

Contrats de distribution, concurrence et arbitrage international

Daniel Mainguy

Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

1. Je connais et fréquente Jean du Parc depuis plus de vingt ans. Notre première rencontre fut dans un tribunal arbitral (interne, *ad hoc*, de distribution, par là où beaucoup commencent) et où Jean représentait je ne sais plus quelle partie : ce monsieur imposant, bâtonnier, à la voix de stentor, éloquent, confiant et décidé.

Nous nous sommes retrouvés, quelques années plus tard, à Montpellier, à l'occasion du Concours international d'arbitrage de Montpellier (CIAM), auquel il assiste, siège, préside, administre, enfin, bref, il est ce qu'avait été Serge Lazareff au départ de ce concours, l'âme, l'ami, le soutien de tous dans ce concours.

J'ai le souvenir du temps où le budget de ce concours était encore conséquent et où nous avions privatisé une de ces plages privées, près de La Grande Motte je crois, et alors que, par miracle en cette fin de mois de mai, il faisait très beau (c'est assez exceptionnel, le temps des « saints de glace » était encore assez prévisiblement froid et pluvieux). Jean, découvrant cette pailote, et la plage, plongée dans le soleil couchant, avait alors passé près d'une heure, pantalon roulé, dans l'eau ne se rassasiant pas de ces instants de bonheur simple.

Quelques années plus tard, alors que, pour une raison mystérieuse, le jeudi était libre (dans ce concours, l'habitude était prise d'organiser les « éliminatoires » les lundi et mardi, des huitièmes de finale le mercredi, et les quarts de finale le jeudi matin), nous avons prévu de nous retrouver, à Port-Camargue cette fois, sur un voilier pour promener ses voiles. Il y avait là un professeur de droit d'Aix-en-Provence, un futur bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris, deux collègues montpelliérains (dont le fils de l'un d'entre eux, et Jean. Un après-midi magnifique, un peu venteux (plus de vingt nœuds pour les connaisseurs) et un génois (léger) défectueux, après-midi que nous avons achevé ensuite lors de la traditionnelle soirée du jeudi soir. Jean m'indique, lorsque nous nous retrouvons, que nous avons réitéré cette aventure chaque année, alors que nous n'avons eu l'occasion de le réaliser qu'une seule fois, dans mon souvenir au moins.

Je l'ai retrouvé ensuite à Dijon, sa capitale, pilier de la belle faculté de droit de Dijon, à laquelle il donne sans compter, fidèle à cette idée, hélas vieillie, selon laquelle il est naturel de rendre à son *alma mater* ce qu'elle vous a donné, notamment lorsque l'on a un peu réussi sa carrière.

Bref, Jean du Parc est de cette race de juristes passionnés, curieux de tout, de vins et mets fins, de son cher Clos de Vougeot et ses intronisations à la réputation internationale dont il est l'un des maîtres d'œuvre, de sa région qui le mérite bien, de cultiver ses amis et sa famille.

2. Il me semble alors que présenter, dans des *Mélanges* bien mérités, quelques réflexions autour des de la prise en compte, dans les contrats de distribution, des enjeux du droit de la concurrence à l'occasion d'un arbitrage international rend compte, au moins, de nos relations « professionnelles », ou plus exactement est un point minimum de cette rencontre : il y manque du vin, du vent, mais pas l'amitié.

3. De ce point de vue, il convient de délimiter le propos : pratiquement tous les arbitrages commerciaux ayant pour objet un litige contractuel reposent sur des contrats qui, peu ou prou, sont des « contrats de distribution ».

La notion même de « contrat de distribution » n'est pas très claire¹. Pour résumer la question, il convient d'observer d'abord, qu'il n'existe pas de règles qui établiraient un droit commun des contrats d'affaires, pour des raisons historiques : le droit commun des contrats est le droit *civil* des contrats, des raisons pragmatiques : la jurisprudence qui a fait évoluer la conception du droit *civil* des contrats est principalement celle ayant pour objet des *contrats d'affaires*, et notamment des *contrats de distribution*, des raisons administratives également : la législation sur le droit *civil* des contrats relève du Ministère de la Justice et de la Direction des Affaires civiles et du Sceaux, qui avait notamment pris en charge la réforme de 2016, tandis que les « contrats d'affaires » sont de la compétence du Ministère de l'Economie et sa législation en droit commercial, en droit de la concurrence, en droit des sociétés, en droit financier, etc. Bref, ne nombreuses raisons, bonnes ou mauvaises, mais qui constituent autant de contraintes non écrites et qui font qu'on ne sait pas trop ce qu'est un « contrat d'affaires »² ou plus exactement, tout le monde sait instinctivement ce qu'est un contrat d'affaires, mais nul ne s'aventurera à en présenter une définition, une catégorie juridique, qui plus est dans une loi. La notion de « contrat d'affaires » est au droit des contrats ce que celle d'« entreprise » est au droit commercial.

Dès lors, déterminer ce que sont les « contrats de distribution » est d'autant plus complexe, dans la mesure où s'agirait d'une sous-catégorie des contrats d'affaires. Là encore des travaux très importants ont été conduits pour étudier ces contrats de distribution³ sur la base de définitions qui empruntent à des critères le plus souvent fonctionnels (les fonctions d'une « producteur » ou celles d'un « distributeur ») ou normatifs, par exemple en droit de la concurrence. Les règles du droit de la concurrence, en effet, proposent deux grands types de règles qui influent de manière majeure sur ces contrats. Le premier est l'appréhension des pratiques anticoncurrentielle, ententes, abus de position dominante, aides d'Etats, concentration d'entreprises, évidemment plus large que les seuls contrats de distribution mais où des instruments précis sont régulièrement publiés par la Commission européenne, des Règlements d'exemption par catégorie (REC) dont le REC n° 720/2022 sur les restrictions verticales et les lignes directrices qui les accompagnent qui organisent les conditions d'une exemption de principe de ces catégorie de contrats, exemplifiés dans les lignes directrices comme les « types » de contrats de distribution traditionnellement envisagés (contrats de franchise, de distribution exclusive, de distribution sélective, d'approvisionnement, de fourniture, d'agence, etc.) sans s'enfermer toutefois dans des définitions fermées. Il en résulte un « effet de camisole », en raison des risques considérables associés à la violation de ces règles. Le second est l'ensemble des règles, françaises, intéressant les « pratiques commerciales déloyales » qui, dans le Code de commerce, établissent des règles complexes et, cette fois, extrêmement fines à défaut d'être systématiquement précises en matière de négociation commerciale (C. com., art. L. 441-1 et s.), de saisie et de sanction de ces pratiques commerciales déloyales dites aussi « pratiques restrictives de concurrence » dont les questions très connues de « rupture brutale des relations commerciales établies » ou de « soumission » à un « déséquilibre significatif » entre les droits

¹ D. Mainguy, « Le contrat de distribution, cet inconnu », in *Mélanges D. Ferrier*, LexisNexis, 2021.

² Comp. F. Buy, *Droit des contrats d'affaires*, LGDJ, 2023, R. Libchaber, *Le contrat au XXI^e siècle/ L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, LGDJ, 2020, F.-X. Testu, *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2011.

³ N. et D. Ferrier, *Droit de la distribution*, LexisNexis, 10^e éd., 2023, N. Dissaux et R. Loir, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2^e éd. 2024, F. Buy, J.-Ch. Roda et M. Lamoureux, *Droit de la distribution*, LGDJ, 2^e éd., 2019, M. Malaurie, *Droit de la distribution*, Sirey, 4^e éd., 2017.

et obligations dans ces types de contrats. Il en résulte une jurisprudence considérable et des études infinies sur les conditions de mise en œuvre de ces règles, et leur critique positive ou négative.

4. Lorsque ces contrats présentent une dimension internationale, il est très fréquent que deux clauses originales, par rapport aux contrats internes, apparaissent : une clause d'*electio juris* et une clause compromissoire. Les raisons sont évidentes : il s'agit d'éviter un litige préalable sur la détermination de la loi applicable à ces contrats, notamment s'ils ont une dimension internationale extra-européenne c'est-à-dire qu'est moins évidente la mise en œuvre du Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui offre un certain nombre de critères de détermination par défaut de la loi applicable, et un autre sur la détermination du juge compétent. Une spécificité sectorielle fait que, par ailleurs, il est fréquent que certains contrats *internes* de distribution comportent également une clause compromissoire, notamment les contrats de franchise ou de la « grande distribution », pour des raisons parfois critiquées : l'évitement du juge étatique et des logiques de dispersion de compétence (qui pourrait être réglé par une clause attributive de compétence) et peut-être aussi la volonté d'encherir le recours au juge, l'arbitrage, technique privée de résolution des litiges, étant une justice payante (non que la justice étatique soit elle-même gratuite, mais c'est là un tout autre débat).

5. Dès lors plusieurs difficultés émergent pour le tribunal arbitral conduit à saisir un litige ayant pour objet un contrat de distribution.

