

## Arbitrage et distribution internationale

Caroline ASFAR-CAZENAVE

Les évolutions technologiques modifient les espaces de distribution et contribuent à leur internationalisation. La distribution s'articule autour de nombreux contrats qui ont tous en commun d'organiser, par un intermédiaire, la distribution de produits et/ou de services d'une entreprise fournisseur. Ces contrats peuvent prendre des formes variées, concession, franchise, distribution agréée ou sélective, agence commerciale ou commission. Outre cette diversité, ces contrats ont un régime juridique complexe. Le droit de la distribution est un droit composite, caractérisé par la diversité de ses sources. C'est un droit peu homogène qui entre en concurrence avec d'autres droits, comme le droit de la concurrence, le droit de la consommation, le droit de la vente ou le droit commun des contrats.

Le caractère international du contrat de distribution est apprécié par rapport au critère économique plutôt que juridique<sup>1</sup>. Selon le critère économique est international le contrat qui met en cause les intérêts du commerce international, c'est-à-dire l'économie de plusieurs États<sup>2</sup>. Lorsqu'un fournisseur établi dans un pays passe un contrat avec un distributeur établi dans un autre pays ou lorsque le distributeur s'engage à s'approvisionner à l'étranger, le contrat est international car il opère un transfert de biens, de services ou de fonds au-delà des frontières<sup>3</sup>.

1. Selon le critère juridique est international le contrat qui présente des éléments d'extranéité, c'est-à-dire un élément étranger par rapport aux autres éléments de la situation, peu importe la nature de cet élément.
2. Cass. civ., 17 mai 1927, *Pélicissier du Besset*, connu sous le nom de doctrine *Matter*, DP 1928, I, p. 25, note H. CAPITANT Voir aussi Cass. civ., 19 février 1930 et 27 janvier 1931, *Mardelé et Dembricourt*, S. 1933, I, p. 41, note J.-P. NIBOYET et D. BUREAU Voir aussi Paris, 11 avril 2002, *Rev. arb.* 2002, 781 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 26 janvier 2011, *JCP E* 2011, jur. 1219, note C. ASFAR-CAZENAVE Voir dernièrement Paris, pôle 1, ch 1, 17 février 2015, n° 13/278. La qualification d'arbitrage international ne dépend pas de la volonté des parties mais résulte de la nature des relations économiques à l'origine du litige : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 mars 2007, pourvoi n° 04-10. 970 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 2013, pourvoi n° 12-25.266 ; *Rev. arb.* 2014, 383, note D. BUREAU.
3. En matière de distribution, le réseau peut être international sans pour autant que le contrat de distribution ne le soit lui-même. Sur la question, voir P. LETOURNEAU, *Concession, éléments communs, les rapports collectifs*, *JCl. Contrats-Distribution*, fasc. 1015, n° 66. L'internationalisation des réseaux de distribution peut ainsi passer par l'implantation d'une filiale locale qui conclut des contrats internes de distribution. Un contrat de franchise conclu entre un franchiseur et un franchisé français mais intégrant un réseau international de contrats de franchise est-il un contrat interne ou international de

Les conventions d'arbitrage sont des clauses qui sont couramment insérées dans les contrats internationaux relevant souvent d'une gestion optimisée du contentieux par les entreprises<sup>4</sup>. Parmi ces contrats, le contrat international de distribution – et plus spécialement le contrat d'agence, de franchise et de concession de vente – représente une part importante du nombre de litiges soumis à l'arbitrage, l'arbitrage étant la technique la plus appropriée de résolution des litiges entre un producteur et un distributeur de nationalité différente ou qui ont le siège de leurs activités dans des pays différents. Les contrats-modèles CCI de distribution internationale contiennent d'ailleurs en leur sein une convention d'arbitrage type renvoyant au règlement d'arbitrage CCI<sup>5</sup>.

S'il est parfois critiqué au sein des réseaux de distribution organisée<sup>6</sup>, l'arbitrage n'en présente pas moins des avantages. C'est une justice sur mesure, à l'organisation flexible<sup>7</sup> et qui n'est pas rendue au nom d'un État. L'arbitre est indépendant, impartial<sup>8</sup>, qualifié<sup>9</sup> et, il est tenu à la confidentialité<sup>10</sup>. Les recours exercés à l'encontre des sentences arbitrales sont limités<sup>11</sup> et la circulation et l'exécution des sentences arbitrales étrangères sont facilitées par la convention de New York du 10 juin 1958<sup>12</sup>.

---

distribution ? Sauf à admettre une conception extensive de l'internationalité, le contrat ne met pas en cause les intérêts du commerce international. En droit de la concurrence, le droit communautaire de la concurrence s'appliquerait car ce contrat met en jeu les intérêts du marché communautaire : en ce sens, J. BEGUIN et M. MENJUCQ, *Droit du commerce international*, Paris, LexisNexis, coll. « Traités », 2<sup>e</sup> éd., 2011, spéc. n° 820.

4. Voir rapport FIDAL et AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *Vers un management optimisé des litiges. Améliorer les résultats économiques et non économiques de l'entreprise par une gestion avisée des conflits*, 2009.
5. Voir les contrats-modèles CCI d'agence commerciale internationale, de concession commerciale et de franchise internationale.
6. Au regard de la dépendance économique du distributeur, au regard de l'asymétrie de l'information entre la tête du réseau et les membres dudit réseau tenus chacun par la confidentialité de la procédure et, enfin au regard du coût élevé de la procédure qui réduirait l'accès à la justice arbitrale de la partie faible. Une réponse à ces contraintes de coût pourrait cependant passer par des techniques de mutualisation, voir d'assurance du risque d'arbitrage permettant à la partie dépendante économiquement de financer son action. L'arbitrage peut être également financé par des tiers. Rappelons que la rapidité de la procédure (même s'il est vrai que les arbitrages sont de moins en moins rapides), l'absence de recours à l'encontre des sentences arbitrales et le savoir-faire des arbitres sont autant de critères qui ont une incidence favorable sur les autres coûts du procès, tels les honoraires d'avocats et les frais et diligences des services internes à l'entreprise qui suivent le procès. La confidentialité de la procédure préservera également la réputation de l'entreprise et limitera les préjudices commerciaux.
7. L'arbitrage est simple car les parties fixent elles-mêmes leur procédure sous réserve d'un petit nombre de règles d'ordre public tels que les principes fondamentaux de la procédure et, peuvent s'en remettre à un règlement préétabli d'une institution d'arbitrage.
8. En matière internationale, les arbitres écartent les risques de partialité pouvant résulter de la commune nationalité d'une partie et des juges de l'État dont l'une des juridictions serait compétente.
9. Les parties vont choisir leurs panels d'arbitres en fonction de la langue, des cultures juridiques de l'arbitre (arbitre de tradition civiliste ou de *common law*) et de ses compétences.
10. Le secret des affaires est préservé ce qui est très important pour la réputation des entreprises. En pratique, la confidentialité est parfois négligée par les parties d'où l'intérêt de prévoir des clauses spécifiques de confidentialité.
11. Le CPC ferme la voie de l'appel en matière internationale.
12. Pour les jugements, il existe des règlements européens pour la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers mais à un niveau régional et non universel. Cette carence joue donc en faveur de l'arbitrage en matière internationale.

