.S.A*, t. 206, LGDJ, Paris, 1989

GAILLARD (E.), *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, une collection de cours de droit en livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff publishers, 2008

GRYNFOGEL (C.), *Droit européen de la concurrence*, 4^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2016

MAINGUY (D.), *Dictionnaire de droit du marché : concurrence, distribution, consommation*, Ellipses, Paris, 2008

MAYER (P.), *Droit international privé*, 4^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1991

POUDRET (J.-F.) et BESSON (S.), *Droit comparé de l'arbitrage international*, LGDJ, Paris, 2002

SORNARAJAH (M.), *The International Law On Foreign Investment*, Third edition, Cambridge University Press, 2010

VOGEL (L.), *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen et français*, Tome 1, LawLex / Bruyland, Paris, 2015

VOGEL (L.) et VOGEL (J.), *Traité de droit économique : droit de la distribution : droits européen et français*, Tome 2, Lawlex, Paris, 2015

VOGEL (L.), *Traité de droit économique : droit de la concurrence : droit européen*, Tome 1, 2^{ème} éd., LawLex / Bruyland, Paris, 2018.

II. MONOGRAPHIES – THESES – ARTICLES

ABDELGAWAD (W.), « L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE » : *Rev. arb.*, n° 2, 2004, pp. 253-282

ABDELGAWAD (W.), *Arbitrage et droit de la concurrence : contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, Thèse, LGDJ, Paris, 2001

ANCEL (M.-E.), « L'article L. 442-6-i, 5° c. com. en droit international privé » : *RJ com.*, n° 3, 2009, pp. 200-207

ANOU (G.), « Les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage CIRDI - Etude par Gérard Anou » : *JDI*, 2015, doct. 5

AUBRY (H.), *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, PUAM, Aix en Provence, 2002

AUDIT (M.), « Deuxième table ronde : Jurisprudence arbitrale : Dialectique entre le souci de traiter les parties sur un pied d'égalité et la volonté de prendre en compte les intérêts de l'Etat / Autorité concédante (compte rendu) » : *Rev. dr. aff. int.*, 2013, pp. 354-366

AUDIT (B.), « Du bon usage des lois de police » : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 25-42

BACHAND (R.), « Indétermination du droit, légitimité des institutions et droit international de l'investissement », in *L'investissement et la nouvelle économie mondiale, Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, sous la direction de Mathieu Arès et Éric Boulanger, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 83-114

BASEDOW (J.), « Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence » : *Recueil des cours*, n° 264, l'Académie de droit international de la Haie, 1997, pp. 9-178

BEATSON (J.), « International arbitration, public policy considerations and conflicts of law: the perspectives of reviewing and enforcing courts »: *Arbitration international*, Oxford University press, 2017, pp. 175-196

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Abus de puissance économique et droit international privé » : *RID éco.*, 2010, pp. 37-59

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « L'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce aux rapports internationaux » : *Revue des contrats*, p. 197

BELLIS (J.-F.) et PETIT (N.), « Le droit de la concurrence : Précautions utiles lors de la rédaction d'un contrat de distribution », in *Actualité en matière de rédaction des contrats de distribution*, Bruylant, 2014, pp. 39-62, disponible sur : <http://hdl.handle.net/2268/183533>

BEN HAMIDA (W.), « Investissements internationaux - La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements » : *JDI*, n° 4, octobre 2008

BERGAMINI (L.), « Analysis of recent competition cases decided by arbitrators », in *Litigation and arbitration in EU competition law*, Edward Elgar, Cheltenham: UK, Northampton, MA: USA, 2015, pp. 299-313

BIAGIONI (G.), « Review by national courts of arbitral awards dealing with EU competition law », in *Litigation and arbitration in EU competition law*, Edward Elgar, Cheltenham: UK, Northampton, MA: USA, 2015, pp. 281-298

BILLEMONT (J.), *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, Paris, 2013

BLANKE (G) and NAZZINI(R), « Arbitration and ADR of global antitrust disputes: taking stock: Part 1 »: *G. C. L. R.*, 2008, 1 (1), 46-56, pp. 1-14

BLANKE (G.), « International Arbitration and ADR in Remedy Scenarios Arising under Articles 101 and 102 TFEU », in *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook For Practitioners*, Gordon Blanke & Phillip Landolt (ed.), volume 1, Kluwer Law International, Great Britain, 2011, pp. 1053-1250

BLANKE (G.), « EU competition arbitration in England and Wales: some notes on practice and procedure: Part 2 »: *GCLR*, 2012, 5 (2), paragraphs 76-92

BLANKE (G.), « ICC award No. 14046 - ICC Tribunal rules on non-compete »: *G. C. L. R.*, 2013, 6 (1), R16-R18

BLANKE (G.), «The interaction between arbitration and public enforcement: clash or harmony? », in *Litigation and arbitration in EU competition law*, Edward Elgar, Cheltenham: UK, Northampton, MA: USA, 2015, pp. 261-280

BLANKE (G.), « The arbitrability of EU competition law: the status quo revisited in the light of recent developments: Part 1 »: *GCLR*, 2017, 10 (2), § 85-101

BOCKSTIEGEL (K.), « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », in *Competition and arbitration law*, International Chamber of Commerce, Paris, 1993, pp. 203-206

BOISSEON (M. de), « Joint-venture internationale et arbitrage » : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 55-64

BONELL (M.-J.), « Les Principes d'UNIDROIT comme moyen d'interpréter et de compléter le droit international uniforme » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, pp. 29-38

BONASSIES (P.), « Arbitrage et droit communautaire » : *Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, « L'Europe et le droit », Paris, Dalloz, 1991, pp. 21-33.

BOUT (R.), « Ententes et abus de domination devant l'arbitre » : *Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun*, Actes du colloque du 18 mars 1994, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994, pp. 59-69

BOY (L.), « Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ? » : *Revue Lamy de la concurrence*, 2010, n° 23, p. 93

BUREAU (D.) et MUIR WATT (H.), « Impérativité désactivée ? » : *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 1

BUY (F.), « Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *Petites affiches*, 2008, n° 252, p. 3

CHANTEPIE (G.), « Les codifications privées » : *Le droit souple*, Journées nationales, Tome XIII / Boulogne sur Mer, Dalloz, 2009, pp. 39-57

CHILSTEIN (D.), « Le juge des référés face à l'arbitrage frauduleux » : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 103-117

CISOTTA (R.), « Some considerations on arbitrability of competition law disputes and powers and duties of arbitrators in applying EU competition law », in *Litigation and arbitration in EU competition law*, Edward Elgar, Cheltenham: UK, Northampton, MA: USA, 2015, pp. 243-260

CNUCED, *Traitement de la nation la plus favorisée*, Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement II, NATIONS UNIES, New York et Genève, 2010, disponible sur : https://unctad.org/fr/Docs/diaeia20101_fr.pdf

COHEN (D.), « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts » : *Rev. arb.*, 2011, pp. 611-652

CRAWFORD (J.) et SINCLAIR (A.), « Application aux contrats de l'Etat des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, pp. 59-79

DERAINS (Y.), « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international » : *Travaux du Comité français de droit international privé, années 1984-1985*, CNRS, Paris, 1987, pp. 81-92

DERAINS (Y.), « Rapport sur pouvoirs et obligations des arbitres », in *Competition and arbitration law*, International Chamber of commerce, Paris, 1993, pp. 251-259

DERAINS (Y.), « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans l'arbitrage commercial international : une vue européenne » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, pp. 9-20

DESSEMONTET (F.), « L'utilisation des Principes d'UNIDROIT pour interpréter et compléter le droit national » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, pp. 39-51

DEUMIER (P.), *Le droit spontané*, Thèse, Economica, Paris, 2002

DEUMIER (P.), « Les sources du droit et les branches du droit. À propos d'une conception doctrinale des sources du droit du commerce international » : *Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, Paris, 2013, pp. 181-199

DIAS (C.), *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, Tome 1, coll. Institut de droit des affaires, Puam, Aix en Provence, 2014

DIMATTEO (L.), « Soft law and principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration »: *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2013, published by Oxford University, pp. 1-35, disponible sur: <http://cjcl.oxfordjournals.org/>

DOLMANS (M.) et GRIERSON (J.), « L'arbitrage et la modernisation du droit communautaire de la concurrence : nouvelles opportunités et nouvelles responsabilités » : *Bull. CCI*, vol.14, n° 2, 2003, pp. 41-58

Etudes de la CNUCED, (*Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement*) *sur les politiques d'investissement international au service du développement, Etudes sur les différends entre Etats et investisseurs dans le contexte des accords d'investissement*, Nations Unies, New York et Genève, 2005

FADLALLAH (I.), « L'ordre public dans les sentences arbitrales (Volume 249) » : *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 1994, pp. 369-430