La première repose sur la considération qu'un contrat de distribution s'inscrit dans un marché et qu'il n'est pas impossible que ce contrat, ou certaines de ses clauses, aient un impact sur le « marché » dans lequel ce ou ces contrats évoluent. Par conséquent, si le litige est, le plus souvent, « contractuel », en ce sens que l'une des parties reproche à l'autre les conditions de la formation du contrat, les conditions de son exécution ou encore de sa rupture, il peut très vite emprunter les voies d'une critique reposant sur la conformité de ce contrat, par son objet ou ses effets, avec les règles du droit des pratiques anticoncurrentielles et, principalement, des ententes ou des abus de position dominante⁴ (I).

La deuxième tient au fait que, indépendamment de toute atteinte au « marché », au sens où celui-ci est entendu en droit des pratiques anticoncurrentielles⁵, ces mêmes faits, ou « pratiques », peuvent être saisis par les règles du Code de commerce, à supposer toutefois qu'elles puissent être invoquer devant un tribunal arbitral, interne ou international (II).

I. Arbitrage international, contrat de distribution et droit des pratiques anticoncurrentielle

6. La compréhension de ce point, qui dépasse d'ailleurs le seul cas des contrats de distribution, suppose d'observer, en amont, les méthodes utilisées par les arbitres internationaux pour déterminer la loi applicable de rattachement du litige, mais aussi, en aval, les méthodes utilisées par le juge du recours en annulation pour apprécier la manière dont le tribunal arbitral a effectivement mis en œuvre des règles, invoquée ou non devant le tribunal arbitral, du droit des

⁴ Entendons ici les règles du droit de la concurrence de l'Union européenne, principalement, et, éventuellement, des règles de droit de la concurrence interne, d'un Etat de l'Union européenne ou d'ailleurs.

⁵ Comp. M.-A. Frison Roche et J.-Ch. Roda, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2023, D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 4^è éd., 2024.

pratique anticoncurrentielles. L'article 1492, 5°, en matière d'arbitrage interne, et 1520, 5°, en matière d'arbitrage international, du Code de procédure civile (qui pourraient être regroupés dans un Code de l'arbitrage tel que proposé par le groupe de travail rassemblé par le Ministre de la Justice et publié le 20 mars 2025⁶) imposent en effet, pour le premier que la sentence arbitrale soit conforme à « l'ordre public » pour le premier et que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence n'est pas contraire à « l'ordre public international », pour le second.

7. Premier problème, largement réglé mais qui emporte un certain nombre de conséquences, celui de l'arbitrabilité d'un tel litige dans lequel est invoqué ce type de règles, et donc celui de la compétence de l'arbitre. Ces règles relèvent de l'ordre public interne et constituent par ailleurs des lois de police au sens de l'article 9 du Règlement Rome I, c'est-à-dire des règles « cruciales » pour « la sauvegarde des intérêts publics, d'un Etat, son organisation politique, sociale ou économique, de sorte qu'elles se substituent à toute autre loi contraire, choisie ou désignée par défaut. L'article 2060 du Code de civil dispose par ailleurs qu'il n'est pas possible de compromettre sur les questions qui intéressent l'ordre public. Cette question, qui apparaît directement, parce qu'installée dans le Code civil, pour le plaideur étranger notamment, est cependant écartée en matière internationale, d'abord parce qu'il est établi désormais que toutes les questions liées *aux conséquences* de la mise en œuvre d'une règle d'ordre public sont arbitrables, notamment depuis l'arrêt *Labinal*⁷.

8. C'est donc essentiellement autour de la question des règles applicables au contrat, dans un contexte concurrentiel, que la difficulté émerge (A) question qui n'obère pas la question spécifique du droit de la concurrence (B).

A. Première considération : la détermination de la loi applicable par l'arbitre

9. Cette difficulté est autrement plus redoutable que la précédente. En effet, ce seront les conséquences civiles d'une pratique anticoncurrentielles qu'il s'agira de trancher : un contrat a été conclu, l'une conteste la validité d'une clause ou d'un contrat, sans doute pour ne pas avoir à satisfaire une demande d'exécution ou pour justifier *a posteriori* son inexécution. Le problème de ce type de questions conséquentielles repose sur le fait que la question première, l'infraction concurrentielle, ou l'infraction pénale, n'est qu'imparfaitement et conséquentiellement dans le débat.

Ou bien en effet la question a déjà été tranchée par une autorité de la concurrence et il s'agit de conférer les conséquences civiles d'une pratique sanctionnée par ailleurs, dans un contrat comportant une clause compromissoire, d'une forme d'*arbitration private enforcement*, ou bien ce n'est pas le cas – et ce n'est que très exceptionnellement le cas – et il faudra donc bien que, pour trancher les conséquences, l'arbitre tranche la question de principe : la clause, le contrat est-il contraire aux règles du droit de la concurrence invoquée, quelles règles de droit de la concurrence, voire pourquoi invoquer de telles règles devant un arbitre.

⁶ F. Ancel et Th. Clay (dir.), *Groupe de travail sur la réforme du droit français de l'arbitrage, Rapport et propositions de réforme*, La documentation française, 2025 (en ligne).

⁷ Paris, 19 mai 1993, *Labinal* : *JDI* 1993, p. 957, note L. Idot : « l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du *pouvoir* d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous contrôle du juge de l'annulation ». *Adde* : B. Goldman, L'arbitrage international et le droit de la concurrence : *Bull. ASA* 1989, p. 260. ; X. de Mello, Arbitrage et droit communautaire : *Rev. arb.* 1982, p. 362 ; Van Hecke, Arbitrage et règles de concurrence : *Rev. arb.* 1978, p. 191.

10. Pour répondre à cette question, l'arbitre doit d'abord s'interroger sur *l'applicabilité* de la norme de droit de la concurrence invoquée.

Plusieurs situations peuvent être invoquées, dans laquelle le litige repose sur la corrélation entre telle question contractuelle et une règle du droit de la concurrence invoquée par une partie. On peut imaginer plusieurs cas-type : cas a) un contrat entre une partie française et une partie américaine (non européenne) désigne la loi française (ou une loi d'un Etat de l'Union européenne), avec une clause compromissoire imposant un arbitrage à Paris (ou d'un autre lieu de l'Union européenne) ; cas b) un contrat conclu entre un italien et un marocain désignant le droit marocain (qui ne connaît *a priori* pas un droit de la concurrence aussi complet que le droit européen) et un arbitrage à Paris ; cas c) un contrat conclu entre un américain et un japonais, droit anglais, arbitrage à Paris (cas c1), arbitrage à Singapour (cas c2).

11. Une première considération, qui nous paraît erronée, consiste à considérer que le tribunal arbitral devra juger *comme un juge étatique de la concurrence* et pourra difficilement faire sans le droit de la concurrence, interne ou européen, et donc au droit applicable au litige, chaque fois qu'un droit applicable, comprenant des dispositions de droit de la concurrence, aura été choisi ou que, à défaut, une partie au contrat fera référence à ces règles comme lois de police⁸. Il ne s'agit d'une position simplement irénique mais fondée sur l'idée générale que le droit de la concurrence serait un ensemble de règles constituant des « super lois de police », éventuellement supra-constitutionnelles, en ce qu'elles seraient consubstantielles d'une économie de marché. Cette position a connu son heure de gloire mais a perdu beaucoup de sa superbe, au moins depuis la crise du Covid, l'inflation qui s'en est suivi et la réaction à l'*Inflation Reaction Act* américain, et certainement depuis la destruction systématique de l'ordre international, y compris l'ordre commercial international, qui se vit, sous nos yeux, presque au jour le jour.

Il est incontestable cependant que le *juge étatique* doit appliquer les lois de police du *for* à supposer cependant qu'elles ne s'opposent pas à des règles d'ordre public internationale dites aussi parfois « véritablement internationales »⁹. Dans le cas a), b) et c1), pour un juge français, au lieu et place d'un arbitre, il devra appliquer le droit français de la concurrence, dans le cas c2), c'est une question d'opportunité pour le juge singapourien : imaginons qu'il dispose d'une règle du type de l'article 9.3 du règlement Rome I¹⁰ ou de l'article 19 de la LDIP suisse¹¹ permettant dans certaines circonstances d'appliquer une loi de police étrangère.

12. La difficulté ici tient au fait que, précisément, *l'arbitre international* n'est pas un juge étatique ; il n'a pas de *for* et, du reste, les lois de police sont pour lui des lois de polices étrangères ou bien il n'existe aucune loi de police qui s'impose à lui ce qui revient au même : peu important donc que le siège de l'arbitrage soit situé en France ou hors de l'Union

⁸ Cf. A. Komminos, « Arbitration and EU Competition Law », 2009 (en ligne).

⁹ Par exemple une loi de police d'un Etat qui considérerait qu'il faut, loi de police, valider des pactes de corruption ou des ententes anticoncurrentielles ou utiliser des enfants pour exécuter un contrat.

¹⁰ Règl. Rome I, art. 9, 3) : « Il pourra être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ».