L'arbitrabilité d'un litige, à savoir sa faculté d'être résolu par la voie de l'arbitrage<sup>13</sup>, est une condition essentielle de la validité d'une convention d'arbitrage et de la compétence des arbitres pour connaître du litige qui leur est soumis. L'arbitrabilité des litiges est une question à double face pouvant donner lieu à des difficultés à deux stades différents de la procédure. Elle peut être une condition de validité de la sentence arbitrale : la sentence qui trancherait un litige qui n'est pas arbitrable pourrait se voir annuler dans le pays où elle a été rendue ou rejetée lorsque la partie qui a obtenu gain de cause en demande l'*exequatur*. C'est ce qui résulte, par exemple, de l'article 5 de la convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Mais elle peut être aussi une condition de validité de la convention d'arbitrage. L'arbitrabilité est alors examinée à un stade antérieur au prononcé de la sentence.

La question de l'arbitrabilité des contrats internationaux de distribution se pose dans la mesure où ces contrats entretiennent des liens particuliers avec des matières porteuses de normes d'ordre public. Autre encore est la question du droit applicable au fond du litige par l'arbitre. L'arbitre qui n'est le gardien d'aucun ordre juridique peut-il s'affranchir de la mission que les parties lui ont confiée et, qui consiste à trancher le litige conformément à la loi qu'elles ont choisi ?

## **I. Les conditions du choix du mode de résolution arbitral des litiges internationaux de distribution**

Le recours à l'arbitrage relève de la liberté contractuelle, et choisi, il devient une obligation pour chacune des parties. Cependant, pour produire ses effets, la convention d'arbitrage doit être valable, c'est-à-dire qu'elle doit être exempte de vices mais doit également porter sur une matière qui est susceptible d'être soumise à la compétence des arbitres<sup>14</sup>. Il existe en France, mais aussi à l'étranger, une tendance très forte pour élargir le champ de l'arbitrabilité générale des conflits et, partant affirmer la compétence des arbitres.

### **A. L'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats internationaux de distribution**

Revêtant un caractère économique, les contrats de distribution ont vocation à être soumis à l'arbitrage. Cependant la question de leur arbitrabilité se pose dans la mesure où le droit de la distribution met en jeu des matières qui intéressent l'ordre public, tel le droit de la concurrence notamment.

13. J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999, p. 25, n° 35.

14. Certains droits comme le droit belge limite le recours à l'arbitrage par le choix du droit applicable dans la mesure où la convention d'arbitrage n'est valable que si le contrat prévoit l'application au fond du litige du droit belge. Ainsi, selon la jurisprudence belge, les litiges relatifs à la résiliation des concessions de ventes ne sont arbitrables que si les arbitres sont tenus d'y appliquer le droit belge. Cette solution unique en Europe permet au concessionnaire belge de bénéficier des dispositions spécifiques de la loi du 27 juillet 1961 qui ne disparaissent donc pas par l'application d'un droit étranger. Sur la question, P. HOLLANDER, « L'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de distribution commerciale en droit belge », in *L'arbitrage et la distribution commerciale*, actes du colloque du CEPANI du 17 novembre 2005, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 25 et suiv.

Qu'il s'agisse de pratiques anticoncurrentielles ou de pratiques restrictives de concurrence, le droit de la concurrence est vecteur de normes d'ordre public et de lois de police économiques de source interne et communautaire, protégeant le libre jeu de la concurrence et la loyauté du marché. Dans ces conditions, pouvait-on laisser aux arbitres le pouvoir d'appliquer des règles relevant d'un ordre public économique et mettant en jeu les intérêts du marché et dans une certaine mesure de l'État ? L'article 2060 du Code civil pose comme principe de départ que les « matières qui intéressent l'ordre public » ne sont pas arbitrables. La jurisprudence française n'a eu pourtant de cesse de contenir cette limite en réduisant à presque rien la portée de ce texte en matière internationale, jugeant avec constance que le litige n'est pas inarbitrable « du seul fait qu'une réglementation d'ordre public soit applicable au rapport de droit litigieux<sup>15</sup> ». Il est donc maintenant bien acquis que l'inarbitrabilité d'un litige ne résulte pas du caractère d'ordre public de la matière litigieuse.

L'arbitrabilité des litiges mettant en jeu le droit communautaire de la concurrence a été reconnue par l'arrêt *Labinal*<sup>16</sup>. Comme aux États Unis<sup>17</sup>, ou en Europe avec l'arrêt *Eco Swiss*<sup>18</sup>, d'une situation de défiance à l'égard de l'arbitrage, on est passé à une situation d'arbitrabilité du droit de la concurrence, la solution valant tant pour le droit national que pour le droit européen de la concurrence. Le droit des pratiques restrictives est indistinctement concerné, l'arbitrabilité du droit de la concurrence ayant été entendue de la manière la plus large qui soit. La Cour de cassation admet ainsi clairement que le contentieux né de la rupture brutale d'une relation commerciale établie peut être soumis à l'arbitrage, malgré la compétence exclusive reconnue à certaines juridictions étatiques<sup>19</sup> et, l'existence d'une action

15. Voir Paris, 29 mars 1991, *Ganz*, *Rev. arb.* 1991.478, note L. IDOT. Voir aussi Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Monster Cable*, *Bull. civ. I*, n° 233 ; *JCP* 2008. II. 10187, note L. D'AVOUT ; *D.* 2009, chron., 684 ; *Rev. crit. DIP.* 2009, 69, chron. D. BUREAU et H. MUIR WATT. La validité de la convention d'arbitrage insérée dans un contrat international d'agence commerciale est donc acquise en dépit du régime protecteur assuré à l'agent par les articles L. 134-1 et suiv. du Code de commerce. Le noyau dur de l'inarbitrabilité reste encore aujourd'hui le droit pénal et l'état des personnes. Sur l'extension croissante du champ de l'arbitrabilité, voir L. RAVILLON, « Que reste-t-il du concept d'inarbitrabilité », in *Ordre public et l'arbitrage*, actes du colloque de Dijon des 15 et 16 mars 2013, Paris, LexisNexis, 2014, pp. 57 et suiv.

16. Cf. Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, *Rev. arb.* 1993.645, note C. JARROSSON ; *JDI* 1993.957, note L. IDOT, où la Cour retient que « les arbitres peuvent 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 » ; « en matière internationale, l'arbitre apprécie 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 les règles qui en relèvent, ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation ».

17. Voir *Mitsubishi contre Soler*, 2 juillet 1985, *Rev. arb.* 1986.273, où la Cour suprême des États-Unis retient l'arbitrabilité des litiges de droit *antitrust*. Voir ROBERT, « Une date dans l'extension de l'arbitrage international : l'arrêt *Mitsubishi* contre *Soler* », *Rev. arb.* 1986.173.

18. Voir CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, *Eco Swiss*, *Rev. arb.* 1999.631, note L. IDOT ; S. POILLOT-PERUZZETTO, « L'ordre public international en droit communautaire. À propos de l'arrêt *Eco Swiss* », *JDI* 2000.299. Sur cette décision, voir A. MOURRE, « Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt *Eco Swiss* de la Cour de justice des communautés européennes », *Cahiers de l'arbitrage, Recueil*, vol. 1, 2000/2001, p. 77.

19. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2010, *Doga*, n° 09-67.013, *Dalloz actualité*, 20 juillet 2010, obs. X. DELPECH ; *D.* 2010.2884, note M. AUDIT et O. CUPERLIER ; *Rev. crit. DIP.* 2010.743, note D. BUREAU et

réservée au ministre de l'Économie au nom de son pouvoir de police de marché<sup>20</sup>. La solution est à rapprocher de celle adoptée en matière de brevet d'invention où aux termes de l'article L. 615-17 du Code de la propriété intellectuelle, la compétence exclusive reconnue à certaines juridictions n'exclut pas le recours à l'arbitrage. On tend donc ainsi vers un principe général d'arbitrabilité des contentieux relevant d'une compétence exclusive.

Pour autant, le droit français de la concurrence pose des limites à la compétence arbitrale qui ont la nature de lois de police. Si, comme le juge étatique, l'arbitre peut octroyer une exemption individuelle au titre de l'article 101 § 3 du TFUE, ou tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé anticoncurrentiel (en l'occurrence l'annulation des contrats illicites et/ou l'attribution de dommages et intérêts), il ne peut prononcer, à l'encontre des entreprises, des injonctions ou des amendes en raison de la compétence exclusive reconnue aux autorités spécialisées sur ce point (la Commission européenne pour le droit européen de la concurrence). Il s'agit de sanctions de type administratif qui ne sauraient être mises en œuvre par l'arbitre ni par le juge étatique d'ailleurs<sup>21</sup>.

Aussi, s'agissant des pratiques restrictives, la Cour de cassation a récemment pu affirmer, à propos d'un contrat de distribution illicite contenant une clause compromissoire, que l'action reconnue au ministre de l'Économie par l'article L. 442-6 du Code de commerce est une action autonome destinée à protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence dont la connaissance doit être réservée aux juridictions étatiques<sup>22</sup>. Un tribunal arbitral ne peut donc connaître d'une action

- 
- H. MUIR WATT; *RTD com.* 2011.667, obs. P. DELEBECQUE; *ibid.*, 2012.525, obs. E. LOQUIN; *Rev. arb.* 2010.513, note R. DUPEYRE. Dans cette espèce, l'inarbitrabilité du litige était invoquée par le distributeur français pour contester la compétence des arbitres pour connaître de l'action en responsabilité fondée sur l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce. La Cour a plus précisément jugé qu'une cour d'appel avait pu donner effet à une clause compromissoire visant tout litige ou différend né du contrat ou en relation avec celui-ci, dès lors que la demande de la société 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 la société, 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. Voir aussi en ce sens, mais en matière de contrat interne de distribution, Paris, 1<sup>er</sup> juillet 2014, *Contrats, conc., consom.*, n° 10, octobre 2014, note N. MATHEY, confirmé par Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 octobre 2015, pourvoi n° 14-25.080, *Daloz actualité*, 6 nov. 2015, obs. X. DELPECH; *D.* 2015.2537, note N. DISSAUX.
20. Voir Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 octobre 2015, pourvoi n° 14-25.080, *op.cit.*, où la Cour de cassation juge 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, 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. La validité d'une clause attributive de juridiction contenue dans un contrat rompu brutalement est retenue sur le même fondement : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Procédures* 2008, n° 331, obs. C. NOURISSAT.
21. Voir CA Paris, 14 octobre 1993, *Aplix*, *Rev. arb.* 1994.164, note C. JARROSSON, où la Cour considère que la compétence exclusive reconnue dans certains cas aux autorités communautaires s'oppose à la compétence arbitrale sur ces points.
22. Voir Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 2016, n° 15-21.811, *JCP G* 2016.2168, note G. VIRASSAMY; *D.* 2016.1910, note C. RODA. En l'espèce, le ministre de l'Économie a assigné la société Apple distribution

introduite par le ministre<sup>23</sup>. C'est la distinction classique connue en droit *antitrust*, que l'on retrouve dans cette branche du droit de la concurrence, entre les litiges privés entre fournisseurs et distributeurs où le recours à l'arbitrage est possible et, la défense du marché où le ministre met en œuvre une action publique aux fins de protection du marché qui ne peut être portée que devant les juridictions étatiques<sup>24</sup>.

L'arbitrage a fait également une percée dans un autre domaine avec lequel le droit de la concurrence entretient des rapports particuliers, celui des actions collectives ou *class actions*. L'arbitrabilité des class actions a été reconnue par une résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur le livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante<sup>25</sup> qui se prononce en faveur de la mise en place de mécanismes de recours collectifs ouverts aux consommateurs et aux entreprises. L'arbitrage collectif ou de groupe permettrait à plusieurs demandeurs de s'assembler devant un tribunal arbitral contre un même défendeur pour obtenir réparation d'un préjudice commun fondé sur la violation du droit de la concurrence<sup>26</sup>. Cette procédure, qui connaît une croissance remarquable aux États Unis sous l'impulsion de la jurisprudence de certains États et de règlements d'arbitrage<sup>27</sup>, pourrait se justifier en France depuis l'introduction par la loi Hamon de l'action de groupe<sup>28</sup>.

---

international et la société Apple France (les sociétés Apple) devant la justice consulaire sur le fondement de l'article L. 442-6, III, du Code de commerce pour faire prononcer la nullité de certaines clauses du contrat de distribution conclu entre la société Apple distribution international et la société Orange. Les sociétés Apple ont soulevé l'incompétence de la juridiction étatique sur le fondement de la clause compromissoire stipulée au contrat de distribution. Dans cette espèce, la Cour a plus précisément admis, à propos de la compétence des arbitres, que la convention d'arbitrage était manifestement inapplicable en cas d'action introduite par le ministre.

23. Pas plus qu'il ne peut prononcer de sanctions administratives dans le cadre de la loi Hamon qui relève de la compétence exclusive de la DGCCRF : voir titre VI bis du livre IV du Code de commerce.
24. Ces deux actions distinctes ne sont pas sans poser des difficultés concernant l'articulation des procédures. Sur la question, voir note C. RODA, sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 2016, précité.
25. *JOUE*, 6 mai 2010, C-117 E/161.
26. Sur la question, voir M. de FONTMICHÉL, « Arbitrage et actions de groupe. Les leçons nord-américaines », *Rev. arb.* 2008.641.
27. Par exemple, l'American Arbitration Association a mis sur pied un règlement de procédure d'arbitrage collective, le « *Supplementary Rules on Class Arbitration* ».
28. L'article L. 423-25 du Code de la consommation qui introduit l'action de groupe n'est pas incompatible avec une convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage est autorisée dans les contrats internationaux de consommation : en ce sens, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 mai 1997, *Meglio c. sté Jaguar*, *Bull. civ. I*, n° 159; *Rev. arb.* 1997.537, E. GAILLARD; *JDI*, 1998.969, note S. POILLOT-PERUZZETTO. En l'espèce, les juges n'ont pas estimé la clause compromissoire manifestement nulle ou inopposable au consommateur. Voir aussi Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, *Dame Rado c. sté Painvevewebber et autres*, *Bull. civ. I*, n° 97, *Rev. arb.* 2005.115, note X. BOUCOBZA; *D.*, 2005.3053, obs. T. CLAY; *RTD com.* 2004.447, obs. E. LOQUIN; *D.* 20.2459, note I. NAJJAR; *JCP G I*, 134, p. 779, obs. C. SERAGLINI. Dans ces arrêts, la Cour de cassation a reconnu l'arbitrabilité des litiges internationaux de consommation retenant l'inapplicabilité de l'article 2061 du Code civil dans l'arbitrage international en vertu d'une règle matérielle du droit français de l'arbitrage international consacrant l'autonomie de la clause compromissoire par rapport à toute loi étatique (voir arrêts *Hecht*, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 juillet 1972, *Rev. arb.* 1974, p. 89; *Dalico*, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 décembre 1993, *JDI* 1994.432, note E. GAILLARD; *Rev. crit. DIP* 1994.663, note P. MAYER et Zanzi, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 janvier 1999, *Rev. arb.* 1999.260, note P. FOUCHARD; *Rev. crit. DIP* 1999. 546, note D. BUREA; *RTD com.* 1999. 380, note E. LOQUIN). La solution n'est pas choquante puisque l'arbitre a le pouvoir d'appliquer des règles impératives