- FAUVARQUE-COSSON (B.),** « Règles impératives et instruments de droit souple » : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 195-205
- FONTAINE (M.),** « Du droit "mou" ... impératif » : *Etudes offertes à B. Mercadal*, Editions Francis Lefebvre, Paris, 2002, pp. 159-167
- FONTAINE (M.),** « Les Principes d'UNIDROIT : expression de la pratique contractuelle actuelle ? » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, pp. 101-105
- FONTMICHEL (M.),** *Le faible et l'arbitrage*, Thèse, coll. Recherches juridiques dirigée par Nicolas Molfessis, Economica, Paris, 2013
- FORTEAU (M.),** « L'ordre public "transnational" ou "réellement international" : L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public » : *JDI*, 2011, n° 1.
- FOUCHARD, (Ph.),** « L'arbitrage. Les règles de procédure face aux problèmes économiques », in *Philippe FOUCHARD, Ecrits, Droit de l'arbitrage, Droit du commerce international*, Comité français de l'arbitrage, Paris, 2007, pp. 195-208
- FRANSWORTH (A.),** « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans l'arbitrage commercial international (2) : point de vue américain sur leurs finalités et leur application » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, pp. 21-28
- GAILLARD (E.),** « La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international » : *Etudes offertes à Pierre Bellet*, 1991, Litec, pp. 203-217
- GAILLARD (E.),** « Trente ans de la lex mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit » : *JDI*, 1995, pp. 5-30
- GAILLARD (E.),** « L'arbitrage international et le droit de l'Union européenne : un dialogue constructif ou une collision inévitable ? Entretien avec George A. Bermann, Emmanuel Gaillard, Catherine Kessedjian, Horatia Muir Watt et Diego P. Fernández Arroyo » : *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5, Septembre 2013, entretien 5, pp. 9-19
- GAUDEMONT-TALLON (H.),** « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? » : in *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 255-272
- GOLDMAN (B.),** « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria* : l'affaire Norsolor » : *Rev. arb.*, 1983, pp. 379-409
- GOLDMAN (B.),** « L'arbitrage international et droit de la concurrence » : *ASA Bull.*, 7 (3), 1989, pp. 260-302
- GOLDMAN (B.),** « Conclusions », in *Competition and arbitration law*, International Chamber of Commerce, Paris, 1993, pp. 331-339

HANCHER (L.), « Arbitrating EU State Aid Issues », in *EU and US antitrust arbitration: A Handbook for practitioners*, Gordon Blanke & Phillip Landolt (eds.), volume 1, Kluwer Law international, Great Britain, 2011, pp. 965-1015

HANOTIAU (B.), « L'arbitrage et le droit européen de la concurrence », in *L'arbitrage et le droit européen*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 31-60

HENRY (M.), « La place de l'arbitre » : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 283-293

HETSCH (S.), *Existe-t-il une règle de raison dans le domaine des abus de position dominante ?*, Mémoire sous la direction du Professeur Louis Vogel, Université Panthéon-Assas, 2011

HEUZE (V.), « Une vérité de transaction : la convention d'arbitrage » : *Rev. arb.*, 2015, pp. 3-48

HOLLANDER (P.), « L'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de distribution commerciale en droit Belge » : *L'arbitrage et la distribution commerciale*, Actes du colloque du CEPANI du 17 novembre 2005, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 26-58

HOLTZMANN (H.), « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », in *Competition and arbitration law*, International Chamber of Commerce, Paris, 1993, pp. 239-250

HUARD (J.), *L'évolution du droit communautaire de la concurrence : Quelles perspectives pour l'arbitrage international ?*, Mémoire, Paris : Université Panthéon II- Assas, 1999-2000

IDOT (L.), « Rapport introductif », in *Competition and arbitration law*, International Chamber of Commerce Paris, 1993, pp. 11-38

IDOT (L.), « L'inapplication d'une clause peut permettre d'éviter la qualification d'abus de position dominante » : *Revue des contrats*, 2006, n° 4, p. 1104

IDOT (L.), « L'arbitrage et le contrôle des engagements en droit de la concurrence : analyse du système » : *Arbitrage et droit de l'union européenne*, actes du colloque du 4 novembre 2011, LexisNexis, Paris, 2012, pp. 113-144

IDOT (L.), « Arbitrage et droit de l'Union européenne : retour sur quelques développements récents » : *Rev. arb.*, 2016, pp. 471-491

IDOT (L.) « La qualification de la restriction de concurrence : A propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, § 3 CE », disponible sur : https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2004_2034/acceder_texte_confere_nce_8172.html

JACQUET (J.-M.), *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1983

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), « Une impérativité active des règles de droit dans l'ordre international » : *Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Mayer*, LGDJ, Paris, 2015, pp. 345-365

JOURDAN-MARQUES (J.), *Le contrôle étatique des sentences arbitrales internationales*, Thèse, LGDJ, Paris, 2017

KAHN (Ph.), « "Lex mercatoria" et pratiques des contrats internationaux : l'expérience française », in *Le contrat économique international : stabilité et évolution*, Paris, Pedone, 1975, pp. 171-211

KAHN (Ph.), « Force majeure et contrats de longue durée » : *JDI*, 1975, pp. 467-485

KAUFMANN-KOHLER (G.), « The transnationalization of national contract law by the international arbitrator » : *Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, Paris, 2013, pp. 107-120

KAZZI (H.), *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée : contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, Thèse de doctorat de 2006, Aix-Marseille : Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III, Aix-Marseille : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007

KESSEDJIAN (C.), « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales (Volume 300) » : *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 2002, pp. 79-308

KESSEDJIAN (C.), « La pratique arbitrale » : *Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, Paris, 2013, pp. 121-127

KOMINOS (A.), « Arbitration and EU Competition Law in the Post-Modernization Era » in *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook For Practitioners*, Gordon Blanke & Phillip Landolt (ed.), volume 1, Kluwer Law International, Great Britain, 2011, pp. 433-487

LAITHIER (Y.-M.), « Remarques sur les conditions de la violence économique » : *Petites affiches*, 2004, n° 233, p. 6.

LALIVE (P.), « Les Principes d'UNIDROIT en tant que *lex contractus*, avec ou sans choix explicite ou tacite de la loi : point de vue de l'arbitre » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, pp. 81-105

LEW (J.), « La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux », in *Le contrat économique international : stabilité et évolution*, Paris, Pedone, 1975, pp. 151-167

LEW (J.), « Les Principes d'Unidroit en tant que *lex contractus* choisie par les parties et sans choix exprès de droit applicable : point de vue du conseil » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, pp. 89-99

LOQUIN (E.), « Les manifestations de l'illicite », in *L'illicite dans le commerce international*, Travaux de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, Université de Bourgogne – CNRS, Volume 16, Litec, 1996, pp. 247-278

LOQUIN (E.), « Où en est la *lex mercatoria* » : *Mél. Philippe Kahn*, « Souveraineté étatique et marchés internationaux du 20^{ème} siècle », Litec, 2000, pp. 23-51

LOQUIN (E.), RAVILLON (L.), « La volonté des opérateurs vecteurs d'un droit mondialisé », in *La mondialisation du droit*, Sous la direction de Eric Loquin et Catherine Kessedjian, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, volume 19, Litec, Dijon, 2000, pp. 91-132

LOQUIN (E.), « Règles matérielles internationales et *lex mercatoria* (322) » : *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 2007, pp. 165-201

LUCIANI (A.-M.), « Une histoire juridique d'amour-haine : le contrôle des pratiques restrictives de concurrence » : *Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Decoopman*, « Les frontières du droit », éd. CEPRISCA, Amiens, 2014, pp. 105-128

LY (F. de), « Choice of law clauses, Unidroit Principles of international commercial contracts and Article 3 Rome Convention: The *lex mercatoria* before domestic courts or arbitration privilege? » : *Etudes offertes à B. Mercadal*, Editions Francis Lefebvre, Paris, 2002, pp. 133-145

MAILHE (F.), « L'arbitrage saisi par le droit de la concurrence : Requiem pour une chimère juridique » : *Rev. D. Aff.*, 2008, n° 6

MAIRE (J.-P) et HAHN (D.), « Réglementation de la concurrence et évolution du concept d'arbitrabilité », in *Competition and arbitration law*, ICC, Paris, 1993, pp. 79-89

MAYER (P.), « Le contrat illicite », in *L'arbitrage et le contrat*, *Rev. arb.*, n° 2, 1984, pp. 205-223

MAYER (P.), « L'autonomie de l'arbitre international par rapport aux juges étatiques (217) » : *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 1989, pp. 319-454

MAYER (P.), « La règle morale dans l'arbitrage international » : *Etudes offertes à Bellet P.*, Litec, Paris, 1991, pp. 379-402

MAYER (P.), « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belge*, LGDJ, 1996, pp. 513-552

MAYER (P.), « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans la pratique de l'arbitrage de la CCI » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, pp. 115-128

MEKKI (M.), « Propos introductifs sur le droit souple » : *Le droit souple*, Journées nationales, Tome XIII / Boulogne sur Mer, Dalloz, 2009, pp. 1-23

MEZGHANI (A.), « Méthodes de droit international privé et contrat illicite (Volume 303) » : *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 2003, pp. 119-430

MINJAUW (H.), « Relation entre la loi belge de 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive et l'arbitrage, développements récents » : *RDAl*, 2007, pp. 3-15

MOITRY (J.-H.), « Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la Lex Mercatoria ? » : *Rev.arb.*, 1989, pp. 3-36

MOTULSKY (H.), « L'évolution récente en matière d'arbitrage international », in *Ecrits II, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, pp. 295-303

MOTULSKY (H.), « L'arbitrage dans les conflits du travail », in *Ecrits II, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, pp. 113-121

MOUSSERON (J.-M.), « Lex mercatoria bonne mauvaise idée ou mauvaise bonne idée ? » : *Mél. dédiés à Louis Boyer*, Presse de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, Toulouse, 1996, pp. 469-490

MOUSSERON (J.-M.), « L'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce : contournable ou pas ? » : *Etudes offertes à B. Mercadal*, Editions Francis Lefebvre, Paris, 2002, pp. 231-244

MUIR WATT (H.), « Aspects économiques du droit international privé : (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) (Volume 307) » : *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, 2004, pp. 29-380