¹¹ LDIP, art. 19 : « 1. Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit. 2. Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit ».

européenne et qu'une partie française ou extra-européenne soit partie au litige arbitral. Il n'existe pas de norme, interne ou internationale, qui imposerait à l'arbitre de retenir telle disposition légale précise.

Ainsi, l'article 1511 du Code de procédure civile, comme bien d'autres règles, le règlement de la ICC, de la CNUDCI, etc., disposent de manière généralement concordante, que 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, et qu'il tient compte des usages.

13. Cette manière de procéder suppose donc que les règles *choisies* par les parties s'imposent à l'arbitre.

Ce peut être un droit, ou plus exactement un système juridique de rattachement, par une clause du type « le contrat est régi par le droit français », ou pas de loi étatique « le contrat est régi par les principes généraux du droit des contrats » (ou par la *lex mercatoria*, ou les Principes Unidroit, etc.), ou un droit « gelé », le droit français tel qu'applicable avant l'ordonnance de 2016, ou au contraire le droit français depuis 2016 sans tenir compte du droit antérieur, etc., un droit qui n'a aucun rapport avec quelque élément de rattachement que ce soit avec les parties ou l'exécution du contrat, un droit religieux, le droit romain, etc. A supposer que les parties aient retenu la première option, le droit français par exemple, les choses ne cessent pas pour l'arbitre. Ce sont aux parties de débattre, au besoin, du contenu de ce choix et aux arbitres de trancher en tenant compte, de la liberté des parties et de la leur même pour tenir compte de l'attente légitime des parties.

Ainsi, si les parties ont désigné la loi française *et* qu'elles ont inséré une stipulation considérée comme anticoncurrentielle, on peut en tirer deux conséquences. La première est que les parties ont choisi la loi française, toute la loi française, intégrant dont les lois d'ordre public françaises internes et de sources européennes qui sont intégrées au droit français : les arbitres doivent donc tenir compte le droit de la concurrence pour apprécier la stipulation discutée. La deuxième est que les parties ont choisi la loi française et ont, par l'insertion *volontaire* de cette stipulation, écarté l'application du droit de la concurrence. Il faudrait donc que l'arbitre justifie la réinsertion de ces règles dans le champ des règles applicables. Une conception extrême¹² pourrait même considérer que le choix par les parties d'une loi qui aboutit à annuler ou rendre ineffective le contrat devrait être écartée au profit d'une loi qui accueille favorablement ce contrat, ce qui correspond à la volonté des parties, si l'on admet qu'il serait absurde de conclure un contrat pour qu'il soit nul : la pratique arbitrale fait en général privilégier la loi choisie, et donc ses règles impératives, sur les attentes supposées des contractants, à supposer même que cette attentes ne constitue pas une forme de fraude. Plus complexe est la situation dans laquelle les parties ont expressément prévu que, dans l'hypothèse dans laquelle un conflit émergerait entre les dispositions de la loi et les stipulations du contrat, ces dernières doivent prévaloir, ce qui ne revient pas nécessairement à évincer toute règle impérative, sauf à admettre que le contrat est alors un « contrat sans loi », ce qui revient à laisser aux arbitres la mission de déterminer le système juridique applicable au contrat. Encore plus complexe est l'hypothèse dans laquelle les parties n'ont pas choisi de norme applicable au contrat, mais, ici, cela revient au même s'agissant de l'applicabilité revendiquée d'une loi de police, à ceci près que les arbitres sont confrontés à la difficulté préalable de la détermination du *jus contractus*.

¹² Comp. (très critique) E. Gaillard, arbitrage commercial international, Sentence arbitrale. – Droit applicable au fond du litige, J.-Class. Droit international, Fasc 713, 1996, n° 20.

B. Deuxième considération : contradictions entre les logiques du droit étatique de la concurrence et celles du droit de l'arbitrage

14. Deuxième difficulté, celle de la question de la prise en compte par l'arbitre du droit de la concurrence considéré comme une loi de police ou comme un élément de l'ordre public international.

1. La méthode

15. La prise en compte des lois de police par l'arbitre international ne s'entend pas d'évidence, comparée à la « théorie des lois de police » telle qu'elle s'impose devant un juge étatique¹³. C'est, à bien des égards, la même difficulté que celle qui se présente à l'arbitre dans le cas de l'absence de choix du droit applicable par les parties, ou du choix de règles de droit lacunaire : l'arbitre doit identifier les règles de droit les plus appropriées au litige (CPC, art. 1511), à ceci près que les lois de police sont chargées, en elles-mêmes, d'une puissance normative considérable liée à la volonté interventionniste majeure du système juridique étatique qui les promeut en ce sens quelles se présentent comme des règles se substituant à toute autre règle, choisie ou déterminée, pour un contrat, pour des raisons de politique législative visant à atteindre les buts de cette règle quelle que soit les situations dans lesquelles elles se produisent.

Pour un juge étatique français, par exemple, le cas d'un contrat conclu entre un non-européen et un français, renvoyant à une loi non-européenne et ne prenant pas en compte des dimensions de droit de la concurrence est assez simple : le droit de la concurrence, loi de police, s'impose et se substitue aux éléments de droit étranger concernés par cette loi de police. Plus complexe pour le juge français est l'hypothèse où, dans le même exemple, le droit choisi est un droit comprenant des dispositions équivalentes de droit de la concurrence. Le juge étatique doit appliquer les lois de police de l'ordre juridique choisi (ou déterminé), mais également les lois de police du *for* : s'instaure alors un conflit de lois de police difficile à résoudre. Ce toutefois sous la réserve de la non-contrariété de l'une ou de l'autre à l'ordre public international, par exemple si une de ces lois de police comprenait des dispositions de droit de la concurrence incompatibles, par ses règles ou les valeurs qu'elle emporte, avec la conception de cet ordre public international. Plus complexe encore est le cas dans lequel le juge français est face à un contrat conclu entre deux non-européens devant alors apprécier les conséquences civiles de la « théorie de l'effet » du droit européen de la concurrence : cette forme d'extraterritorialité du droit de la concurrence implique que si des effets d'une situation anticoncurrentielle localisée hors du territoire de l'Union européenne et concernant des parties non-européenne, le juge européen et le droit européens sont compétents.

16. Pour l'arbitre, la question est plus complexe, peu important les cas tels qu'ils pourraient se présenter devant le juge étatique tel qu'évoqués ci-dessus et elle fait l'objet de débats vigoureux, à supposer que les règles en question soient véritablement des lois de police ou susceptibles d'être analysées comme des lois de police¹⁴.

¹³ Y. Derains, les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale, in Études Goldman, Litec 1992, p. 29.

¹⁴ Comp., à propos des règles installant des sanctions économiques étrangères, et contre leur intégration dans la méthode des lois de police, P. Mayer, « L'arbitre et les sanctions économiques », Mél. L. Aynès, LGDJ-Lextenso, 2019, p. 371. V. aussi Y. Derains, les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale, in Études Goldman, Litec 1992, p. 29 s. ; L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international : Rev. arb. 1986, p. 375.

Sans entrer dans le détail de cette controverse, qui dépasse, et de loin, les frontières du droit français de l'arbitrage international, il apparaît cependant qu'un certain de difficultés peuvent être aisément résolues.

17. Ainsi il ne fait pas de doute que les arbitres *peuvent* tenir compte des lois de police comme éléments de fait dans leur raisonnement visant à apprécier la qualité d'une exécution ou la régularité de la rupture d'un contrat par exemple. S'agit d'une manière visant à déplacer l'objet du débat. L'arbitre, et les parties, pourraient considérer non pas le *droit* de la concurrence étranger, loi de police pour un juge étatique, mais les effets de celui-ci pris comme un *fait*, par exemple la rupture du contrat, la force majeure en droit français, la *frustration* en droit anglais, le *commercial impracticability* américain, etc., à supposer que ce soit invoqué par la partie qui subit cette pratique concurrentielle. C'est à peu de choses près la solution que promeut le professeur Pierre Mayer dans son célèbre article « L'arbitre et les sanctions économiques » paru dans les Mélanges offerts au professeur Laurent Aynès¹⁵.

18. Une deuxième manière consiste à se placer sous l'angle de la neutralité attendue de l'arbitre. Un arbitre international en effet, n'ayant pas de *for*, n'a pas à épouser les contraintes d'un ordre juridique quelconque, du type de celles qui pèsent sur un juge du *for* concerné, et auquel l'arbitre serait supposé appartenir et qui serait d'ailleurs malaisé de définir (par sa nationalité, le siège de l'arbitrage, la loi du contrat ?). Par conséquent, les ordres juridiques et les contraintes qu'ils imposent, en matière de droit de la concurrence, de sanctions économiques, de droit financier, etc., lui sont, tous, extérieurs et bien plus étrangers.