L'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats internationaux de distribution est une condition essentielle de la validité de la convention d'arbitrage et, partant de la compétence des arbitres. Mais qu'en est-il lorsqu'il existe un doute sur l'applicabilité ou la validité de la clause attribuant compétence aux arbitres ? Peut-on saisir le juge étatique ou faut-il néanmoins saisir les arbitres pour les inviter à trancher la question de leur propre compétence ?

### **B. Le principe de compétence-compétence ou l'effet positif de la convention d'arbitrage**

La mission juridictionnelle qui est reconnue à l'arbitre conduit à lui reconnaître le pouvoir d'apprécier la validité ou les limites de sa compétence sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation ou de l'*exequatur*<sup>29</sup>. Le principe de compétence-compétence, quasi universellement admis en droit international<sup>30</sup>, permet à l'arbitre de poursuivre sa mission et de se prononcer prioritairement sur les exceptions d'incompétence soulevées devant lui. C'est ce qu'on appelle l'effet positif de la convention d'arbitrage.

Le principe développe également un effet négatif qui s'adresse non plus aux arbitres mais aux juridictions étatiques saisies d'un litige relevant d'une convention d'arbitrage. Au titre de l'article 1148 CPC, le juge étatique, saisi au mépris de la

---

et, de sanctionner leur violation sous le contrôle du juge étatique. C'est davantage la question du droit d'accès à la justice, droit fondamental, qui suscite des inquiétudes, la convention d'arbitrage rendant beaucoup plus difficile l'accès du consommateur à la justice compte tenu de l'éloignement géographique du tribunal, de la langue de l'arbitrage, du coût de la procédure ou de ses spécificités le dissuadant d'agir individuellement. Sur la question, Voir C. SERAGLINI, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », in MOURRE A. (dir.), *Les Cahiers de l'arbitrage*, volume IV, Paris, Pedone, 2008, p. 54 ; F. VALENCIA, « Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 2007.45. Certains auteurs proposent de ne pas appliquer le principe de compétence-compétence en présence d'une partie faible, à l'instar de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation (voir Cass. soc., 30 novembre 2011, *Rev. arb.* 2012.333, 1<sup>re</sup> esp., note BOUCARON-NARDETTO) : en ce sens, voir J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2016, précité, spéc. n° 374. Le juge prud'homal saisi d'une action au fond, en violation d'une convention d'arbitrage, peut donc opérer un contrôle plein de la compétence arbitrale sans avoir à renvoyer la contestation aux arbitres. Une autre solution serait d'aligner la jurisprudence en droit de la consommation sur celles rendues en matière de contrat de travail, c'est-à-dire rendre la clause compromissoire inopposable au consommateur (voir Cass. soc., 28 juin 2005, D. 2005.3052, obs. T. CLAY) : en ce sens, C. SERAGLINI, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », art. cité ; J.-B. RACINE, « Arbitrabilité et lois de police », *Revue brésilienne de l'arbitrage*, n° 23, juill-sept. 2009, p. 79. Le nouvel article 2061 du Code civil, issu de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, a étendu cette solution en matière interne à tous les non-professionnels en ne déclarant plus nulle mais inopposable la clause compromissoire à celui qui ne contracte pas à des fins professionnelles. Cette nouvelle rédaction n'aura cependant pas d'effet sur l'arbitrabilité des litiges des contrats internationaux de consommation dans la mesure où le texte ne s'applique qu'à l'arbitrage interne et non à l'arbitrage international.

29. Voir art. 1520-1 CPC selon lequel le recours en annulation est ouvert si « le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ».

30. Voir art. V. 3 de la convention européenne de Genève du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international. Voir également art. 41.1 de la convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Voir aussi art. 16.1 de la Loi type CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

clause d'arbitrage, doit renvoyer les parties à l'arbitrage de façon à mettre les arbitres en mesure de se prononcer les premiers sur les contestations relatives à leur compétence, à moins qu'il ne constate, si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, que la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable<sup>31</sup>.

Lorsque le tribunal arbitral n'est pas encore saisi<sup>32</sup>, le demandeur peut directement saisir le juge étatique lorsqu'il apparaît *prima facie* que la clause compromissoire est manifestement nulle ou inapplicable<sup>33</sup>. Cette limite aux pouvoirs des arbitres donne lieu à un contentieux abondant dans les contrats de distribution. Affichant sa volonté d'assurer l'efficacité maximale de la convention d'arbitrage, la Cour de cassation a une vision particulièrement restrictive de ces critères ne les retenant que dans des cas évidents ou criants n'appelant aucune interprétation de la part du juge étatique<sup>34</sup>. La jurisprudence rejette ainsi classiquement les demandes tirées d'une nullité manifeste de la convention d'arbitrage car en matière internationale, la convention d'arbitrage bénéficie d'un principe de validité en vertu duquel la convention d'arbitrage est indépendante du contrat principal qui la contient<sup>35</sup> et de toute loi étatique<sup>36</sup>. Seule une inarbitrabilité *per se* du litige pourrait caractériser un cas de nullité manifeste (exemple l'état des personnes)<sup>37</sup>.