MULLER (D.), « Union européenne et responsabilité internationale » : *Mel. en l'honneur de Patrick DAILLIER*, « Union européenne et droit internationale », CEDIN, Editions Pedone, Paris, 2012, pp. 339-359

NOURISSANT (C.), « Arbitrage et concurrence : sur la violation flagrante, effective et concrète de l'ordre public international ... » : *Revue Lamy de la concurrence*, n° 16, 2008

NOURISSAT (C.), « L'arbitrage commercial international face à l'ordre juridique communautaire : une ère nouvelle ? » : *Rev. dr. aff. int.*, 2003, pp. 761-778

NUYTS (A.), « L'application des lois de police dans l'espace réflexion au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire » : *Rev. crit. DIP*, 1999, p. 31

ONGUENE ONANA (D.-E.), « Admission et qualifications de l'investissement : politiques, règles et modalités », in *L'investissement et la nouvelle économie mondiale, Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, sous la direction de Mathieu Arès et Éric Boulanger, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 115-149

OPPETIT (B.), « Justice étatique et justice arbitrale » : *Etudes offertes à Bellet P.*, Litec, Paris, 1991, pp. 415-426

ORMESSON (O.), KERJEAN (S.), « Le développement de la pratique des engagements en matière de contrôle communautaire des concentrations » : *RTD Eur.*, 34 (4), octobre-décembre 1998 p. 479

OSER (D.), *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law ?*, BRILL, 2008, disponible sur : ProQuest Ebook Central : <http://ebookcentral.proquest.com>

PELLET (A.), « La lex mercatoria, "tiers ordre juridique" ? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public » : *Mél. Philippe Kahn*, « Souveraineté étatique et marchés internationaux du 20^{ème} siècle », Litec, 2000, pp. 53-74

PHILIPPE (D.), « La force majeure et le hardship » : *Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international*, (éd. 2010) et *l'arbitrage*, Actes du colloque du CEPANI, Bruylant, 2011, pp. 98-124

PLANUTIS (D.), *Le déséquilibre contractuel dû au changement imprévisible des circonstances et ses remèdes : Etude de droit comparé : Espagne – Pologne – France*, Mémoire de Master 2, Université Paris II Panthéon-ASSAS Institut de Droit Comparé, 2012-2013

PRIETO (C.), « Abus de position dominante » : *Revue des contrats*, 2005, n° 3, p. 705

PRIETO (C.), « Entente et abus de position dominante » : *Revue des contrats*, 2005, n° 4, p. 1038

RACINE (J.- B.), *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ Paris, 1999

RACINE (J.-B.), « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international » : *Rev. arb.*, 2005, pp. 305-360

RACINE (J.-B.), « Droit économique et lois de police » : *RID éco.*, 2010/1 (t. XXIV, 1), pp. 61-79

RACINE (J.-B.), « L'arbitre face aux pratiques illicites du commerce international » : *Petites affiches*, 2010, n° 201, p. 8

- RACINE (J.-B.),** « La protection du professionnel contractant en matière internationale » : *Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, Paris, 2013, pp. 255-274
- RACINE (J.-B.),** « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international » : *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, Université de Bourgogne-CNRS, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, LexisNexis, Paris, 2014, pp. 7-35
- RADICATI DI BROZOLO (G.),** « EU Meger Control Commitments and Arbitration : Reti Televisie Italiane v. Sky Italia » : *Arbitration International*, vol. 29, Issue (2), 2013, pp. 223-242
- RAESCHKE-KESSLER (H.),** « Les Principes d'UNIDROIT dans la pratique contractuelle d'aujourd'hui » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, pp. 107-113
- REEVES (J.),** « La relation entre le CIRDI et la CJUE : indifférence mutuelle ? » : *Geneva Jean Monnet Working Paper*, 23, 2016, pp. 1-40, disponible sur : http://www.ceje.ch/files/4214/7377/2447/Couverture_23.pdf
- RIGAUX (F.),** « Souveraineté des Etats et arbitrage transnational » : *Etudes offertes à Berthold Goldman*, « Le droit des relations économiques internationales », Litec, Paris, 1987, pp. 261-279
- RIOUX (M.),** « Théories des firmes multinationales et des réseaux économiques transnationaux », in *L'investissement et la nouvelle économie mondiale, Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, sous la direction de Mathieu Arès et Éric Boulanger, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 41-82.
- ROMANO (G.-P.),** « Le choix des Principes Unidroit par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives » : *JDI*, 2007, pp. 473-495
- SALAH MOHAMED MAHMOUD (M.),** « Droit économique et droit international privé. Présentation – ouverture », *RID éco.*, 2010, pp. 9-36
- SCHAUFELBERGE (P.),** *La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement, Etude de la garantie contre les risques de l'investissement et en particulier de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1993
- SCHULTSZ (J.C.),** « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », in *Competition and arbitration law*, International Chamber of Commerce, Paris, 1993, pp. 221-225
- SERAGLINI (Ch.),** « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre » : *Gazette du Palais*, 2007, n° 349, p. 5

SIMON (F.L.), « Panorama de jurisprudence sur les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en vue de l'application de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce (2016-2017) » : *Petites affiches*, n° 37, p. 3

STONE SWEET (A.), « The New Lex Mercatoria and Transnational Governance »: *Faculty Scholarship Series*, Paper 92, 2006, pp. 627-646, disponible sur : http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/92

SYMEONIDES (S.), « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux » : *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 807

TAMADA (D.), « Discriminatory Application of Competition Law and International Investment Agreements »: *Discussion Paper Series 15-E-125*, Novembre 2015, The Research Institute of Economy, Trade and Industry, pp. 1-20, disponible sur : <https://www.rieti.go.jp/en/publications/summary/15110008.html>

THEOPHILE (D.) et **AUBRON (G.)**, « L'arbitrage dans les engagements en matière de concurrence » : *AJ contrats d'affaires*, conc., distr., 2014, p. 212

TRITTMANN (R.) et **KASOLOWSKY (B.)**, « EU Competition Law Arguments in International Arbitration: Practical Steps and Strategic Considerations » in *EU and US antitrust arbitration: A Handbook for practitioners*, edited by Gordon Blanke & Phillip Landolt, volume 1, Kluwer Law International, Great Britain, 2011, pp. 179-205

TRUONG (C.), *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Litec, Paris, 2002

VEEDER (V.-V.) and **STANLEY (P.)**, « Arbitrating Competition Law Issues : The Arbitrator's Perspective » in *EU and US antitrust arbitration: A Handbook for practitioners*, edited by Gordon Blanke & Phillip Landolt, volume 1, Kluwer Law international, Great Britain, 2011, p. 91-117

VOGEL (J.), « Comment apprécier les ventes liées en matière de position dominante » : *Revue des droits de la concurrence*, n° 3, 2010, pp. 7-12

WISE (M.) « Droit et politique de la concurrence dans l'Union européenne » : *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, Éditions de l'OCDE, 2007, vol.9, pp. 7-98

YOUNGONÉ (F.-N.), *Arbitrage commercial international et développement : Etude du cas des Etats de l'OHADA et du Mercosur*, Thèse, Université de Bordeaux IV, 2013.

III. NOTES DE JURISPRUDENCE, CONCLUSIONS ET RAPPORTS

ALVAREZ (G.-A.) : Sentence arbitrale CCI, aff. n° 4972 de 1989 : *JDI*, 1989. p. 1103

BERNARDEAU (L.) : Cass. com. 28 nov. 2000, société Allium de la distribution exclusive en Europe c./Société de droit américain Alfin Incorporated, n° de pourvoi 98-11.335 : *JCP E*, 2001, p. 997

BONNEVILLE (PH.) : CJUE, grande chambre, 6 mars 2018, aff. C-284/16, République slovaque c./Achmea BV : *AJDA*, 2018 p. 1026

CAZALA (J.) : CJUE, Grande chambre, 6 mars 2018, aff. C-284/16, République slovaque c./Achmea BV : *RTD eur.*, 2018, p. 597

COUTRON (L.) : CJUE, Grande chambre, 6 mars 2018, aff. C-284/16, République slovaque c./Achmea BV : *RTD Eur.*, 2019, p. 464

DELANNAY (P.) : CJCE, 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Continentaal BV, c./Comm., aff. 27-76, *Rec.*, 1978, p. 207 : *RTD eur.*, 1978, p. 294

DELPECH (X.) : Cass. 1^{er} civ, 8 juillet 2010, n° 09-67.013: *D.*, 2010, p. 2884

DERAINS (Y.) : Sentence arbitrale CCI, aff. n° 1397, 1966 : *JDI*, 1974, p. 879 ; Sentence CCI, n° 3327, 1981 : *JDI*, 1982, p. 971 ; Sentence arbitrale, aff. n° 2730, 1982 : *JDI*, 1984, p. 917 ; Sentence arbitrale CCI n° 5514, 1992 : *JDI*, p. 1022 ; Sentence arbitrale CCI, aff. n° 8385, 1995 : *JDI*, 1997, p. 1061 ; Sentence arbitrale CCI, aff. n° 8486, 1996 : *JDI*, 1998, p. 1047

FAGES (B.) : Cass. com., 22 octobre 2013, n° 12-19.500, Sté Vista Automobiles c./Sté JP Froment : *RTD civ.*, 2014 p. 118

FERRIER (D.) : CA Paris, 8 déc. 1994, n° XP081294X : *D.*, 1997, p. 52

GAILLARD (E.) : Cass. Civ. 1^{er}, 29 juin 2007, Putrabali c./Rena Holding : *Rev. arb.*, 2007, p. 507 ; CJUE, Grande chambre, 6 mars 2018, aff. C-284/16, République slovaque c./Achmea BV : *Rev. crit.*, *DIP*, 2018, p. 616.