Toutefois, l'arbitre, qui n'a pas à faire prévaloir telle valeur qui lui est propre (un esprit libéral considèrera par exemple le droit de la concurrence avec faveur, ferveur même, davantage qu'un esprit conservateur), mais, éventuellement, des valeurs morales qui sont partagées par les parties ou qui sont généralement reconnues dans l'ordre international, comme l'est depuis les années 2000 la prohibition de la corruption des agents publics étrangers. D'ailleurs, bien avant cette considération générale de la prohibition de la corruption dans l'arbitrage international, l'arrêt *Westman*, en 1993¹⁶, avait déjà considéré que la sentence validant un pacte de corruption ne pouvait intégrer l'ordre juridique français, pour cause d'*immoralité*, reprenant ce faisant une pratique ancienne¹⁷.

Les règles du droit des pratiques anticoncurrentielles, en revanche, reposent sur des valeurs contingentes, partagées finalement par un petit nombre de pays, qui considèrent le droit de la concurrence dans son entièreté (système de démocratie libérale, procédures spécifiques, procédures civiles d'exécution, etc.) : l'Union européenne, la Grande-Bretagne, le Canada, l'Australie, les Etats-Unis dans un autre système de traitement, la Japon et c'est à peu près tout. Cela ne signifie pas qu'il n'existe pas d'autres modèles de droit de la concurrence, en Afrique¹⁸,

¹⁵ Cf. P. Mayer, « L'arbitre et les sanctions économiques », *op. cit.*

¹⁶ Paris, 30 septembre 1993, *European Gaz Turbines SA c/ Westman International Ltd*, *Rev. arb.*, 1994.359, note D. Bureau; *Rev. crit. DIP*, 1994, p.349, note V. Heuzé; *RTD com.*, 1994, p.703, obs. E. Loquin.

¹⁷ Cf. T. civ. Seine, 4 janv. 1956 : *Rev. crit. DIP* 1956, p. 679, note H. Batiffol, annulation d'un contrat choisant une loi étrangère pour contourner des règles fiscales ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 mars 1961, *Bull. civ. III*, n°125 : hypothèse de trafics d'influence d'un agent public étranger.

¹⁸ Il existe en Afrique un règlement UEMOA (02/2002/CM/UEMOA du 23 mai 2002) sur les pratiques anticoncurrentielles, et deux règlements CEMAC (n° 1/99/UEAC-CM-639 et 4/99/UEAC-CM-639) des 25 juin et 18 août 1999.

en Chine¹⁹, en Russie²⁰, etc., mais soit il est certain que ces systèmes reposent sur des valeurs distinctes, sinon radicalement opposées, soit une vérification s'impose notamment sur l'efficacité de la mise en œuvre de règles qui, souvent, demeurent lettres mortes.

19. Deuxième question qui ne pose pas de difficulté : les arbitres ne supportent aucune obligation de faire application des mêmes règles que celles qui pèsent sur le juge étatique et notamment l'application de l'article 9. 3 du Règlement Rome I qui lui permet d'appliquer dans certaines circonstances une loi de police étrangère, et ce peu important le siège de l'arbitrage. Les arbitres siégeant en France ne sont pas contraints par les règles du Règlement Rome I, ceux siégeant en Suisse par celles de l'article 19 de la LDIP, etc., précisément parce que sont reconnues, en France ou en Suisse, des règles spécifiques, et alternatives, applicables à l'arbitrage international. Autre serait l'hypothèse dans laquelle un droit de l'union européenne, ou le droit suisse serait désigné comme *lex contractus*. Il n'en résulte pas cependant que les arbitres ne *peuvent* pas saisir une loi de police étrangère, mais ils n'en ont pas l'obligation. Il n'existe, à notre connaissance que deux cas en droit français de l'arbitrage, tous étrangers au droit de la concurrence²¹.

20. Troisième question, déjà plus controversée, est l'hypothèse dans laquelle des lois de police, comprises dans le système juridique retenu, et où la solution juridique qui serait adoptée sans en tenir compte dans la sentence arbitrale serait contraire à l'ordre public international tel que saisi par le juge de la validité de la sentence. Pour admettre que cette situation implique l'application des règles du droit de la concurrence, il faut donc admettre qu'elles intègrent cet ordre public international : c'est, au moins, la conception française ; autre est l'exigence, en termes de *devoir* ou *d'obligation* pesant sur l'arbitre international, d'en tenir compte. C'est là, la dernière question, la plus complexe.

21. La dernière question, le plus débattu, est en effet la situation dans laquelle les lois de police en question, le droit de la concurrence, sont étrangères au système juridique choisi par les parties pour régir le litige ; la question est encore plus complexe lorsque ces règles ne sont pas invoquées devant l'arbitre.

Deux conceptions s'affrontent ici ; l'une fondée sur la seule volonté des parties, et donc la conception d'un arbitrage réellement alternatif à la justice étatique ; l'autre fondée sur l'idée que l'arbitrage international, technique alternative à la justice étatique est surtout une technique obéissant à des impératifs de justice, de bonne administration de la justice. Les cas problématiques sont souvent les mêmes : hypothèse de corruption, d'infractions fiscales ou douanières, de financement d'activités criminelles, de violation des droits humains, sociaux ou environnementaux, de violations de sanctions économiques et de droit de la concurrence notamment, c'est-à-dire un accroissement grandissant du domaine de l'ordre public

¹⁹ Loi du 30 août 2007, « anti-monopole » : art. 1^{er} : « La présente loi est promulguée dans le but de prévenir et d'endiguer les conduites monopolistiques, la protection de la concurrence loyale, l'amélioration de l'efficacité économique, la sauvegarde des intérêts des consommateurs et les intérêts de la société dans son ensemble, et de promouvoir le développement sain de l'économie de marché socialiste (...) » ; art. 4 : « L'État constitue et applique des règles de concurrence qui s'accordent avec l'économie socialiste de marché, perfectionne le macro-contrôle et fait progresser un système de marché unifié, ouvert, compétitif et ordonné ».

²⁰ La Loi fédérale n° 135-FZ « sur la protection de la concurrence », du 26 juillet 2006.

²¹ Paris, 16 janvier 2018, *MK Group, JDI*, 2018, p. 883, note S. Bollée, *ibid.*, p. 898, note E. Gaillard ; *Rev. arb.*, 2018, p. 401, note S. Lemaire ; *D.*, 2018, p. 968, obs. S. Clavel ; *ibid.*, p. 1635, note M. Audit ; *ibid.*, p. 1941, obs. L. d'Avout ; *ibid.*, p. 2460, obs. Th. Clay ; Paris, Pôle 5-Ch. 16, 5 avril 2022 : *République du Gabon c/ Santullo*, *Rev. arb.* 2022, p. 620, note I. Fadlallah ; *JDI*, 2022, p. 681, obs. K. Mehtiyeva ; *Gaz. Pal.*, 2022, n° 15, p. 11, obs. L. Larrière ; *Dalloz actu*, 22 mai 2022, obs. J. Jourdan-Marques.

international. La considération que ces règles puissent intégrer la conception internationale de l'ordre public international suppose qu'elles ne relèvent pas simplement d'un seul système juridique national, la conception française de l'ordre public international par exemple, ni qu'elles soient retenues par tous les systèmes juridiques. La conception visant à considérer que les arbitres doivent assurer une œuvre de justice conduit alors à considérer que les arbitres peuvent mais surtout doivent mettre en œuvre cet ordre public international, tandis que la méthode des lois de police se présente de manière plus « mécanique », plus objective, à travers la seule considération de l'importance de la règle considérée comme une loi de police. Or, face à deux règles de concurrence, l'une considérant qu'il faut réprimer les pratiques anticoncurrentielles et l'autre qui les considère comme valide (et ainsi de suite, des règles posant des sanctions économiques et des règles posant des contre-sanctions économiques) créant un conflit de lois de police peut difficilement se résoudre par la méthode des lois de police. A l'inverse, la considération de ces règles en fonction des impératifs de l'ordre public international invite à une solution sinon plus sûre, du moins plus aisée et appréciée, selon que les arbitres ont considéré l'une (sanction des pratiques anticoncurrentielles) ou l'autre (validation de pratiques anticoncurrentielles) comme devant s'appliquer.

22. La question a longtemps bénéficié d'une forme de consensus pour apprécier les règles qui intégraient cette conception internationale de l'ordre public international, comme procède la Cour d'appel de Paris en matière de corruption²² ou de blanchiment²³ ; il n'est pas certain que la désorganisation du monde, à laquelle on assiste à grande vitesse depuis une quinzaine d'années, se présente aujourd'hui de manière aussi consensuelle.