- 
31. Le texte qui ne vise que l'incompétence du juge saisi au principal ne s'applique pas au juge étatique saisi au titre de sa juridiction provisoire. Les parties peuvent le saisir pour obtenir le prononcé de mesures d'urgence : voir art. 1449 CPC. Après la saisine du tribunal arbitral, le juge étatique n'a plus qu'une compétence subsidiaire, priorité devant être donnée à l'arbitre pour le prononcé des mesures provisoires ou conservatoires, sous réserve des mesures de saisies ou de sûretés judiciaires ou d'obtention d'un élément de preuve par un tiers.
32. Il résulte de la combinaison des articles 1456 et 1461 CPC que, sauf dispositions contraires des parties, le tribunal arbitral est saisi du litige à compter de sa constitution, c'est-à-dire à compter de la date à laquelle le ou les arbitres ont accepté leur mission.
33. Il s'agit d'une exception d'incompétence qui doit être soulevée *in limine litis*. Les parties peuvent renoncer d'un commun accord à la compétence arbitrale. La renonciation peut être déduite du refus du défendeur de soulever l'incompétence de la juridiction étatique.
34. Cette jurisprudence trouve son fondement dans les principes de compétence-compétence et de validité de la convention d'arbitrage. Sur la question de nullité ou d'inapplicabilité manifeste, Voir O. CACHARD, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », *Rev. arb.* 2006.893. Pour examiner cette exception, le juge étatique saisi en violation de la clause compromissoire ne doit en aucun cas trancher une question de fond : en ce sens, voir Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 février 2014, *JCP E* 2014.1212, note C. ASFAR-CAZENAVE, rendu en matière de contrat international de distribution.
35. La jurisprudence juge de manière constante que, sauf volonté contraire des parties, la convention d'arbitrage n'est pas affectée par les vicissitudes du contrat principal qui la contient, c'est-à-dire qu'elle n'est pas concernée par son inexistence ou par sa nullité, par sa caducité, sa résolution ou sa résiliation : voir, en ce sens, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 octobre 2005, *Omenex*, *Rev. arb.* 2006.103, note J.-B. RACINE, où la Cour juge « qu'en application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affecte ». Voir aussi Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 2006, pourvoi n° 03-11.768, *Bull. civ. I*, n° 367. La règle a été entérinée à l'article 1447 CPC.
36. La clause échappe à la prohibition de principe qu'une règle étatique interne poserait à son égard. L'article 2061 du Code civil n'est ainsi pas applicable en matière internationale. Sur la question voir nos développements *supra*. Sur le principe de l'indépendance juridique de la convention d'arbitrage, voir P. LEBOULANGER, « Le principe de validité de la clause compromissoire » in *L'arbitrage détaché des lois étatiques*, actes du colloque du Mans, 15 décembre 2011, Paris, Éditions l'Épilogue/Lextenso, 2012, p. 21 et suiv.
37. Rappelons que l'inarbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait que le contrat mette en jeu l'ordre public. Voir nos développements *supra*.



C'est la notion d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage qui est le plus souvent invoquée en pratique. L'inapplicabilité signifie l'impossibilité d'appliquer la convention d'arbitrage au litige<sup>38</sup>. L'inapplicabilité d'une clause d'arbitrage peut tout d'abord résulter de son caractère pathologique<sup>39</sup>. La situation peut être pathologique lorsque les parties stipulent simultanément une convention d'arbitrage et une clause attributive de juridiction<sup>40</sup>. Les parties peuvent organiser des modes concurrents de règlement de leur litige, insérant, par exemple, une convention d'arbitrage dans le contrat-cadre et une clause attributive de compétence dans les contrats d'application. Comment résoudre le conflit entre ces clauses ? Tout dépend en réalité de la structure de l'ensemble contractuel, de la rédaction de la clause et de l'interprétation donnée par l'arbitre ou le juge à la volonté des parties<sup>41</sup>.

L'inapplicabilité peut ensuite tenir aux cas dans lesquels le litige n'entre pas dans le champ d'application de la convention d'arbitrage (inapplicabilité *ratione materiae*). Les parties peuvent ne pas soumettre l'intégralité mais une partie seulement de leur différend à l'arbitrage, ou exclure de l'objet de la convention d'arbitrage les différends d'ordre extracontractuel. En cas de doute sur la portée de la clause, les juges ou les arbitres ont tendance à interpréter largement le champ d'application de la convention d'arbitrage pour lui donner effet. C'est ainsi que la jurisprudence rejette régulièrement l'exception d'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage opposée par le distributeur éconduit, tirée de la nature délictuelle de l'action en responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale fondée sur l'article L. 442-6, I, 5<sup>o</sup> du Code de commerce, considérant que cette action, bien que de nature délictuelle<sup>42</sup>, n'est pas totalement indépendante du contrat de

38. J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., spéc. n<sup>o</sup> 369.

39. Le caractère pathologique d'un grand nombre de clauses tient à l'emploi d'une dénomination erronée de l'institution arbitrale dans le contrat. Les clauses pathologiques sont habituellement sauvées par la jurisprudence qui entend donner à la convention la plus grande efficacité en vertu du principe de l'effet utile selon lequel lorsque les parties insèrent une clause d'arbitrage dans leur contrat, on doit présumer que leur intention a été d'établir un mécanisme efficace pour le règlement des litiges visés par la clause compromissoire : en ce sens, voir CA Paris, 7 février 2002, *Rev. arb.* 2002.413, note P. FOUCHARD.

40. Sur la question du conflit de clauses, Voir L. PERREAU-SAUSSINE, « Le conflit entre clause compromissoire et clause attributive de juridiction », in *Les relations privées internationales. Mélanges en l'honneur de B. Audit*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2014, p. 611. Voir également J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, op. cit., spéc. n<sup>o</sup> 277.

41. Il a été ainsi jugé dans un ensemble contractuel que la clause compromissoire insérée dans le contrat-cadre devait l'emporter sur la clause attributive de compétence insérée dans les contrats d'application (des contrats de location-gérance) au motif que la portée de la convention d'arbitrage est beaucoup plus large que celle d'une clause attributive de juridiction en ce qu'elle a pour effet de donner compétence aux arbitres alors que la clause attributive de compétence ne fait que désigner la juridiction territorialement compétente pour trancher le litige : voir CA Paris, 29 novembre 1991, *Rev. arb.* 1993.617, note L. AYNES ; voir aussi Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 janvier 2014, *Rev. arb.* 2015.271. Inversement, dans d'autres situations, la jurisprudence a retenu qu'il fallait mettre en œuvre séparément les deux clauses, l'une ne privant pas d'effet l'autre : voir Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 juillet 2006, *Rev. arb.* 2006.959, note F.-X. TRAIN. Dans une sentence CCI, n<sup>o</sup> 4392 de 1983, l'arbitre a refusé d'étendre la convention d'arbitrage insérée dans le contrat principal à un contrat accessoire contenant une clause attributive de compétence : *JDI* 1983.907, obs. Y. DERAIS.

42. Cette qualification est régulièrement retenue par la Cour de cassation notamment lorsqu'il est question de déterminer, dans les contrats internationaux, la loi applicable à l'action en indemnisation du

distribution et, qu'elle entre dans le champ des actions nées de ce contrat soumises à arbitrage<sup>43</sup>. Les juges ont tendance à considérer que dès lors que les parties sont d'accord pour soumettre leur litige à l'arbitrage, elles ont la volonté implicite de soumettre à l'arbitre tout litige résultant de ce contrat, y compris les questions de responsabilité délictuelle, même si la rédaction de la clause peut laisser penser qu'elle est limitée à certaines questions seulement<sup>44</sup>. La même solution a été retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt *Monster Cable*, à propos d'une clause attributive de juridiction qui stipulait qu'elle s'appliquait à tous les litiges résultant du contrat. Si les parties veulent limiter la portée de leur convention d'arbitrage, elles doivent manifester une volonté claire en ce sens. Dans le même esprit, la Cour de cassation a déjà admis que l'action en réparation née du manquement à l'obligation précontractuelle d'information du fournisseur fondée sur l'article L. 330-3 du Code de commerce (ex-article 1<sup>er</sup> de la loi Doubin) relève de la compétence de l'arbitre, en application du principe de compétence-compétence<sup>45</sup>.