KERBRAT (Y.) ET MADDALON (Ph.) : CJCE, 30 mai 2006, aff. C-459/03, Comm. c./Irlande, *Rec.*, 2006, p. I - 4635 : *RTD eur.*, 2007, p. 154

IDOT (L.) : Tribunal fédéral suisse, 28 avril 1992, Société G. c./Société V. : *Rev. arb.*, 1993, p. 124 ; Cons. conc., 28 juin 2006, déc. n° 06-D-18, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique : *Revue des contrats*, 2006, n° 4, p. 1104

JARROSSON (CH.) : CA Paris, 19 mai 1993, Sté. Labinal c./Sté. Mors et Westland Aerospace : *Rev. arb.*, n° 4, 1993, p. 646

JARVIN (S.) et TRUONG (C.) : Sentence arbitrale CCI, n° 14637, 2008 : *JDI*, 2011, p. 1244

MATHEY (N.) : Cass. com., 5 janvier 2016, n° 14-10.628, F-D, M. S. c./SNC ArcelorMittal Revigny : *Contrats. conc. consom.*, n° 3, 2016, comm. 64

MOURRE (A.) : Cass. 1^{er} civ., 4 juin 2008, SNF c./Cytec Industries BV : *JDI*, 2008, p. 1107

BOLZE (CH.) : CJCE, 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova (SpA) c./Siderurgica Gabrielli (SpA)*, aff. C-179-90, *Rec.*, 1991. I, p. 5923 : *RTD com.*, 1993, p. 436

CARLEVARIS (A.) : Sentence arbitrale finale, CCI, aff. n° 14817, 2008 : *JDI*, 2011, p. 1268

D'AVOUT (L.) : Cour d'appel de Paris, 23 octobre 2012, société Michel A. Chaloub Inc. c./Société Daum : *Rev. arb.* 2013, p. 170

DECOCQ (G.) : CJCE, 6 décembre 2012, AstraZeneca AB c./Comm., aff. C457/10 P, *Rec.*, 2012 : *Contrats, conc., consom.*, n° 2, Février 2013, commentaire 37

JARROSSON (CH.) : CA Paris, 19 mai 1993, Labinal c./Mors et Westland Aerospace : *Rev.arb.*, n° 4, 1993, p. 645

HASCHER (D.) : Sentence arbitrale CCI, aff. n° 8873, 1997 : *JDI*, 1998, p. 1017

LEMAIRE (S.) : Sentence CIRDI, 11 déc. 2013, aff. n° ARB/05/20, Ioan Micula, Viorel Micula, S. C. European Food SA, S. C. Starmill SRL and A. C. Multipack SRL c./Roumanie : *Rev. arb.*, 2014, p. 455.

LOQUIN(E.) : CA Paris, 19 mai 1993, Labinal c./Mors et Westland Aerospace : *RTD Com*, 1993, p. 494

MOURRE (A.) : Cass. 1^{er} civ., 4 juin 2008, SNF c./Cytec Industries BV : *JDI*, 2008, p. 1107

PIRONON (V.) : T. com. Marseille, 25 novembre 2014, n° 2013F03790 : *AJ contrats d'affaires-concurrence-distribution*, 2015, p. 248

PRIETO (C.) : Con. conc., 18 mars 2005, déc. n° 05-D-13, relative aux pratiques mises en œuvre par le Groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage : *Revue des contrats*, 2005, n° 3, p. 705 ; Cons. conc., 22 juin 2005, décision n° 05-D-32, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution : *Revue des contrats*, 2005, n° 4, p. 1038

REMY (B.) : Sentence CIRDI, 11 décembre 2013, Ioan Micula, Viorel Micula, S. C. European Food SA, S. C. Starmill SRL and A. C. Multipack SRL c./Roumanie, aff. n° ARB/05/20 : *JDI*, n° 1, Janvier 2014, chronique 2, paragraphe 1.

ROBERT (J.-H.) : Cass. crim., 19 mars 2008, n° 07 80.473, F-P+F : *JurisData* n° 2008-043609, droit pénal - Juin 2008 - n° 6, commentaire 88

RUGY (B.) : Cass. 1^{er} civ, 21 octobre 2015, n° 14-25-080 : *AJ contrats d'affaires – concurrence – distribution*, 2015, p. 520.

VI. JURISPRUDENCE DE LA CJUE

- CJCE, 30 juin 1966, Société Technique Minière (L. T. M.) c./Maschinenbau Ulm GmbH (M. B. U.), aff. 56-65, *Rec.*, p. 337
- CJCE, 30 juin 1966, Veuve G. Vaassen-Göbbels c./Direction du Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf, aff. 61-65, *Rec.*, 1966, p. 377
- CJCE, 13, juillet 1966, Etablissements Consten S.A.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c./Comm., aff. 56 et 58-64, *Rec.*, 1966, p. 429
- CJCE, 9 juillet 1969, Franz Völk c./S. P. R. L. Ets J. Vervaecke, aff. 5-69, *Rec.*, 1969, p. 295
- CJCE, 18 février 1971, Sirena c./Eda, aff. 40-70, *Rec.*, 1971, p. 69
- CJCE, 14 juillet 1972, Imperial Chemical Industries Ltd. c./Comm., aff. 48-69, *Rec.*, 1972, p. 619
- CJCE, 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c./Comm., aff. 6-72, *Rec.*, 1973, p. 215
- CJCE, 22 janvier 1974, aff. jointes 6 et 7/73, Istituto Chemioterapico et Commercial Solvents c. / Comm., *Rec.*, 1974, p. 223
- CJCE, 30 janvier 1974, aff. n° C-127/73, Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c./SV SABAM et NV Fonior, *Rec.*, 1974 p. 51
- CJCE, 16 décembre 1975, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres c./Comm., aff. 40-73, *Rec.*, 1975, p. 1663
- CJCE, 14 février 1978, United Brands Company et United Brands Continentaal BV, c./Comm., aff. 27-76, *Rec.*, 1978, p. 207
- CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG c./Comm., aff. 85-76, *Rec.*, 1979 p. 461
- CJCE, 23 mars, 1982, Entreprise Nordsee c./Reederei Mond Hochseefischerei, aff. 102/81, *Rec.*, 1982, p. 1095
- CJCE, 27 septembre 1988, Bayer AG et Société de constructions mécaniques Hennecke GmbH c./Heinz Süllhöfer, *Rec.*, 1988, p. 5249
- CJCE, 27 septembre 1988, Asteris AE et autres c./République hellénique et Communauté économique européenne, aff. jointes 106 à 120/87, *Rec.*, 1988, p. 5515
- CJCE, 11 avril 1989, aff. 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH c./Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. - Demande de décision

préjudicielle : Bundesgerichtshof - Allemagne. - Concurrence - Tarifs aériens. - *Rec.*, 1989, p. 803

- CJCE, 13 juillet 1989, Ministère public c./Jean-Louis Tournier, aff. 395/87, *Rec.*, 1989, p. 2521
- CJCE, 27 avril 1994, Commune d'Almelo c./NV Enregiebedrijf Ijsselmij, aff. C-393-92, *Rec.*, 1994, p. I-1477
- CJCE, 5 octobre 1994, Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c./Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne, aff. C- 323-93, *Rec.*, 1994, p. I-5077
- CJCE, 28 mai 1998, John Deere Ltd. c./Comm., aff. C-7/95 P, *Rec.*, p. I-3111
- CJCE, 1^{er} juin 1999, Eco Swiss China Time Ltd. c./Benetton International NV., aff. C-26/97, *Rec.*, 1999, p. I-3055
- CJCE, 16 mars 2000, Compagnie maritime belge transports (SA) c./Comm., aff. C-395-96 P, point 44, *Rec.*, 2000, p. I-1365
- CJCE, 6 juillet 2000, Volkswagen c./Comm., aff. T -62/98, *Rec.*, p. 2707
- CJCE, 20 septembre 2001, Courage Ltd c./Bernard Crehan, Aff. C-453/99, *Rec.*, 2001, p. I-6297
- CJCE, 25 octobre 2001, Firma Ambulanz Glockner c./Landkreis Sudwestpfalz, aff. C-475-99, *Rec.*, 2001, p. I- 8089
- CJCE, 13 juillet 2006, aff. jointes C-295/04 à C-298/04, *Rec.*, 2006, p. I-06619
- CJCE, 3 septembre 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation c./Conseil et Commission, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, 2008, p. I-6351
- CJCE, 3 mars 2009, Commission c./République d'Autriche, Aff. C-205/06, *Rec.*, 2009, p. I-1301
- CJCE, 19 novembre 2009, Commission c./Finlande, C-118/07, *Rec.*, 2009, p. I-10889
- CJUE, 25 février 2010, Firma Brita GmbH c./Hauptzollamt Hamburg-Hafen, C-386/08, *Rec.* p. I-1289
- CJCE, 10 février 2011, Activision Blizzard c./Comm., aff. C-260/09 P, *Rec.*, 2011, p. I-419
- CJUE, 15 mars 2011, Commission c./Slovaquie, aff. C-264/09, *Rec.*, p. I-8065
- CJUE, 15 septembre 2011, Commission c./Slovaquie, *Rec.*, p. I-8065
- CJUE, 19 avril 2012, Tomra Systems ASA, c./Comm., aff. C- 549-10 P, *Recueil numérique*, ECLI:EU:C:2012:221
- CJCE, 6 décembre 2012, AstraZeneca AB c./Comm., aff. C457/10 P, *Recueil numérique*, ECLI:EU:C:2012:770.

V. JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL

- ▶ TPICE, 12 décembre 1991, aff. T-30/89, Hilti AG c./Commission, *Rec.*, 1991, p. II-1439
- ▶ TPICE, 10 mars 1992, Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA et PPG Vernante Pennitalia SpA c./Comm., aff. jointes T-68/89, T-77/89 et T-78/89, point 358, *Rec.*, 1992, p. II-1403
- ▶ TPICE, 7 juillet 1994, Dunlop Slazenger International Ltd. c./Comm., aff. T-43/92, *Rec.*, p. 441
- ▶ TPICE, 6 octobre 1994, Tetra Pak International (SA) c./Commission, aff. T-83-91, *Rec.*, 1994, p. II-755
- ▶ TPICE, 15 septembre 1998, European Night Services (Ltd) c. /Comm., aff. T-374-94, *Rec.*, 1998, p. II- 3141
- ▶ TPICE, 26 octobre 2000, Bayer c./Comm., aff. T-41/96, *Rec.*, p. 3383
- ▶ TPICE, 22 novembre 2001, Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c./Comm., aff. T-139-98, *Rec.*, 2001, p. II-3413
- ▶ TPICE, 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods Ltd c./Comm., aff. T-65-98, *Rec.*, 2003, p. II-4653
- ▶ TUE, 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca AB et AstraZeneca plc. c./Comm., aff. T-321-05, *Rec.*, 2010, p. II-2805
- ▶ TUE, 29 mars 2012 Telefónica, SA et Telefónica de España, SA c. /Comm., aff. T-336-07, *Rec.*, 2012
- ▶ TUE, 7 juin 2013, Spar Österreichische Warenhandels AG, aff. T-405/08, *Lawlex* 13935
- ▶ TUE, 12 juin 2014, Intel Corp. c./Comm., aff. T-286-09, *Rec.*, 2014.

VI. JURISPRUDENCE ÉTATIQUE

A- JURISPRUDENCE FRANÇAISE

La Cour de cassation

- Cass. com., 8 octobre 1991, n° de pourvoi : 89-20869 89-21295 89-21473, *Bull. civ.*, IV, n° 282, p. 195
- Cass. Com., 18 mai 1993, pourvoi n° 91-20471, *Bull. civ.*, 1993, IV, n° 201 p. 143
- Cass. com., 12 mai 2004, n° 01-12865, Sté. ABCG participation c./Sté. Auchan France, *Bull. civ.*, IV, n° 86, p. 90

- Cass. 1^{er} civ., 22 octobre, 2008, pourvoi n° 07-15.823, Monster Cable Products Inc. c./Société Audio Marketing Service, *Bull. civ.*, 2008, I, n° 233
- Cass. com., 23 juin 2015, n° 14-14.687, Babou c./GB Cristal : *Jurisprudence Dalloz*.

La Cour d'appel

- CA Bordeaux, 11 juin 1996, *Lettre de la distribution*, citée par **DIAS (C.)**, *Les contrats de distribution à l'épreuve du temps*, Tome 1, coll. Institut de droit des affaires, Puam, Aix en Provence, 2014, p. 241
- CA Paris, 9 septembre 1997 : *BOCCRF*, 7 octobre, 1997, 57^{ème} année, n° 17
- CA Lyon, 9 septembre 2004, n° 2004/00108 : *Jurisprudence Dalloz*
- CA Paris, 23 mars 2006, SNF c./Cytec : *JurisData* n° 2006-303329
- CA Paris, 20 décembre 2007, n° 06/01841, Société Française du Radiotéléphone (SFR) c./HPA : *Jurisprudence Dalloz*
- CA Lyon, 30 avril 2008, n° 06/04689 : *Jurisprudence Dalloz*
- CA Grenoble, 5 septembre 2013, n° 10/02122 : *Jurisprudence Dalloz*
- CA Paris, 7 avril 2015, n° 15/00512 : *Lextenso*
- CA Paris, 23 mai 2017, n° 16/25311 : *Jurisprudence Dalloz*.

B. JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE

- ◇ Cass. Belge, 30 octobre 1924, *Pas.*, 1924, I, p. 565, cité par **PHILIPPE (D.)**, « La force majeure et le hardship » : *Les principes UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international éd. 2010 et l'arbitrage*, Actes du colloque du CEPANI, Bruylant, 2011, p. 99
- ◇ Cour d'appel de Bruxelles, 22 juin 2009, SNF c./Cytec industrie cité par **MOURRE (A.)**, « Courts in France and Belgium confirm limited review of awards under European competition law », *Kluwer Arbitration Blog*, disponible sur : <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/02/07/courts-in-france-and-belgium-confirm-limited-review-of-awards-under-european-competition-law/>
- ◇ Tribunal de première instance de Bruxelles, 8 mars 2007, SNF c./Cytec industrie, 2005/7721 : *Gaz. Pal.*, 24 avril 2007, n° 114, p. 53.

VII. RÈGLEMENTS, COMMUNICATIONS, DÉCISIONS DES AUTORITÉS SPÉCIALISÉES

RÈGLEMENTS

- Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre

des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (101 et 102 du TFUE) : *Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 001 du 04/01/2003 pp. 1-25

- Règlement 1400/2002 de la Commission, en son article 81, paragraphe 3 du traité, à propos d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile du 31 juillet 2002, *Journal officiel des Communautés européennes*, L. 203/30, 1^{er} août 2002
- Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations"), *Journal officiel*, n° L 024 du 29/01/2004 pp. 1-22
- Règlement (CE) n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité (Règlement général d'exemption par catégorie), *Journal officiel de l'Union européenne*, L 214/3, 9 août 2008
- Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *Journal officiel de l'Union européenne*, L. 102/1, 23 avril 2010
- Règlement (UE) n° 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, *Journal officiel de l'Union européenne*, L. 129/52, 28 mai 2010
- Règlement (UE) N° 1219/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 établissant des dispositions transitoires pour les accords bilatéraux d'investissement conclus entre des États membres et des pays tiers : *Journal officiel de l'Union européenne*, L 351/40, 20 décembre 2012.

DÉCISION DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

- Décision Comm. CE n° 76-353 du 17 décembre 1975, *Journal officiel*, n° L. 095 du 09/04/1976, pp. 1-20
- Décision Comm. CE, n° 77-327 du 19 avril 1977, ABG/Entreprise pétrolière opérant aux Pays-Bas, *Journal officiel*, n° L. 117 du 09/05/1977, pp. 1-16
- Décision Comm. CE n° 78-68 du 8 décembre 1977, Hugin c./Liptons, *Journal officiel* n° L. 022, 27 janvier 1978, pp. 23-35
- Décision Comm. CE n° 81-969 du 7 octobre 1981, Industrie Michelin, *Journal officiel*, n° L. 353 du 09/12/1981, pp. 33-47

- Décision Comm. CE n° 87-500 du 29 juillet 1987, *Journal officiel*, n° L. 286 du 09/10/1987, p. 36-43
- Décision Comm. CE n° 89-93 du 7 décembre 1988, Verre plat, *Journal officiel*, n° L. 033 du 04/02/1989, pp. 44-73
- Décision Comm. CE n° 89-113 du 21 décembre 1988, Decca Navigator System, *Journal officiel*, n° L. 043 du 15/02/1989, pp. 27-48
- Décision Comm. CE n° 92-163 du 24 juillet 1991, Tetra Pak II, *Journal officiel*, n° L. 072 du 18/03/1992, pp. 1-68
- Décision Comm., 4 septembre 1992, ELF Aquitaine-Thyssen c./Minol, aff. n° IV/M. 235, *Journal Officiel*, C 232/14, 1992
- Décision Comm. CE n° 97-624 du 14 mai 1997, Irish Sugar plc., *Official Journal*, L. 258, 22/09/1997, pp. 1-34
- Décision Comm., 4 juin 1998, Alcatel/Thomson CSF-SCS, Cas n° IV/M.1185, *Office des publications officielles des Communautés européennes*, L-2985 Luxembourg
- Décision Comm. CE n° 98-538 du 17 juin 1998, *Journal officiel*, n° L. 252 du 12/09/1998, pp. 47-66
- Décision Comm. CE n° 2001-463 du 20 avril 2001, DSD, *Journal officiel*, n° L. 166 du 21 juin 2001, pp. 1-24
- Décision Comm. CE n° 2002-180 du 5 décembre 2001, De Post- La Poste, *Journal officiel*, n° L. 061 du 02/03/2002, pp. 32-53
- Décision Comm., 2 avril 2003, aff. n° COMP/M.2876 (Article 8 (2) Règlement 4064/89), News Corp./Telepiù, *Journal officiel*, L 110, 16 avril 2004, pp. 73-125
- Décision Comm., CE n° 2007-788 du 13 septembre 2007, DaimlerChrysler, aff. COMP/E-2/39.140, *Journal officiel*, L 317/76, 5 décembre 2007
- Décision Comm., CE 2007-831 du 13 septembre 2007, Toyota, aff. COMP/E-2/39.142, *Journal officiel*, L 329/52, 14 décembre 2007
- Décision Comm., CE 2007-836 du 13 septembre 2007, Opel, aff. COMP/E-2/39.143, *Journal officiel*, L 330/44, 15 décembre 2007
- Décision Comm. CE n° 2009/287 du 25 septembre 2007, concernant l'aide d'État accordée par la Pologne, *Journal officiel*, n° L 83/1, 28 mars 2009
- Décision Comm. CE n° 2009/609 du 4 juin 2008, concernant les aides d'Etat accordées par la Hongrie dans le cadre d'accords d'achat d'électricité, *Journal officiel*, n° L 225/53, 27 août 2009

- Décision Comm., 26 janvier 2011, INTEL / MCAFEE, aff. n° COMP/M.5984 (selon l'article 6, § 1 b du Règlement 139-2004), *Office des publications officielles de l'Union européenne*, L-2985
- Décision Comm., 5 août 2013, US AIRWAYS/AMERICAN AIRLINES, aff. n° COMP/M.6607 (selon l'article 6, § 1 b du Règlement 139-2004), *Office des publications officielles de l'Union européenne*, L-2985 Luxembourg
- Décision (UE) 2015/1470 de la Commission du 30 mars 2015 concernant l'aide d'Etat SA. 38517 (2014/C) (ex 2014/NN) mise en œuvre par la Roumanie - Sentence arbitrale dans l'affaire Micula/Roumanie du 11 décembre 2013 [notifiée sous le numéro C (2015) 2112], *Journal Officiel*, 4 septembre 2015, L 232/43.