Cela rend la tâche des arbitres internationaux d'autant plus ardue dans la mesure où on admet que les arbitres ont la possibilité, et sans doute le devoir, de rendre une sentence arbitrale *efficace*. On peut même considérer que parmi les contraintes qui pèsent sur l'arbitre s'inscrit l'idée que l'arbitre doit éviter que l'une des causes d'annulation de la sentence, par exemple identifiées dans l'article 1520 du Code de procédure civile (mais qui sont communes à tous les droits de l'arbitrage des Etats signataires de la Convention de New York de 1958 qui pose ces standards) ne viennent pas entraver la bonne marche de l'exécution de la sentence arbitrale : ne pas se déclarer à tort compétent ou incompétent, ne pas être la cause d'une irrégularité dans la constitution du tribunal arbitral emportant une obligation de révélation par exemple du type de celle exigée par l'article 1456 du Code de procédure civile et par la plupart des règlements d'arbitrage, respecter la mission confiée, respecter le contradictoire et, donc, rendre une sentence conforme à l'ordre public, interne ou international, selon le cas. Il devrait donc rendre une sentence robuste, ou du moins, s'efforcer de rendre tout à la fois une sentence qui réponde aux exigences de justice et une sentence robuste, résistante au contrôle de conformité par le juge de l'annulation ; autre est la question des lieux probables d'exécution de la sentence, où le

²² Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2022, n° 17-17.981, *Belokon* : *JCP G* 2022, 676, note B. Remy ; *JCP G* 2022, doct. 724, n° 7, obs. Ch. Seraglini ; *Dalloz actualité*, 10 mai 2022, note V. Chantebout ; *D.* 2022, p. 660, obs. S. Bollée ; *D.* 2022, p. 1773, obs. S. Bollée ; *D.* 2022, p. 2330, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2022, p. 701, obs. Ph. Théry ; *Rev. arb.* 2022, p. 945, note M. Audit et S. Bollée ; *JDI* 2022, chron. 4, p. 681, obs. K. Mehtiyeva ; *Gaz. Pal.* 3 mai 2022, n° 435f4, p. 11, obs. L. Larrivière ; *Procédures* 2022, comm. 173, obs. L. Weiller : « la lutte contre le blanchiment provenant d'activités délictueuses fait l'objet d'un *consensus international* exprimé notamment dans la Convention des Nations Unies contre la corruption faite à Mérida le 9 décembre 2003 et signée par 140 États » et que « la prohibition du blanchiment est au nombre des principes dont l'ordre juridique français ne saurait souffrir la violation même dans un contexte international et qu'elle relève par conséquent de l'ordre public international ».

²³ Cass. 1^{re} civ., 7 sept. 2022, n° 20-22.118, *Sorelec* : *JCP E* 2022, act. 785 ; *D.* 2022, p. 1600, obs. S. Bollée ; *D.* 2022, p. 1773, obs. S. Bollée ; *D.* 2022, p. 2330, obs. Th. Clay, *Rev. arb.* 2022, p. 1251, note Ch. Jarrosson. V. aussi, Cass. 1^{re} civ., 14 sept. 2022, n° 20-22.119. – CA Paris, pôle 1, ch. 1, 17 nov. 2020, n° 18/02568 : *JurisData* n° 2020-023089 ; *JDI* 2021, comm. 20, obs. I. Fadlallah ; *Dalloz actualité*, 24 déc. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; *D.* 2020, p. 1484, obs. Th. Clay, CA Paris, pôle 1, ch. 1, 17 nov. 2020, n° 18/07347.

risque de contradiction avec la conception locale de l'ordre public international n'est pas neutre.

Une difficulté en droit français de l'arbitrage international provient parfois d'une mauvaise compréhension de l'arrêt *Eco Swiss* de la Cour de justice de l'Union européenne rendu en 1999²⁴, qui avait considéré qu'« une juridiction nationale saisie d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale doit faire droit à une telle demande lorsqu'elle estime que cette sentence est effectivement contraire à l'article 81 CE (ex-art.85), dès lors qu'elle doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en simulation fondée sur la méconnaissance de règles nationales d'ordre public ».

Par conséquent, la Cour d'appel de Paris, en tant que juridiction nationale d'un Etat-membre de l'Union européenne, doit appliquer, au stade de l'appréciation de la conformité d'une sentence arbitrale à la conception française de l'ordre public international, les règles du droit de la concurrence « en tant que règles nationales d'ordre public », c'est-à-dire de loi de police.

En revanche l'arbitre, qui n'est ni une juridiction ni une autorité nationale aux yeux du droit de l'Union européenne²⁵, n'est *a priori* pas soumis à cette exigence, à supposer d'ailleurs que son office repose sur l'application des lois de police et non sur la considération du contenu de l'ordre public international. Ainsi, dans l'affaire *Thalès*, en 2004, la cour d'appel de Paris avait refusé d'annuler une sentence dans laquelle les règles du droit de la concurrence n'avaient pas été invoquées devant l'arbitre²⁶ ou lorsque les débats avaient porté sur une telle question mais que l'arbitre avait décidé de la rejeter²⁷. À ce moment, la jurisprudence arbitrale considérait qu'une violation de l'ordre public international français méritait annulation en cas de violation « flagrante, concrète et manifeste » de cet ordre public international. Toutefois, depuis 2014, la cour d'appel de Paris renforce son contrôle de l'ordre public international, notamment sur des questions portant sur des situations de corruption, de blanchiment d'argent ou de trafic d'influence. Le résultat est un abaissement du standard de la preuve (le fait que des indices « graves sérieux et concordants » laissent entrevoir une telle violation que les arbitres auraient cependant ignorée) et le constat d'une violation « caractérisée » de l'ordre public international. La Cour de cassation a rejoint cette position dans deux arrêts majeurs, *Belokon*²⁸ et *Sorelec*²⁹, pour admettre un contrôle lorsque se présente une « violation caractérisée » de l'ordre public international qui aboutit, en pratique, sinon à réviser la sentence au fond, du moins à prendre en compte des éléments de celle-ci pour apprécier sa validité.

23. Cet exercice, pour l'arbitre, consiste alors à identifier les règles intégrant l'ordre public international, au regard des deux contraintes qui pèsent sur l'arbitre et qui peuvent être contradictoire : la conception de l'ordre public international du juge de l'annulation peut ainsi considérer que le droit de la concurrence n'y est pas intégré ou adopter une conception opposée (validation des pratiques anticoncurrentielles) à celle de l'exigence de justice de l'arbitre.

On mesure, là, la difficulté pour l'arbitre dans la logique de son devoir de rendre une sentence « robuste » : robuste signifiant rendre une sentence *efficace* (conforme à l'ordre public international local) ou une sentence *juste*. La première conception, réaliste, est celle qui

²⁴ CJCE, 1^{er} juin 1999, aff. C-126/97, *Eco Swiss* : *JDI* 2000, p. 299, note S. Poillot-Peruzzetto.

²⁵ CJCE, 25 mars 1982 : *Rev. arb.* 1982, p. 473, CJCE, 27 janv. 2005 : *Rev. arb.* 2005, p. 765.

²⁶ Paris, 18 nov. 2004, *Thalès c/ Euromissile* : *RLC* 2005/2, n° 150, obs. E. Barbier de la Serre et C. Nourissat ; Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2008, n° 06-15.320 : *Bull. civ.* I, n° 162.

²⁷ Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2008, n° 06-15.320, *SNF c/ Cytec* : *RLC* 2008/16, n° 1162, obs. C. Nourissat. *Adde* : Cl. Lucas de Leyssac, « Arbitrage et concurrence, retour sur *EcoSwiss* » : *Concurrences* 1-2005, p. 1.

²⁸ Cass. 1^{re} civ., 23 mars 2022, n° 17-17.981, *Belokon*, préc.

²⁹ Cass. 1^{re} civ., 7 sept. 2022, n° 20-22.118, *Sorelec*, préc.

implique une conception totalement neutre de l'arbitre. Elle est parfois dite « strictement positiviste »³⁰ ; nous dirions qu'elle confond la mission de l'arbitre – mission par ailleurs nullement précisée par les règles du droit de l'arbitrage – avec le regard qu'un tiers extérieur porterait sur la manière de juger de l'arbitre, elle-même confondue avec celle du juge de l'annulation de la sentence. Or, la méthode positiviste, plus précisément réaliste, visant à tenter de décrire le droit, par exemple arbitral, n'impose pas aux juges, étatiques ou arbitraux, de se comporter de manière froide et mécanique ou au contraire de tenir compte de règles supérieures ou de valeurs. Observer que les juges ou les arbitres fondent leurs décisions sur des considérations de justice, donc de droit naturel, est positiviste ; serait jusnaturaliste, la conception de l'observation du droit prévoyant au contraire que les arbitres ou les juges *doivent* se comporter d'une manière ou d'une autre. Ce pas de côté mis à part, nous pensons qu'un arbitre (pas plus qu'un juge) ne peut se contenter d'« appliquer » le droit : sa mission consiste à appliquer le droit certes, c'est-à-dire décision de justice conforme aux règles de droit applicable, dont il doit rechercher l'existence et il nous semble que cette recherche passe par l'exigence d'une sentence robuste qui soit tout à la fois une œuvre de justice (*id est* une décision acceptable) et une sentence efficace³¹. Pour rendre compte de cette position positiviste, imaginons un arbitrage ayant son siège dans un Etat validant des discriminations, ayant pour objet une situation contractuelle dans laquelle des discriminations sont en jeu pour valider une question contractuelle : la conception morale de l'œuvre de justice est alors beaucoup plus claire : un arbitre peut rendre une sentence validant ces discriminations ou une sentence les invalidant, au risque de voir sa sentence annulée. Une conception totalement positiviste considèrerait que, dans une situation inverse (arbitrage dont le siège est situé dans un Etat interdisant des discriminations, ou des corruptions, etc.), l'arbitre est libre (par la neutralité à l'endroit des droits de fond dans lequel il se drape) de rendre une sentence validant ces discriminations ou les condamnant, la question étant plus complexe dans le cas où l'interdiction de telles discriminations serait une règle faisant consensus dans l'ordre public international. Inversement, l'arbitre peut, et doit peut-être, mais c'est alors une question d'éthique personnelle, sortir de cette neutralité pour, au contraire, tenir compte de la conception morale de l'œuvre de la justice. On mesure que dans un monde dans lequel l'ordre juridique international est en voie sinon de destruction du moins de discussion, la position de l'arbitre devient très complexe.