La convention d'arbitrage peut enfin être considérée comme manifestement inapplicable lorsqu'elle est opposée à des parties non signataires (inapplicabilité *ratione personae*). Par exemple, l'une des parties à l'instance se voit opposer la clause compromissoire insérée dans un contrat de franchise internationale qu'elle n'a pas signé ou bien encore, le fournisseur transmet le contrat à un tiers (cas des fusions absorptions de sociétés et de subrogation contractuelle). Dans ces situations, rares sont les cas où la jurisprudence retient l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage, la circulation de la clause, sa transmission<sup>46</sup> ou son extension à des tiers non signataires étant largement reconnue<sup>47</sup>. La pratique arbitrale révèle elle aussi

---

distributeur évincé : Cass. com. 25 mars 2014, n° 12-29.534, *Rev. crit. DIP* 2014.823, note O. BOSKOVIC ; *RTD civ.* 2014.656, note H. BARBIER. Sur la question, voir C. REYMOND, « Conflit de lois en matière de responsabilité délictuelle devant l'arbitre international », *Trav. Com. fr. DIP* 1988-1989, p. 100.

43. Voir Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2010, n° 09-67.013, précité. Voir également Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 octobre 2015, n° 14-25.080, *Dalloz actualité*, 6 novembre 2015, obs. X. DELPECH ; *D.* 2015.2537, note N. DISSAUX ; *ibid.* 2526, obs. Centre de droit de la concurrence Yves SERRA ; *D.* 2015. 2537, obs. T. CLAY. Voir aussi Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 février 2016, n° 14-26.964, *Dalloz actualité*, 15 mars 2016, obs. X. DELPECH. En ce sens, voir aussi sentence CCI n° 10988 de 2003, *JDI* 2006.1408, obs. D. B.

44. Cette jurisprudence est conforme à l'article 1442 al. 2 CPC qui dispose que « la clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats ».

45. Voir Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 juillet 2006, *Bull. civ.* I, n° 338 ; *D.* 2006. IR, 1985, obs. X. DELPECH et Pan. 3029, obs. T. CLAY ; *RTD com.* 2006.765, obs. E. LOQUIN. De même, la Cour de cassation a retenu que n'est pas manifestement inapplicable à une demande fondée sur la concurrence déloyale la convention d'arbitrage qui mentionne les « difficultés survenant dans l'exécution ou l'interprétation des conventions ou par suite de leur résiliation » : voir Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 novembre 2005, *Rev. arb.* 2006.925, 3<sup>e</sup> esp., note D. BENSUADE. Voir aussi en ce sens Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 novembre 2013, *Rev. arb.* 2013.1084, à propos d'un litige relatif à la responsabilité délictuelle.

46. Cf. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 2001, *Peavey Company c. Organisme général des fourrages et autres*, *Bull. civ.* I, n° 22 ; *Rev. arb.* 2001.765, note D. COHEN ; *D.* 2001.1135, obs. P. DELEBECQUE ; *RTD com.* 2001.413, note E. LOQUIN ; *D. et pat.* 2001, n° 95, p. 120, obs. P. MOUSSERON ; M.-L. NIBOYET, « Trois arrêts importants sur la portée des clauses d'arbitrage et de juridictions », *Cah. arb.*, vol. I, p. 97 ; C. SERAGLINI, « Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrat après l'arrêt *Peavey* », *Cah. arb.*, vol. I, p. 87.

47. Lorsque les parties au contrat d'application ne sont pas les mêmes que celles qui sont liées par le contrat-cadre, l'extension de la convention d'arbitrage stipulée dans le contrat-cadre se fera au regard de l'implication directe du tiers dans l'exécution du contrat. Sur la question, voir J.-B. RACINE,

que les arbitres ne font pas une application stricte du principe de l'effet relatif de la convention d'arbitrage<sup>48</sup>.

Pour conclure, il revient aux arbitres de statuer les premiers sur les questions de validité et de portée de la convention d'arbitrage et, la seule invocation d'une convention d'arbitrage suffit à créer une apparence de compétence arbitrale. La limite de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ne vient pas endiguer le principe, puisqu'il faut que la clause ne puisse de manière évidente s'appliquer au litige concerné<sup>49</sup>. Cette philosophie en faveur de l'arbitrage<sup>50</sup> contribue à l'efficacité du choix du mode de résolution arbitral des litiges faisant de l'arbitre le juge des litiges des contrats internationaux d'affaires.

Reste la question du droit applicable au fond du litige.

## **II. Les spécificités du choix du mode de résolution arbitral des litiges internationaux de distribution**

Il n'est pas nécessaire de rappeler ici les avantages que présente l'insertion d'une clause d'*electio juris* dans le contrat international de distribution<sup>51</sup>. La liberté des parties et des arbitres dans le choix du droit applicable au fond de leur contrat est très large. Il n'en reste pas moins qu'en matière de distribution, cette liberté trouve des limites notamment dans l'influence du droit de la concurrence et des lois de police, même si les solutions retenues par la jurisprudence française en matière de contrôle de la sentence arbitrale conduisent à en restreindre le caractère impératif.

### **A. Le droit applicable par l'arbitre et l'influence des lois de police**

Le droit français de l'arbitrage international, comme la plupart des droits étrangers ou des règlements d'arbitrage<sup>52</sup>, consacre le principe de l'autonomie de la

---

*Droit de l'arbitrage, op. cit.*, spéc. n° 317 et suiv. Voir aussi C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, LGDJ, coll. « Domat – droit privé », 2013, spéc. n° 713. La jurisprudence accepte également, selon la logique de l'ensemble contractuel unique, d'étendre la clause compromissoire figurant dans le contrat-cadre aux contrats d'application liant les mêmes parties. La limite à l'extension peut se trouver dans l'expression par les parties d'une volonté contraire qui peut se manifester par la présence d'une convention attributive de juridiction dans un contrat d'application : voir en ce sens Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 6 novembre 2013, pourvoi n° 11-17-736.

48. Voir les sentences citées par C. TRUONG, *La rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, thèse Paris 2, Paris, Litec, 2002, spéc. n° 28 et suiv. Voir également la sentence intérimaire rendue dans la sentence CCI n° 4131, *Société Isover-Saint Gobin c/ Sociétés Dow Chemical France et autres*, *Rev. arb.* 1984.97, note A. CHAPELLE.

49. Ce qui fait dire à certains auteurs que « l'on peut avoir le sentiment que suffit la présence d'une clause d'arbitrage dans le dossier pour que le défendeur devant le juge étatique puisse obtenir le renvoi devant les arbitres » : B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé*, Paris, Economica, 7<sup>e</sup> éd., 2013, n° 1203, p. 1062.

50. E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », *Rev. arb.* 2007.709.

51. Les parties doivent prendre soin de préciser si la clause d'*electio juris* ne s'applique qu'au contrat-cadre ou bien s'étend aussi aux contrats d'application. Il est également possible que la clause d'*electio juris* ne soit prévue que pour les contrats d'application.