COMMUNICATIONS

- ◆ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *Journal officiel de l'Union européenne*, (97/C 372/03), 9 décembre 1997
- ◆ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004, concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C 267, 22 octobre 2008
- ◆ Communication de la Commission, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE (102 du TFUE) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *Journal officiel de l'Union européenne*, (2009/C 45/02), 24 février 2009
- ◆ Communication de la Commission, Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication de minimis), *Journal officiel de l'Union européenne*, (2014/C 291/01), 30 août 2014.

DÉCISIONS DE L'AUTORITÉ (FRANÇAISE) DE LA CONCURRENCE

- Cons. conc., 21 juin 2004, décision, n° 04-D-22 : *BOCCRF*, n° 2004-09

- Cons.conc., 18 mars 2005, décision, n° 05-D-13, relative aux pratiques mises en œuvre par le Groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage : *Revue des contrats*, 2005, n° 3, p. 705
- Cons. conc., 22 juin 2005, décision n° 05-D-32, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et son réseau de distribution : *Revue des contrats*, 2005, n° 4, p. 1038
- Lettre du ministre de l'Economie et de l'Emploi n° C2007-14 du 13 novembre 2007, aux conseils de la société CCIP, relative à une concentration dans le secteur de l'organisation de foires et salons : *BOCCRF* n° 9 bis, du 6 décembre 2007 (CCIP/Unibail).

VIII. JURISPRUDENCE ARBITRALE

A- SENTENCES PUBLIÉES

- Sentence arbitrale CCI, aff. n° 1397, 1966, *Recueil des sentences arbitrales CCI 1974-1985*, p. 179
- Sentence arbitrale CCI, aff. n° 1434, 1975 : *JDI*, 1976, p. 978
- Sentence CCI, n° 3327, 1981 : *JDI*, 1982, p. 971
- Sentence arbitrale, n° 314-24-1, 14 août 1987, Starret Housing Corp. et al. c./Government of the Islamic Republic of Iran, paragraphe 266, reproduite dans 16 Iran-U.S. CTR. 112, 197, citée par **HOLTZMANN (H.)**, « Rapport sur les pouvoirs et obligations des arbitres », in *Competition and Arbitration Law, International Chamber of Commerce*, Paris, 1993, p. 247
- Sentence arbitrale CCI, aff. n° 5835, 1988 : *Bull. CCI*, vol.10, n° 2, 1996, p. 34
- Sentence arbitrale CCI, aff. n° 4972 de 1989 : *JDI*, 1989, p. 1104
- Sentence arbitrale CCI aff. n° 6379, 1990 : *Bull. CCI*, vol. 7, mai 1996, p. 84
- Sentence arbitrale finale CCI, aff. n° 7181, 1992 : *Bull. CCI*, vol. 6, n° 1, 1995, p. 55
- Sentence arbitrale partielle CCI, aff. n° 7673, 1993 : *Bull. CCI*, vol. 6, n° 1, 1995, p. 56
- Sentence arbitrale CCI, 28 février 1994, n° 7047 : *Bull. ASA*, 1995, p. 301
- Sentence arbitrale préjudicielle, 30 juin 1994 : *Bull. ASA*, 1995, p. 268
- Sentence arbitrale CCI, aff. n° 7375, 5 juin 1996 : *Rev.arb.*, n° 1, 1999, p. 129
- Sentence arbitrale finale CCI, aff. n° 8626, décembre 1996 : *Bull. CCI*, vol. 14, n° 2, 2003, pp. 61-65
- Sentence arbitrale CCI, aff. n° 9029, 1998 : *Bull. CCI*, vol. 10, n° 2, 1999, p. 91
- Sentence arbitrale CCI, aff. n° 9419, 1998 : *Bull. CCI*, vol. 10, n° 2, 1999, p. 107

- Sentence arbitrale finale CCI, aff. n° 9240, 1998 : *Bull. CCI*, vol.14, n° 2, 2003, p. 65
- Sentence arbitrale CCI, aff. n° 7110,1999 : *Bull. CCI*, 1999, vol. 10, n° 2, p. 40
- Sentence arbitrale CCI, n° 9479, 1999 : *Bull. CCI.*, vol. 12, n° 2, 2001, p. 71
- Sentence arbitrale partielle CCI, aff. n° 10704, septembre 2000, février 2001 : *Bull. CCI*, vol. 14, n° 2, 2003, p. 73
- Sentence arbitrale partielle, 13 novembre 2000, S. D. Myers, Inc. c./Gouvernement du Canada, Arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), disponible sur : <https://www.italaw.com/cases/969>
- Sentence arbitrale finale CCI, aff. n° 10660, 2000 : *Bull. CCI*, vol. 14, n° 2, 2003, p. 68
- Sentence arbitrale finale, 10 avril, 2001, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), Pope and Talbot Inc. c./The Government of Canada, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>
- Sentence partielle, 21 octobre 2002, S. D. Myers, Inc. c./Gouvernement du Canada, Arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0752.pdf>
- Sentence partielle, 7 août 2002, arbitrage en vertu des règles d'arbitrage de la CNUDCI, (ALENA), Methanex c./Etats-Unis, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0518.pdf>
- Sentence arbitrale finale, 1^{er} juillet 2004, Occidental Exploration and Production Company c./Ecuador, London Court of International Arbitration, aff. n° UN3467, IIC 202 (2004), disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>
- Sentence finale, 3 août 2005, rendue selon les Règles d'arbitrage de la CNUDCI et (ALENA), Methanex Corporation c./United States of America, Part IV, Chapter B, disponible sur : <https://www.italaw.com/documents/MethanexFinalAward.pdf>
- Sentence arbitrale finale CCI, aff. n° 14817, 2008 : *JDI*, 2011, p. 1268
- Sentence arbitrale CCI, n° 14637, 2008 : *JDI*, 2011, p. 1244
- Sentence arbitrale, 12 janvier 2011, arbitrage en conformité avec les règles d'arbitrage de la CNUDCI, Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. c./United States of America, disponible sur : <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0384.pdf>
- Sentence arbitrale CCI, aff. n° 1110, (année inconnue) : *Arbitration International*, 1994, p. 282, citée par **LOQUIN (E.)**, « Règles matérielles internationales et lex mercatoria

(322) » : *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law 2007, p. 224.

B- SENTENCES INÉDITES

- Sentence arbitrale, 22 juillet 1964, citée par **SCHULTSZ (J.-C.)**, « Rapport sur pouvoirs et obligations des arbitres », in *Competition and Arbitration Law*, International Chamber of Commerce, Paris, 1993, p. 224
- Sentence arbitrale partielle CCI, aff. n° 5506, 1987, citée par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Litec, Paris, 2002, p. 192
- Sentence arbitrale CCI, aff. n° 6830, 1991, citée par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Litec, Paris, 2002, p. 195
- Sentence arbitrale partielle CCI, Aff. n° 7146, 1992, citée par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Litec, Paris, 2002, p. 110
- Sentence arbitrale CCI, n° 7514, 1994, inédite, citée par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Litec, Paris, 2002, p. 193
- Sentence arbitrale partielle CCI, aff. n° 7707, 1995, citée par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Litec, Paris, 2002, p. 121
- Sentence arbitrale CCI, aff. n° 8234, 1995, inédite, citée par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, Litec, Paris, 2002, p. 199
- Sentence arbitrale CCI, aff. n° 8030, 1995, citée par **TRUONG (C.)**, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales C. C. I.*, Litec, Paris, 2002, p. 123
- Sentence arbitrale, (n° inconnu), 2000, citée par **MOUSSERON (J.-M.)**, « L'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce : contournable ou pas ? » : *Etudes offertes à B. Mercadal*, Editions Francis Lefebvre, Paris, 2002, p. 236
- Sentence arbitrale partielle, SCC n° 088, 2004, Institut d'arbitrage de Stockholm, Chambre de commerce, Arbitrage ad hoc de la CNUDCI, concernant un accord sur l'encouragement

et la protection réciproque des investissements entre les Pays-Bas et la République tchèque, citée par **HANCHER (L.)**, « Arbitrating EU State Aid Issues », in *EU and US antitrust arbitration: A Handbook for practitioners*, Gordon Blanke & Phillip Landolt, volume 1, Kluwer Law International, Great Britain, 2011, pp. 1009-1010