2. La mise en pratique

24. Admettons donc que les règles du droit de la concurrence intègrent une conception générale, à défaut d'être universelle, de l'ordre public international et que les arbitres désignés pour trancher le litige admettent qu'ils doivent mettre en œuvre ces règles. Une dernière difficulté demeure, celle de la mise en œuvre effective des pouvoirs de l'arbitre face à une question posée en termes de droit de la concurrence.

25. Cette question, *a priori* assez simple à régler pour un juge, est en pratique très complexe pour un arbitre. En effet, le droit de la concurrence, pris comme droit des pratiques anticoncurrentielles, est un droit par nature étatique, voire, dans le cas du droit européen de la concurrence, supra-étatique, de nature mixte, quasi-pénal ou quasi administratif : il s'agit de mettre en œuvre des mécanismes visant à prévenir ou sanctionner des comportements abusifs sur un « marché ». A l'inverse, l'arbitrage *commercial*, notamment international, est un mode

³⁰ E. Gaillard, arbitrage commercial international, Sentence arbitrale. – Droit applicable au fond du litige, *op. cit.*, n° 115. Contra : P. Mayer, La règle morale dans l'arbitrage international, in Études Bellet, Litec 1991, p. 379.

³¹ Par comparaison, un juge du fond doit rendre un jugement ou un arrêt « robuste », c'est-à-dire qui est une œuvre de justice et qui peut être conforme (efficace) ou contraire aux solutions rendues de la cour de cassation. Comp. D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, LexisNexis, 9^e éd., 2025.

juridictionnel de résolution des litiges *privé*, entièrement fondé sur la libre volonté des parties.

26. Un piège se referme alors sur l'arbitre : si la question est effectivement soulevée par les parties, il *doit* y répondre sauf à manquer, au moins à la mission qui lui est confiée (CPC, art. 1492, 3°, 1520, 3°). Si cependant, la question n'est pas soulevée, ou alors de manière « légère », en passant, à l'occasion d'un argument qui ressemble davantage à un argument d'opportunité qu'à une prétention, mais sans que la question soit débattue devant le tribunal arbitral, la question est encore plus redoutable : l'arbitre *doit* appliquer des règles, ici de droit de la concurrence, dont il subodore qu'elles sont sous-jacentes, *peut* le faire ou au contraire *peut* les ignorer puisqu'elles n'ont pas été débattues. On aura saisi que, dans une conception morale, l'arbitre doit, au minimum, interroger les parties sur une question de droit de la concurrence dont il estimerait qu'elle s'invite dans le débat.

27. Une première contrainte repose sur l'absence de pouvoirs effectifs de l'arbitre : il ne dispose d'aucun pouvoir d'enquête du type de ceux d'une autorité de concurrence, d'aucune faculté de demander un avis à une telle autorité, etc. D'ailleurs, d'un point de vue fonctionnel, l'arbitre est judiciairement totalement isolé dans la mesure où il n'est pas considéré comme une « juridiction » ou une « autorité nationale » de concurrence au sens du règlement européen n° 1/2003 établissant les règles européennes de procédure du droit de la concurrence. Par conséquent, pas plus que le juge civil, il ne peut prononcer des sanctions réservées aux autorités compétentes, prononcé d'amendes, d'injonctions, constat d'engagements, etc. En revanche, l'arbitre peut, comme le juge, traiter des conséquences civiles d'une pratique anticoncurrentielle et c'est d'ailleurs ce qui lui est demandé, prononcer la nullité d'une clause ou d'un contrat parce que contraire à une règle de droit de la concurrence ou accorder des dommages-intérêts pour réparer le préjudice concurrentiel subi. Peu importe ici d'ailleurs le fondement civil utilisé, illicéité du contrat ou de la clause, réparation du préjudice lié à une situation de violation de la loi, pour emprunter le vocabulaire du droit de la concurrence déloyale, il importe à l'arbitre d'établir le fait à l'origine de la demande : le caractère anticoncurrentiel de la clause, du contrat ou du comportement de l'une des parties.

28. Ne disposant d'aucune des facultés que possède un juge, c'est donc aux parties de s'organiser par l'appel à des experts, dans des conditions purement accusatoires, et, évidemment, très coûteuses, de manière à tenter de reproduire les débats qui auraient pu se tenir devant une autorité de concurrence par exemple, même si ce n'est évidemment pas le cas.

29. Enfin, dernière difficulté pratique : quel curseur « concurrentiel » doit utiliser l'arbitre ? N'étant pas contraint par les exigences qui pèsent sur les juges étatiques, et notamment n'étant pas contraint par l'impératif catégorique posé dans l'arrêt *EcoSwiss*, la conception de l'ordre public international comme intégrant la prohibition des pratiques anticoncurrentielles suppose toutefois que l'arbitre, assisté par les parties et les experts, entre dans le détail, parfois très technique, des logiques du droit de la concurrence. Or, de ce point de vue il n'y a pas de consensus international : le droit européen de la concurrence utilise une méthode originale, utilisant des règles générales dans le Traité sur le Fonction de l'Union Européenne (TFUE), mise en œuvre par une cohorte de règles subalternes impliquant des règlements d'exemption pour des catégories variées de contrats ou de pratiques, des lignes directrices et des décisions qui, outre qu'elles utilisent un vocabulaire parfois étrange pour un juriste, sont assez éloignées des méthodes utilisées par d'autres systèmes juridiques, le système américain par exemple. Par conséquent, l'œuvre de justice de l'arbitre doit-elle le conduire à examiner avec parcimonie si telle clause est conforme à telle guide de lecture de tel article de tel règlement d'exemption ou telle ensemble de décision de la CJUE, ou bien s'en tenir à une conception plus générale visant

à vérifier que tel contrat ou pratique contractuelle ne participe pas d'une entente ou d'un abus de position dominante ?

30. Une sentence arbitrale ne peut donc pas valider un cartel ou un abus de position dominante ; autre étant la question de la méthode utilisée par le juge de l'annulation pour valider ou invalider la sentence³². Bien plus complexe est la question des pouvoirs de l'arbitre face à des questions plus marginales, par exemple des questions reposant sur la validité d'une clause de non-concurrence au regard de l'article 5 du règlement n° 720/2022³³. La réponse dépend sans doute du degré d'implication des débats : plus les débats s'inscrivent dans cette technicité, plus l'arbitre s'est placé dans une forme d'entonnoir, vraisemblablement parce que la question de la délimitation exacte de la règle qu'il doit appliquer n'a pas été réalisée, ou au contraire parce que le droit choisi par les parties, incluant le droit européen de la concurrence, invite à la considération de cette technicité. Par exemple, pour entrer dans ces éléments techniques, dire, pour l'arbitre que telle situation contractuelle est, ou n'est pas, une pratique anticoncurrentielle ne participe pas de la même logique : dire qu'elle ne constitue pas une entente anticoncurrentielle, par exemple, suppose de considérer, par exemple les éléments du règlement n° 720/2022. Or, il n'est pas de la compétence de l'arbitre de prononcer une exemption, laquelle est réservée aux « juridictions nationales »³⁴ ; l'arbitre doit donc s'en tenir aux conséquences contractuelle (ou délictuelle) d'une telle exemption potentielle.

II. Arbitrage international, contrats de distribution et pratiques restrictives de concurrence

31. La saisie, dans un arbitrage international des questions posées en matière de « pratiques restrictives de concurrence », présente une portée plus limitée que la première, sauf à déborder, ce qui est hors du champ de ces questions, sur les problèmes posés devant le juge étatique, quand bien même il faudrait évoquer certaines de ces questions.

32. Ce que l'on désigne par pratiques restrictives de concurrence est une innovation légistique née de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ensuite codifiée dans le Livre IV du Code de commerce qui avait constitué le vrai coup d'envoi du droit français des pratiques anticoncurrentielles, et une reprise de tout une série de dispositions adoptée après la seconde guerre mondiale, constituant une forme moderne de « police des prix » ou de « police contractuelle » : ventes avec prime, revente à perte, prix de revente à prix imposés, discriminations contractuelles, etc., ensuite largement amendée, et récemment avec la série des ordonnances et lois dites, Egalim I, II, et III en 2019, 2021 et 2023.