52. Voir par exemple, art. 21.1 du règlement d'arbitrage CCI.

volonté des parties. Aux termes de l'article 1511 CPC, « 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<sup>53</sup> ». La référence de l'article 1511 aux « règles de droit » donne une grande liberté aux parties ou aux arbitres dans le choix du droit applicable<sup>54</sup>. Le choix peut porter sur un droit national (c'est le choix le plus fréquent), sur une convention internationale (par exemple, la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises dès lors qu'elle ne s'appliquerait pas selon ses propres dispositions) ou sur la *lex mercatoria*. Les contrats-modèles de franchise internationale et de concession commerciale de la CCI prévoient expressément la désignation de la *lex mercatoria* comme droit applicable au contrat<sup>55</sup>. L'objectif est d'éviter que l'une des parties ne soit avantagée par rapport à l'autre dans l'application d'un droit national déterminé. En effet, le choix de loi est généralement le résultat d'un rapport de force dans la négociation contractuelle, la partie la plus économiquement forte imposant le plus souvent l'application de son droit national à la partie faible. La *lex mercatoria* est vue ici comme un ensemble de règles de droit neutre et équilibré. C'est l'idée forte développée par les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux du 19 mars 2015 (principes non obligatoires) dont l'article 3, relatif aux « Règles de droit », dispose que « les parties peuvent choisir, comme loi applicable au contrat, des règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré, à moins que la loi du for n'en dispose autrement ».

L'application de la *lex mercatoria* est admise par le droit français de l'arbitrage international qui peut être pris en compte par les arbitres tant au titre de la règle de droit<sup>56</sup> qu'au titre des usages<sup>57</sup> visés par l'article 1511 CPC. La *lex mercatoria* est

53. Cette possibilité donnée aux parties ou aux arbitres de choisir le droit applicable au contrat international est fondée sur les nécessités propres aux relations économiques internationales. La règle a une vertu pratique permettant aux parties de savoir d'emblée à quel droit leur litige sera soumis en cas de litige. Elle est source de sécurité juridique. Les parties peuvent aussi donner aux arbitres le pouvoir de trancher le litige en amiable composition. Aux termes de l'article 1512 CPC, les arbitres statuent comme amiable compositeur si la convention des parties leur a conféré ce pouvoir.

54. Sur la question, voir P. MAYER, « Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale », in S. CORNELOUP et N. JOUBERT, *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Paris, LexisNexis, 2011, p. 423.

55. Voir l'article 32. A du contrat-modèle de franchise selon lequel « Le contrat est soumis aux règles et principes de droit généralement reconnus en matière de commerce international ainsi qu'aux principes UNIDROIT sur les contrats du commerce international ». Les parties peuvent toutefois écarter l'application de l'article 32. A par un accord exprès et, soumettre leur contrat aux lois d'un pays déterminé (article 32. B). On retrouve la même alternative pour le contrat-modèle de concession commerciale (article 24-1. A et 24-1. B).

56. La notion de « règle de droit » permet, en effet, d'échapper à l'application d'une loi étatique déterminée. La Cour de cassation a consacré la positivité de la *lex mercatoria* : voir Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 1991, *Valenciana*, JDI.1992.117, note B. GOLDMAN; *Rev. arb.* 1992.457, note P. LAGARDE, où la Cour retient que l'arbitre a statué en droit en « se référant à l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales ».

57. Les usages sont le noyau dur de la *lex mercatoria*. Ils sont également visés par les conventions internationales (voir par exemple art. 9 de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchan-

particulièrement adaptée aux litiges des contrats internationaux car elle est tournée vers la satisfaction de leurs besoins spécifiques.

La liberté des parties dans le choix du droit applicable trouve néanmoins une limite dans l'applicabilité des règles impératives des pays étroitement liés au contrat. Or le droit de la distribution est précisément l'un des domaines où la question de l'application des lois de police se pose, de par les liens étroits qu'il entretient avec le droit de la concurrence. Le droit des pratiques anticoncurrentielles, entente et abus de position dominante, peut être considéré comme une loi de police, tant s'agissant du droit interne<sup>58</sup> que du droit de l'Union européenne<sup>59</sup>, dans la mesure où ces règles relèvent de l'ordre public de direction et, tendent à la régulation globale du marché, voir du système économique dans son ensemble. S'agissant du droit français des pratiques restrictives de concurrence, cette qualification est plus douteuse. Protégeant la partie faible, les pratiques restrictives appartiendraient à l'ordre public de protection et, à ce titre, ne pourraient accéder au statut de règles internationales impératives<sup>60</sup>. Plus précisément, la question reste de savoir si l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, relatif à la rupture brutale de relations commerciales établies, doit ou non être qualifié de loi de police. Si certaines juridictions du fond l'ont admis, en considération de la localisation en France des effets de la pratique reprochée<sup>61</sup>, la Cour de cassation ne s'est pour l'heure pas prononcée clairement<sup>62</sup>, jugeant tout au mieux que ni une clause d'élection de for<sup>63</sup> ni une clause compromissoire<sup>64</sup> ne sauraient être tenues en échec dans l'hypothèse où ce texte constituerait effectivement une loi de police. Le débat reste donc ouvert quand bien même l'on peut admettre que l'article L. 442-6, I, 5° protège un intérêt privé

---

dises) et par les règlements d'arbitrage (voir en ce sens, art. 21.2 règlement CCI, où il est précisé que les arbitres tiennent compte dans tous les cas des usages du commerce international, autrement dit même dans les cas où les parties ou les arbitres ont choisi l'application d'une loi étatique).

58. Art. L. 420-2 du Code de commerce.

59. TFUE, art. 101 et 102.

60. Pour certains, seul l'intérêt général et non des intérêts privés mériterait la protection des lois de police.

61. Voir CA Rennes, 3 novembre 2009, *Audio AGc/ Arbitrer France*, *JurisData* n° 2009-018531, où, à propos d'un litige opposant un distributeur français à un fournisseur allemand liés par un contrat de distribution soumis au droit allemand, la Cour a jugé que « les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce devaient en l'espèce s'appliquer, alors que le contrat était soumis au droit allemand, s'agissant d'une disposition impérative constitutive d'une loi de police portant sur les conditions de rupture de relations commerciales nouées avec un producteur en vue de la distribution de ses produits sur le territoire français » ; voir aussi en ce sens CA Grenoble, 5 septembre 2013, *Jurisdata*, n° 2013-019591, où la Cour a retenu le caractère de loi de police de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce en se fondant sur le fait que les livraisons avaient eu lieu en France et que le contrat se rattachait suffisamment à la France alors même que le droit luxembourgeois était applicable au contrat.

62. Voir Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *D.* 2009. Jur. 200, note JAULT-SESEKE, Pan. 2384, obs. S. BOLLÉE et AJ 2790, obs. GALLMEISTER ; *RTD com.* 2009.646, note P. DELEBECQUE ; *JCP* 2008, II, 10187, note L. d'AVOUT.

63. Voir Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, n° 07-15.823, *Bull. civ.* I, n° 233 ; *JCP E* 2008, II, 10187, note L. d'AVOUT ; *Rev. crit. DIP* 2009.1, étude D. BUREAU et H. MUIR WATT ; *Cass. com.*, 24 novembre 2015, n° 14-14.924, *CCC* 2016, comm. 40, obs. N. MATHEY ; *RTD civ.* 2016.98, obs. H. BARBIER ; *JCP G* 2016.41, obs. C. NOURISSAT.

64. Voir Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2010, n° 09-67.013, précité.

– celui de la victime de la rupture – mais assure également une meilleure égalité des conditions de concurrence sur le marché, comme a pu le souligner la Commission d'examen des pratiques commerciales. Un certain nombre de sentences arbitrales se sont d'ailleurs prononcées en ce sens, retenant que le texte devait être qualifié de loi de police<sup>65</sup>.