- Sentence CCI, 17 Février 2012, aff. n° 16974/FM/GZ, Reti Televisie Italiane c./Sky Italia, citée par **RADICATI DI BROZOLO (G.)**, « EU Meger Control Commitments and Arbitration : Reti Televisie Italiane v. Sky Italia »: *Arbitration International*, vol. 29, Issue (2), 2013, p. 223, citée également par **BERGAMINI (L.)**, « Analysis of Recent Competition Cases Decided by Arbitrators », in *Litigation and Arbitration in EU Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham : UK, Northampton, MA : USA, 2015, p. 303
- Sentence arbitrale CCI, n° 14046, (année inconnue), citée par **BLANKE (G.)**, « ICC award no. 14046 - ICC Tribunal rules on non-compete », *G. C. L. R.*, 2013, 6 (1), R16-R18
- Sentence arbitrale CCI, aff. n° 9753, (année inconnue), citée par **MAYER (P.)**, « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans la pratique de l'arbitrage de la CCI » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, p. 124
- Sentence arbitrale CCI, 1989, aff. n° 5713, (année inconnue), citée par **DIMATTEO (L.)**, « Soft law and principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration »: *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2013, p. 21, published by Oxford University, disponible sur: <http://cjcl.oxfordjournals.org/>
- Sentence arbitrale CCI, aff. n° 7365, (année inconnue), *Cubic Defense system c./Ministry of defense of Iran*, citée par **MAYER (P.)**, « Le rôle des Principes d'UNIDROIT dans la pratique de l'arbitrage de la CCI » : *Bull. CCI*, vol. 13, n° 2, 2^{ème} semestre, 2002, p. 126
- Sentence arbitrale, (n° inconnu) (année inconnue), citée par **DIMATTEO (L.)**, « Soft law and principle of fair and equitable decision making in international contract arbitration »: *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2013, pp. 20-21, published by Oxford University, disponible sur : <http://cjcl.oxfordjournals.org/>.

C- SENTENCES CIRDI

- Sentence CIRDI, 21 octobre 1983, Klöckner Industrie-Angalen GmbH et autres c./République du Cameroun, aff. n° ARB/81/2
- Sentence CIRDI, 25 janvier 2000, Emilio Augusto Mafezzini c./Espagne, décision sur la compétence, aff. n° ARB/97/7

- Sentence CIRDI, 25 juin 2001, Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A. S. Baltoil c./The Republic of Estonia, aff. n° ARB/99/2
- Sentence CIRDI, 5 février 2002, Wena c./Egypte, recours en annulation, aff. n° ARB/98/4
- Sentence CIRDI, 16 décembre 2002, Marvin Feldman c./Mexico, aff. n° ARB (AF)/99/1
- Sentence CIRDI, 9 janvier 2003, ADF GROUP INC. c./United States of America, aff. n° ARB (AF)/00/1
- Sentence CIRDI, 6 février 2007, Siemens A.G. c./The Argentine Republic, aff. n° ARB/02/8
- Sentence CIRDI, 11 septembre 2007, Parkerings-Compagniet AS c./Lituanie, aff. n° ARB/05/8
- Sentence CIRDI, 15 janvier 2008, Corn Products International, Inc. c./The United Mexican States, Décision sur la responsabilité, aff. n° ARB (AF)/04/01
- Sentence CIRDI, 24 septembre 2008, décision sur la compétence et la recevabilité, Ioan Micula, Viorel Micula S. C. European Food SA, S. C. Starmill SRL and A. C. Multipack SRL c./Roumanie, aff. n° ARB/05/20
- Sentence CIRDI, 23 septembre 2010, AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erözü Kft c./Hongrie, aff. n° ARB/07/22
- Sentence CIRDI, 30 novembre 2012, décision sur la compétence, droit applicable et responsabilité, Electrabel c./Hongrie, aff. n° ARB/07/19
- Sentence CIRDI, 11 décembre 2013, Ioan Micula, Viorel Micula, S. C. European Food SA, S. C. Starmill SRL and A. C. Multipack SRL c./Roumanie, aff. n° ARB/05/20.

TABLES DES MATIÈRES

Abréviation.....	5
Sommaire.....	7
Introduction.....	9

PREMIÈRE PARTIE

L'IMPLICATION SPONTANÉE DE L'ARBITRE DANS LA DÉFENSE DES POLITIQUES ÉTATIQUES DE CONCURRENCE

TITRE I - Le contrôle des ententes prohibées.....	31
CHAPITRE I- La phase de la constatation de l'entente par l'arbitre.....	34
Section 1 - L'une des parties soulève l'existence d'une entente illicite.....	34
§I- Compétence consacrée par un accord exprès	35
§II- Compétence consacrée par un accord tacite	36
Section 2 - L'arbitre soulève l'existence d'une entente illicite.....	38
§I- L'incidence du principe <i>ultra petita</i> sur le pouvoir de l'arbitre de déclarer la nullité du contrat.....	40
A/ Le pouvoir de l'arbitre de déclarer la nullité du contrat est entravé par la passivité des parties.....	41
B/ Les moyens permettant à l'arbitre de se libérer de la passivité des parties.....	46
1°- L'autonomie inopérante de la clause compromissoire.....	50
2°- L'autonomie opérante de la clause compromissoire.....	52
§II - Le pouvoir de l'arbitre de déclarer la nullité est dicté par les intérêts étatiques.....	55
A/ La compatibilité du statut de l'arbitre avec la prise en compte des intérêts étatiques.....	55
1°- L'autonomie de l'arbitre n'est pas synonyme d'hostilité aux politiques étatiques	56
2°- Le rôle positif de l'arbitre correspond à sa fonction juridictionnelle.....	58
3°- La notion d'ordre public véritablement international absorbe l'intérêt étatique	61

B/ La notion d'attente légitime et son impact sur le rôle positif de l'arbitre.....	64
1°- La reconnaissance de l'attente légitime étatique par l'arbitre.....	65
2°- La compatibilité de l'attente légitime des parties avec l'imposition d'intérêts étatiques légitimes.....	67
CHAPITRE II - La phase du traitement d'une éventuelle entente par l'arbitre.....	72
Section 1- La compatibilité de l'accord avec le droit de la concurrence.....	72
§I- La non réunion des conditions de l'entente devant l'arbitre.....	74
A/ Les conditions de l'entente illicite	74
B/ Les prérogatives de l'arbitre pour identifier l'existence d'une entente illicite	78
1°- La prérogative analytique.....	78
2°- La prérogative d'enquête.....	80
§II- Des mécanismes permettant à l'arbitre de valider l'entente illicite.....	83
A/ L'accord bénéficie d'une exemption individuelle ou par catégorie.....	84
B/ La règle de raison	87
Section 2- déclaration de nullité de l'entente illicite par l'arbitre.....	89
§I- La nullité au profit de l'une des parties à l'arbitrage.....	93
A/ Entente dénoncée par l'un de ses auteurs.....	95
B/ Entente dénoncée par la victime.....	99
C/ Les dommages intérêts causés par l'entente illicite.....	102
§II- La nullité au profit de l'intérêt collectif des opérateurs économiques.....	105
Conclusion du Titre.....	113
TITRE II - Le contrôle de l'abus de position dominante	115
CHAPITRE I - Les caractéristiques de l'abus de position dominante.....	118
Section 1- La constatation de l'abus de position dominante.....	118
§I- La définition de la position dominante.....	118
A/ La définition du marché.....	120
B/ L'importance de la définition du marché.....	123
§II- Les conditions à réunir pour retenir l'abus de position dominante.....	125
A/ L'occupation de l'entreprise d'une position dominante sur le marché.....	126
B/ La constatation d'un abus.....	128
Section 2- Les formes d'abus de position dominante que l'arbitre	

est susceptible de rencontrer.....	131
§I- La vente liée.....	133
§II- L’octroi des tarifs préférentiels.....	134
§III- L’exercice de conditions commerciales discriminatoires.....	136
§IV- Abus de position dominante collective.....	136
§V- Le refus de vente.....	139
 CHAPITRE II - Les conséquences de l’arbitrabilité des dispositions relatives à l’abus de position dominante.....	141
Section 1- La référence aux institutions étatiques.....	141
§I- La nécessité de suivre le changement jurisprudentiel étatique.....	142
§II- La technicité de la matière rend l’arbitre tributaire des informations extrinsèques et complémentaires	146
A/ La référence à une autorité de concurrence.....	146
B/ La référence à la jurisprudence administrative et judiciaire.....	152
C/ La violation du droit de la concurrence doit être prouvée par la partie qui l’invoque.....	156
Section 2- Le détachement de l’arbitre de sa propension à valider les dispositions contractuelles.....	158
§I- La détection des clauses matérialisant un abus de position dominante par l’arbitre.....	159
§II- La dimension pénale frappant la matière.....	164
Conclusion du Titre.....	174

DEUXIÈME PARTIE

L’IMPLICATION FORMELLE DE L’ARBITRE DANS LA DÉFENSE DES POLITIQUES ÉTATIQUES DE CONCURRENCE

TITRE I - Le constat d’une défense insuffisante des politiques étatiques de concurrence.....

CHAPITRE I - L’applicabilité des dispositions relative au déséquilibre contractuel par l’arbitre.....

Section 1 - L’interprétation réaliste de la disposition du déséquilibre contractuel.....

§I - L’absence de sanction du déséquilibre contractuel.....