33. Ces règles sont organisées en plusieurs ensembles, objectivement très difficiles à saisir³⁵, autour, pour résumer de questions relatives à la négociation commerciale, aux pratiques restrictives et plusieurs autres questions diverses.

Au-delà des modifications techniques de ces règles, dans lesquelles dominant les articles

³² Pour une attaque en règle, brillante et mordante, de la méthode suivie par les juges français : Ch. Jarroson, La jurisprudence Belokon-Sorelec, ou l'avènement d'un contrôle illimité des sentences, *Rev. arb.* 2022, p. 1251.

³³ Cf. D. Mainguy, « La nouvelle conception française de l'ordre public international en matière d'arbitrage international » : JCP E 2023, 1067.

³⁴ Contra : W. Abdelgawad, L'arbitre international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE, *Rev. arb.* 2004, p. 253 ; L. Idot, *Arbitration and the reform of regulation 17/62 ; Effective private enforcement of EC antitrust law*, Oxford Hunt Publishing 2003, spéc. p. 315.

³⁵ Cf. D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 4^{ème} éd. 2024, n° 165s.

L. 442-1 et suivants du Code de commerce où l'on trouve les fautes stigmatisées, dont la rupture brutale des relations commerciales établies (C. com., art. L. 442-1, II), le traitement de la « soumission » à un déséquilibre significatif (C. com., art. L. 442 -1, I, 2°) et ce que l'on désigne comme « l'action du ministre » qui permet surtout à l'Etat d'agir à la place des victimes de ces pratiques, obtenir des dommages et intérêts la répétition des sommes indument perçues et une amende civile, le « grand » changement de la loi Egalim III est l'article L. 444-1 A du Code de commerce.

34. A l'occasion des débats parlementaires, on découvrait que la vocation de ce texte était de réaliser une norme, d'ordre public, sans doute conçue comme une loi de police, et comme une règle à vocation extraterritoriale.

Las, n'est pas Bill Clinton qui veut et la rédaction d'une telle règle suppose un volontarisme offensif qui n'a pas résisté à la discussion parlementaire. Reste un texte, apparemment très vaillant, mais qui s'essouffle à première lecture :

« Les chapitres I^{er}, II et III du présent titre s'appliquent à toute convention entre un fournisseur et un acheteur portant sur des produits ou des services commercialisés sur le territoire français. Ces dispositions sont d'ordre public. Tout litige portant sur leur application relève de la compétence exclusive des tribunaux français, sous réserve du respect du droit de l'Union européenne et des traités internationaux ratifiés ou approuvés par la France et sans préjudice du recours à l'arbitrage ».

Le chapitre I concernent les règles de la négociations commerciales qui, pour les résumer, imposent des techniques de négociations, dans un délai encadré, sur la base des documents d'un fournisseur (conditions de vente, barème de prix et de réductions de prix, etc.) et dont le résultat doit être formalisés un contrat reprenant l'ensemble de ces conditions touchant au prix (réductions de prix, rémunération de contrats de services, délais de paiement, pénalités de retard, etc.), selon des catégories de négociations de produits ou de services, bref, un ensemble de règles très techniques, très sectorisées, qui imposent une connaissance fine du milieu dans lesquelles elles ont vocation à l'appliquer, c'est-à-dire, *a priori*, l'ensemble du spectre visé par le champ d'application très large et très peu précises de ces règles (les activités de production, de distribution et de services), et secteur en particulier, lui-même peu précis, celui de la « grande distribution ». Le chapitre II concerne les « pratiques restrictives de concurrence et le chapitre III, les « autres pratiques ».

Tous donc, dans un contexte international³⁶ seraient concernés par cet article L. 444-1 A dans deux logiques. La première est celle concernant la loi applicable aux « conventions » conclues entre un fournisseur et un acheteur portant sur des produits ou services « commercialisés » en France, ces règles étant d'« ordre public ». Or cette formule, dans l'ordre international, n'est pas aisée à saisir : ce sont des règles d'ordre public interne, ce qui apparaissent évident, des lois de police ou des règles qui intègrent la conception française de l'ordre public international ? La deuxième est celle concernant la compétence exclusive des tribunaux français, avec deux exceptions qui se sont imposées au législateur, l'existence de conventions internationales, dont le Règlement Bruxelles I *bis*, et le recours à l'arbitrage.

L'objectif est de « nationaliser » un contentieux abondant, sur fond de flou jurisprudentiel sur l'intensité des règles françaises, jurisprudence concentrée autour de la mise en œuvre des règles des articles L. 442-1 à L. 442-4 du Code de commerce, à savoir si elles constituent, ou non, des lois de police. Pour résumer très rapidement ici la question, l'article L. 442-1, I, 2° qui sanctionne les déséquilibres significatifs sont considérés comme des lois de police lorsque le

³⁶ Cf. D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *Droit de la concurrence*, *op. cit.* n° 254 s.

Ministre de l'Economie agit sur le fondement de l'article L. 442-4, mais cette règle, et les autres, ne le sont pas en dehors de cette hypothèse.

35. En ce qui concerne la portée de ces règles en matière d'arbitrage, le texte est de peu de portée.

En premier il est évident qu'une clause compromissoire doit être respectée. En revanche, lorsqu'une action est engagée par le Ministre de l'Economie, sur le fondement d'un contrat comportant une clause compromissoire, la Cour de cassation considère que le tribunal est en principe incompétent pour se prononcer dans cette situation³⁷ ce qui ne relève pas de l'évidence, y compris s'il s'agit de prononcer une « amende civile ». Le caractère d' « amende » et son attraction vers des matières relevant d'une compétence étatique exclusive a sans doute convaincu la Cour de cassation ; son caractère « civil » militerait cependant en faveur d'une compétence du tribunal arbitral, peu important que l'Etat se substitue à la victime, privée, signataire de la convention d'arbitrage.

Cette évidence, dans des contrats qui symbolisent le commerce, l'achat pour revendre, semble cependant parfois contestée : la clause compromissoire serait constitutive d'un déséquilibre significatif, et ce, sur la base d'un raisonnement en miroir. Le raisonnement prévalant en matière de contrats de consommation – la clause compromissoire y est présumée abusive (C. consom., art. R. 212-2, 10°) –, l'hypothèse de l'existence d'un déséquilibre significatif entre les parties susceptible de paralyser une clause compromissoire est testée³⁸ soit directement sur le fondement de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, voire de l'article 1171 du Code civil, soit indirectement sur celui du droit à l'accès au juge. L'affaire *Subway* bien que fondée sur une clause compromissoire particulièrement discutable a écarté ce dernier argument³⁹, confirmé dans l'arrêt *Monster Energie*⁴⁰. La Cour d'appel de Paris écarte cependant l'argument non sans une analyse fine et des précautions : « L'accès à la justice, en ce qu'il permet de garantir l'effectivité des droits, relève de l'ordre public international. Dès lors, une convention d'arbitrage qui ferait obstacle à cet accès, serait contraire à l'ordre public international et donc nulle. Cependant, si le droit d'accès à la justice implique qu'une personne ne puisse être privée de la faculté concrète de faire trancher ses prétentions par un juge, ce droit n'est pas inconditionnel. Des restrictions peuvent être apportées à l'exercice de ce droit, sous réserve de répondre à un but légitime et d'être proportionnées aux nécessités d'une bonne administration de la justice. Ainsi, une convention d'arbitrage, par laquelle les parties consentent à soumettre leur litige à un arbitre et qui emporte nécessairement renonciation à la justice étatique et, en France, à la gratuité du service public de la justice, ne saurait en elle-même porter atteinte à l'accès à la justice. Seules ses modalités doivent être examinées afin de vérifier qu'elles ne privent pas, dans leur mise en œuvre, une partie d'un accès à la justice et ne portent ainsi pas une atteinte effective au droit fondamental d'accès à la justice ». Par conséquent, le choix contractuel de l'arbitrage suppose, par hypothèse une restriction au droit d'accès au juge étatique, ce qui n'est possible que si ce choix « répond à un but légitime et est proportionné aux nécessités d'une bonne administration de la justice ». Cette restriction, par arbitrage, est donc légitime. De même est

³⁷ Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2016, n° 15-21.811 : *Procédures* 2016, comm. 331, obs. L. Weiller ; *Contrats, conc. consom.* 2016, comm. 214, obs. N. Mathey ; *AJC* 2016, p. 444, obs. M. Boucaron-Nardetto ; *D.* 2016, p. 1910, note J.-C. Roda ; *D.* 2016, p. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *D.* 2016, p. 2589, obs. T. Clay ; *RTD civ.* 2016, p. 837, obs. H. Barbier ; *RTD civ.* 2016, p. 921, obs. P. Théry ; *RTD com.* 2016, p. 695, obs. E. Loquin.

³⁸ Comp. M. de Fontmichel, L'équilibre contractuel des clauses relatives au litige, *JCP G* 2019 p. 583.