A/ L’indistinction entre l’arbitrabilité de la question du déséquilibre

contractuel et la renonciation étatique à son application.....	182
B / L'incompatibilité de la protection d'un professionnel avec les besoins du commerce international.....	185
1° - La présomption d'égalité des parties à l'arbitrage.....	185
2° - La loi d'autonomie est une source de sécurité juridique.....	187
§II- La sanction de la tentative de créer un déséquilibre contractuel.....	189
A/ La tentative de créer un déséquilibre contractuel.....	190
B/ L'indemnisation accordée à l'agent commercial et au concessionnaire exclusif.....	191
Section 2 - L'interprétation progressiste de la disposition.....	192
§I - Un ordre public transnational idéal.....	194
§II - Le droit des Etats de sauvegarder leur ordre public économique.....	197
A/ L'intérêt étatique est en jeu territorialement.....	197
B/ La légitimité de l'objectif téléologique recherché par la prohibition du déséquilibre significatif.....	200
Conclusion du Chapitre.....	206
CHAPITRE II - L'applicabilité des dispositions relative à la rupture brutale de relations commerciales établies.....	208
Section 1 - La rupture brutale de relations commerciales rentre dans le cadre du principe d'abus de droit.....	209
§I - Le respect du délai de préavis contractuel exclut toute responsabilité selon les principes généraux du droit.....	209
§II - La rupture est brutale malgré le respect du préavis contractuel si elle met en échec l'attente légitime de l'autre partie contractante.....	212
Section 2 - L'observation de l'intérêt étatique par l'arbitre lors de l'interprétation de la disposition consacrant l'interdiction de la rupture brutale de relations commerciales.....	216
§I- Le désintérêt de l'ordre juridique français rend l'arbitre plus favorable au délai de préavis déterminé par les parties.....	216
§II- La corrélation de l'observation de l'intérêt étatique.....	220
A/ La neutralisation de la clause compromissoire.....	221
B/ La position de la haute juridiction française.....	222
Section 3 - Les points de divergence susceptibles de surgir entre la pratique arbitrale et la disposition étatique.....	224
§I - Le délai de préavis contractuel entre la jurisprudence arbitrale et la jurisprudence étatique.....	224

§II - La prévisibilité contractuelle de la rupture du contrat.....	229
Conclusion du Chapitre.....	231
TITRE II- Les fondements d’une défense effective des politiques étatiques de concurrence.....	233
CHAPITRE I - Le soutien de la <i>soft law</i> aux politiques étatiques.....	234
Section 1 - Le mode d’intervention du droit souple devant l’arbitre.....	235
Section 2 - La consécration de la primauté des dispositions étatiques impératives par le droit souple.....	239
§I - La neutralité des pouvoirs privés instaurant le droit souple.....	240
§II - La mise en oeuvre des règles de droit souple consacrant la prééminence des règles impératives étatiques.....	243
A/ L’influence du fondement d’application des Principes d’Unidroit sur l’impérativité des règles impératives étatiques.....	246
B/ L’influence du fondement d’application des Principes d’Unidroit sur l’impérativité des règles impératives contenues dans les Principes eux-mêmes.....	248
Conclusion du Chapitre.....	251
CHAPITRE II - Le soutien de la <i>lex mercatoria</i> aux politiques étatiques.....	252
Section 1 - La <i>lex mercatoria</i> est un moyen de s’affranchir des politiques étatiques.....	252
§I - L’imprécision de la définition attribuée aux usages du commerce.....	252
§II - La <i>lex mercatoria</i> sert d’incubateur pour le dogmatisme arbitral.....	255
A/ L’utilisation de la <i>lex mercatoria</i> pour créer une entorse au droit déclaré applicable.....	256
B/ L’utilisation de la <i>lex mercatoria</i> pour créer une entorse à la volonté des parties...	259
Section 2 - La <i>lex mercatoria</i> est une institution juridique visant à augmenter l’efficacité de l’arbitrage.....	261
§I - L’élasticité de la conception de la <i>lex mercatoria</i>	262
§II - L’attribution d’un rôle subsidiaire à la <i>lex mercatoria</i>	265
Section 3 - La <i>lex mercatoria</i> est un moyen de défendre les politiques étatiques prépondérantes.....	266
§I - La <i>lex mercatoria</i> comme moyen de choisir la règle de droit applicable (rôle primordial).....	267
A/ La <i>lex mercatoria</i> correspond à l’attente légitime des parties à l’arbitrage.....	269
B/ La <i>lex mercatoria</i> amène à la décision la plus juste.....	271

1° - L'incertitude de la concordance entre la règle désignée par la <i>lex mercatoria</i> et la solution la plus juste.....	271
2°- La synchronisation de la <i>lex mercatoria</i> aux les politiques étatiques dans le monde des affaires.....	273
§II - L'inclusion d'un ordre public transnational au sein de la <i>lex mercatoria</i>	276
A/ L'ordre public transnational est l'œuvre de l'arbitre.....	278
B/ L'ordre public transnational issu des organes étatiques validés par l'arbitre.....	279
Conclusion du Chapitre.....	284
TROISIÈME PARTIE	
L'IMPLICATION ENCADRÉE DE L'ARBITRE DANS LA DÉFENSE DES POLITIQUES ÉTATIQUES DE CONCURRENCE	
TITRE I - L'implication de l'arbitre encadrée par les traités d'investissement.....	288
CHAPITRE I - La mise à l'écart du droit de la concurrence par le traité d'investissement.....	291
Section 1- La pression institutionnelle européenne sur les tribunaux arbitraux pour faire prévaloir le droit européen.....	293
§I- Les raisons justifiant la primauté du droit européen face aux traités d'investissement selon les institutions européennes.....	294
A/ La défense de l'autonomie de l'ordre juridique européen.....	294
B/ L'obligation d'un même traitement de tous les investisseurs opérant sur le marché européen.....	298
C/ La recherche de la suppression de toute responsabilité liée à l'application du droit européen.....	301
§II- L'écho relatif de la pression institutionnelle européenne chez les arbitres.....	305
Section 2 - La résistance des arbitres à la conception institutionnelle européenne du conflit entre le droit européen et les traités d'investissement.....	310
§I- Le traité d'investissement est la principale référence pour l'arbitre sans être la seule.....	310
A/ Le traité d'investissement est une source d'autonomie pour l'arbitre.....	311
B/ La prise en compte du droit européen par l'arbitre en tant que fait.....	313
§II- Le refus des arbitres d'opposer le droit européen au droit international de l'investissement.....	317
A/ Le refus de l'interprétation systémique visant à consacrer la primauté du droit européen.....	318

B/ La défense des arbitres de leur titre de compétence.....	322
Conclusion du Chapitre.....	326
CHAPITRE II- La défense des politiques de concurrence sous couvert du traité d'investissement.....	327
Section 1- Priver un investisseur de sa part de marché est constitutif d'une violation du principe du traitement national.....	329
§I- L'établissement par l'arbitre d'un lien de causalité entre la mesure étatique et l'ébranlement de la part de marché détenue par l'investisseur.....	331
A/ L'objectif visé par la mesure est le pouvoir concurrentiel de l'investisseur.....	332
B/ Les conséquences tirées de l'établissement du lien de causalité.....	336
§II- L'examen de la nature de la mesure étatique conduisant à l'affectation de la part de marché détenue par l'investisseur.....	338
A/ L'impertinence de la généralité de la mesure étatique dans l'appréciation de l'affectation de la part de marché.....	339
B/ L'existence des dispositions incluses dans le traité d'investissement exonérant l'Etat du principe du traitement national.....	341
Section 2- La fragilité du raisonnement arbitral ignorant les prémisses concurrentielles incluses dans le principe du traitement national.....	344
§I- La création par l'arbitre d'une étanchéité entre le traité d'investissement et le droit de la concurrence.....	345
A/ L'exclusion inappropriée de concepts définis par le droit de la concurrence.....	349
B/ La prise en compte possible des concepts développés par le droit de la concurrence.....	354
§II- L'absence de frontières entre le droit de la concurrence et le traité d'investissement.....	356
A/ La rencontre indispensable entre le droit de la concurrence et le traité d'investissement.....	357
B/ Le renvoi à une notion juridique justifiant l'exclusion du droit de la concurrence...	362
Conclusion du Chapitre.....	367
TITRE II- L'implication encadrée de l'arbitre par restriction excessive des prérogatives arbitrale.....	369

CHAPITRE I - L'arbitre, un moyen de mise en œuvre de la politique concurrentielle de la Commission européenne.....	374
Section 1- L'emploi de l'arbitrage par la commission dans l'application des engagements concurrentiels.....	374
§I- La nature publique de la mission de l'arbitre.....	374
§II- L'intérêt de la Commission dans le recours à l'arbitrage.....	378
Section 2- L'analyse de la clause d'arbitrage insérée dans les engagements concurrentiels.....	379
§I- La qualification juridique de la clause d'arbitrage insérée dans les engagements vis-à-vis du tiers et son contexte.....	379
§II- Modèles de la clause d'arbitrage insérée dans les engagements concurrentiels.....	382
CHAPITRE II- L'empiétement de la Commission sur la procédure arbitrale.....	386
Section 1- Les prérogatives exorbitantes de la commission devant l'arbitre.....	386
Section 2- Les prérogatives arbitrales inhérentes à la résolution de litiges.....	389
Section 3 - le lien entre la sentence arbitrale et sa compatibilité avec la décision de la Commission.....	395
Conclusion du Titre.....	398
Conclusion générale.....	399
Bibliographie.....	404
Table des matières.....	431