³⁹ Paris, 2 juin 2020, n° 17/18900, *Subway*, *D.* 2020, p. 2484, obs. Th. Clay, *D. actu.* 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques ; Paris, 11 sept. 2018, n° 16/19913, *D.* 2018, p. 2448, obs. Th. Clay ; *AJ contrat* 2018, p. 491, obs. J. Jourdan-Marques ; *RLDA* 2019, p. 35, obs. J. Clavel-Thoraval ; *CCC* 2018. Comm. 192, note N. Mathey.

⁴⁰ Paris, 19 oct. 2021, n° 18/01254, *JDI* 2022, p. 483, note P. Mayer.

légitime la restriction associée aux coûts de l'arbitrage, ce qui revient à poser la question de l'implication d'une partie impécunieuse. La jurisprudence récente valide cette position : l'impécuniosité d'une partie n'est pas une circonstance qui rendrait la convention d'arbitrage manifestement nulle ou manifestement inapplicable, de sorte que ce sont aux « acteurs de l'arbitrage » de permettre la mise en œuvre de l'arbitrage, mise en œuvre prise dans le sens de l'accès à ce mode arbitral, légitime, de justice⁴¹. Pour autant, le risque de déni de justice n'est pas neutre⁴². L'un des moyens identifiés est le recours au juge d'appui et le projet de Code de l'arbitrage propose une solution en sens de telle manière qu'il puisse prendre toute mesure utile, dans le cas où le centre d'arbitrage ou les parties n'auraient pas réglé la question, notamment par l'avance des frais d'arbitrage par l'une des parties : cette solution pourrait donc être imposée par le juge d'appui.

36. Par ailleurs, en matière d'arbitrage international, il semble désormais bien établi que, après l'arrêt *Expedia*⁴³, l'existence d'un déséquilibre significatif non sanctionné ne rend pas la sentence contraire à l'ordre public international, sauf lorsque l'action est conduite par le ministre de l'économie exerce une action de l'article L. 442-III C. com., avec quelques doutes cependant en jurisprudence⁴⁴ ou en doctrine⁴⁵. Dans une affaire *Aersud c. Airbus*⁴⁶, les parties avaient conclu un contrat d'agence impliquant un engagement de lutte contre la corruption, sanctionnée par une faculté de résiliation du contrat sans indemnité, clause que le représentant italien considérait, tardivement, comme créant un déséquilibre significatif, dont l'invocation justifierait l'annulation de la sentence sur le fondement du caractère de loi de police de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce. En premier, l'argument, présenté tardivement, entre dans le champ de l'article 1466 du Code de procédure civile lequel « ne vise pas les seules irrégularités procédurales mais tous les griefs qui constituent des cas d'ouverture du recours en annulation des sentences, à l'exception des moyens tirés de ce que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence violerait l'ordre public international de fond » et, s'agissant de la conformité de la sentence à l'ordre public international, la Cour s'en tient à la question de la preuve de l'invocation de l'ordre public entre les parties.

Le doute subsistait donc, jusqu'à l'arrêt *Søstrene* du 29 octobre 2024⁴⁷. Dans cette affaire, la société *Søstrene* avait conclu un contrat de master-franchise avec un distributeur français à l'enseigne *Søstrene Grene*, puis avait installé des succursales en France, et résilié le contrat de master franchise et les contrats de franchise d'application, contenant une clause compromissoire

⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 28 sept. 2022, *CSF*, n° 21-21.738, D. 2022, p. 2022, obs. N. Dissaux ; Procédures 2022.249, note L. Weiller ; D. actu. 28 oct. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Gaz. Pal. 8 nov. 2022, p. 1, obs. L. Larrivière ; D. 2022, p. 2207, obs. Th. Clay ; Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2023, *Lavau*, n° 22-19.859, Rev. arb. 2023, p. 1115, note M. de Fontmichel ; JCP 2023, 1254, § 2, obs. L. Jandard ; D. actu. 13 nov. 2023, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2023, 2278, obs. Th. Clay ; Paris 26 févr. 2013, *Lola Fleurs*, n° 12/12953, Rev. arb. 2013, p. 746, note F.-X. Train ; Paris Journ. intern. arb. 2013, p. 479, note A. Pinna ; D. 2013, p. 2936, obs. Th. Clay.

⁴² Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2017, n° 16-22.131, *Garoubé*, D. 2018.18 ; Paris Journ. intern. arb. 2017. 701, note H. Barbier, et 2018. 299, obs. M. de Fontmichel ; Procédures 2018. 50, note L. Weiller ; Rev. arb. 2018. 70, note V. Chantebout ; Gaz. Pal. 20 mars 2018, p. 21, obs. D. Bensaude ; JCP 2018. 8. Dans cette affaire, le déni de justice, admis en première instance, avait été rejeté en appel et devant la Cour de cassation.

⁴³ Cass. com., 8 juill. 2020, n° 17-31.536 : JurisData n° 2020-010066 ; JCP E 2020, 1375, note M. Behar-Touchais.

⁴⁴ Paris, 30 juin 2020, n° 19/09729, Axon, D. actu. 29 juill. 2020, obs. J. Jourdan-Marques.

⁴⁵ Cf., pro : H. Meur, note sur Cass. com. 8 juillet 2020, Gaz. Pal. 2020, n° 32, p.18, obs. H. Meur ; contra : S. Bollée, obs. in RDC mars 2021, p. 86 pour lequel la qualité de la norme ne peut dépendre subjectivement de l'auteur de l'action.

⁴⁶ Paris, 21 juin 2022, n° 21/00473, *Aersud/Airbus*, Dalloz actualité, 13 juill. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; Rev. arb. 2023. 469, note B. Rémy.

⁴⁷ Paris, 29 oct. 2024, n° 23/02368, *Søstrene*, Dalloz actu 20 déc. 2024, obs. J. Jourdan-Marquès, Ledito 2024, n° 11, p. 7, obs. H. Meur.

administré par le Danish Arbitration Center. La sentence danoise validant les résiliations était alors discutée en France au stade de l'appel de l'ordonnance d'exequatur de la sentence, notamment sur l'intensité normative de l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce appliqué à l'appréciation de clauses dites « *push* » qui seraient constitutives de ventes forcées aux franchisés et emportant un déséquilibre significatif, le texte étant présenté comme une loi de police. Pour la Cour toutefois, sur ce dernier point, « si les dispositions de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce constituent une loi de police interne, leur violation ne peut en tant que telle être considérée comme portant atteinte à la conception française de l'ordre public international, la cour relevant qu'en l'espèce, l'invocation de ces dispositions par les appelantes s'inscrit dans une logique de protection des intérêts privés ».

Une « loi de police interne », donc invocable en critique d'une sentence interne, mais pas d'une sentence internationale⁴⁸. Cette désignation est cependant problématique : il s'agirait d'une sorte de disposition de « super ordre public interne » dont la méconnaissance ou la violation dans une sentence interne justifierait assurément l'annulation mais évincerait peut-être aussi l'invocation d'une loi étrangère dans le débat, mais d'une disposition « d'infra ordre public international ». Pourquoi cela ? Parce que ce texte protège des « intérêts privés », justification assez efficace ici : le déséquilibre significatif ici, ou bien les dommages résultant d'une rupture brutale des relations commerciale établies sont essentiellement des intérêts privés, moins en tant qu'ils ne seraient pas des intérêts publics, mais parce que non susceptibles d'affecter des intérêts cruciaux français au sens du Règlement Rome I qui définit la notion de loi de police.

Il n'est pas impossible de considérer que la protection d'intérêts privés soit de nature à mettre en jeu de tels intérêts cruciaux, de même que tous les intérêts publics ne sont pas cruciaux pour le pays. Au demeurant, il n'est pas certain qu'une cohérence mathématique puisse être identifiée. Nous partageons le sentiment que ces règles ne constituent pas des lois de police en ce qu'elles seraient à ranger au sein des règles crucial pour l'organisation économique, sociale, politique du pays. Elles forment par ailleurs des doublons avec des règles de droit des contrats bien établies, dont nul n'imagine qu'elles puissent constituer des lois de police, installées dans le Code de commerce pour modifier leur champ d'application, stigmatiser quelques clauses, et assurer la fameuse « action du ministre ». Par ailleurs, l'action du ministre, effectivement, tant par son caractère « quasi-pénal » que par la nature de son auteur, peut difficilement se concevoir comme le contraignant à l'invoquer devant un juge étranger ou devant un arbitre : s'il faut donc considérer que la même règle est alors une loi de police, d'une part, qui ne relève pas de matière civile ou commerciale d'autre part, pour assurer son efficacité, alors, va pour cette qualification.

⁴⁸ V. déjà sur le débat concernant l'indemnité due aux agents commerciaux : Paris, 23 nov. 2021, n° 19/15670, Dalloz actualité, 21 janv. 2022, obs. J. Jourdan-Marques ; D. 2022. 915, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; ibid. 1773, obs. L. d'Avout, S. Bollée, E. Farnoux et A. Gridel ; JCP E 2022, 1234, note D. Mainguy ; JDI 2022, p. 483, note P. Mayer ; Gaz. Pal. 2022, p. 15, obs. L. Larrière.