La problématique est voisine concernant la loi dite Doubin (art. L. 330-3 du Code de commerce). Ce texte impose au fournisseur de livrer des informations avant la conclusion de certains contrats de distribution exclusive, notamment le contrat de franchise, moyennant sanctions civiles et pénales<sup>66</sup>. Dans le prolongement de la jurisprudence française et des instruments d'harmonisation du droit des contrats, le nouvel article 1112-1 du Code civil met à la charge des parties un devoir d'information, qualifié d'ordre public, portant sur l'objet du contrat ou la qualité des parties qu'il sanctionne de manière spécifique<sup>67</sup>. Dans un arrêt du 25 octobre 2011<sup>68</sup>, la cour d'appel de Paris a retenu le caractère de loi de police de l'article L. 330-3 du Code de commerce considérant que les dispositions de ce texte ne caractérisaient pas seulement une loi de protection, mais procédaient également de l'ordre public économique de direction<sup>69</sup>. La notion de « sauvegarde des intérêts publics » issue de l'article 9.1 du règlement Rome I est suffisamment large pour englober la protection d'intérêts privés – en l'occurrence ceux de la partie faible liée par un engagement d'exclusivité – et, l'organisation économique du pays notamment parce que l'obligation d'information a pour objectif de moraliser les pratiques commerciales en assurant un meilleur équilibre entre fournisseurs et distributeur et, par là même un meilleur fonctionnement du marché<sup>70</sup>. Pour preuve de son caractère

65. Voir par exemple sentence CCI n° 15759 (2010), où les arbitres retiennent, à propos de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, que « s'il est exact et non contesté que l'article L. 442-6, I, 5° est bien une loi de police, cela n'est pas de nature à exclure son application lorsque le droit français n'est pas applicable mais que les intérêts qu'elle tend à protéger sont en jeu ». Voir aussi en ce sens sentence CCI n° 15709 (2009), in « Chronique de sentences arbitrales », *JDI* 2015, chron. 1, obs. C. TRUONG-NGUYEN. Voir également sentence CCI n° 14637 (2008), où le tribunal arbitral a retenu que « 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 privé » et a jugé qu'il « serait enclin à suivre le raisonnement de la cour d'appel de Lyon [dans la mesure où] 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 ». Sur la question de l'application des lois de police par l'arbitre, voir S. BONNARD et S. TOUCHARD, « Les lois de police dans l'arbitrage international : exemples de sentences récentes », *RDAI* 2015, n° 5, p. 453 et suiv.

66. Voir D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, « Comment renforcer l'efficacité de la loi Doubin (C. com., art. L. 330-3) », *Contrats, conc., consom.* 2003/3, p. 3.

67. La sanction du devoir d'information est vue tant sous l'angle de la responsabilité civile que de la nullité du contrat.

68. Cf. CA Paris, 25 octobre 2011, *RDC* 2012, n° 2, p. 563, note J.-B. RACINE.

69. Pour une solution contraire, voir CA Paris, 30 novembre 2001, *Dr. et patrimoine*, juin 2002, p. 111, obs. D. MAINGUY ; *JCP E* 2002, *Cah. dr. entr.*, n° 3, p. 29, obs. J. RAYNARD. Une partie de la doctrine est favorable à la qualification de loi de police de l'article L. 330-3 du Code de commerce : voir D. BERLIN, « Droit international et distribution internationale », *DPCI* 1993, p. 6 et suiv., spéc. p. 55-56 ; J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2011, spéc. n° 420. Pour une doctrine plus hésitante, voir M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, Paris, LGDJ, 1999, p. 415 et suiv. Sur la qualification d'une loi en loi de police, voir P. de VAREILLES-SOMMIERES, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP* 2011, p. 207.

70. Sur la moralisation des contrats de distribution, voir G. VIRASSAMY, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin », *JCP E* 1990, I, 15809.

essentiel dans le secteur de la distribution commerciale, la phase précontractuelle a fait l'objet d'une loi type élaborée par UNIDROIT sur la divulgation d'informations en matière de franchise<sup>71</sup>. On pressent que cette obligation d'information est en passe de devenir une règle matérielle des contrats internationaux de distribution.

Autre enfin est la question de savoir si la loi du 25 juin 1991 portant protection du statut de l'agent commercial reconnu en France comme d'ordre public mérite la qualification de loi de police<sup>72</sup>. Depuis un arrêt *Allium*, la Cour de cassation retient que « la loi du 25 juin 1991, codifiée aux articles L. 134-1 et suivants du Code de commerce, loi protectrice d'ordre public interne, n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international »<sup>73</sup>. Cette solution n'est pas en phase avec celle du juge de l'Union qui dans ses célèbres arrêts *Ingmar*<sup>74</sup> et *Unamar*<sup>75</sup> reconnaît que la loi nationale de transposition de la directive de 1986 est constitutive d'une loi de police applicable quelle que soit la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre leur contrat, dès lors que l'agent exerce son activité sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne. Une même règle peut donc être qualifiée de loi de police dans l'ordre européen sans l'être dans l'ordre national. On peut comprendre ici le refus de la jurisprudence française d'ériger en lois de police des réglementations dont l'objectif est de protéger des opérateurs privés du commerce international.

Reste la question de savoir si l'arbitre est tenu, comme le juge étatique, d'appliquer les lois de police<sup>76</sup>? L'arbitre n'a pas de for. Toute loi de police est pour lui étrangère. Lorsque la règle de concurrence relève de la loi du contrat, elle s'impose évidemment à l'arbitre faisant partie intégrante de la *lex contractus*. La réponse est plus délicate lorsque la règle n'appartient pas à la loi que les parties ont choisi mais présente des liens suffisants avec la situation en cause. L'arbitre peut-il aller au-delà de ce que lui confère son mandat et s'écarter de la loi choisie par les parties? Deux thèses sont généralement avancées pour justifier le respect par l'arbitre de lois de police étrangères à la *lex contractus*. L'une, de type pragmatique, qui voit dans l'arbitre un juge tenu de rendre une sentence efficace – nécessaire contrepartie de l'extension de l'arbitrabilité et de la *favor arbitrandum* – non susceptible de faire l'objet d'une annulation ou d'un refus d'exécution. Selon l'article 1520 CPC, le recours en annulation est ouvert si « la reconnaissance ou l'exécution de

71. UNIDROIT, Rome, septembre 2002. Le préambule du texte vise l'objectif que pourrait poursuivre le législateur en intégrant cette loi type dans son droit national, considérant que « l'exigence légale d'une information équilibrée entre les parties au contrat de franchise sert mieux les intérêts économiques et sociaux nationaux ».

72. Le contrat d'agence commerciale bénéficie d'un régime protecteur harmonisé en Europe depuis la directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986, transposée en France par la loi du 25 juin 1991 (art. L. 134-1 et suiv. C. com.).

73. Cf. Cass. com., 28 nov. 2000, n° 98-11.335, *Bull. civ.* 2000, IV, n° 183, p. 160; *JCP E* 2001, 997, note L. BERNARDEAU; *D.* 2001.305, obs. E. CHEVRIER; *RTD com.* 2001.502, obs. B. BOULOC; voir également Cass. com., 5 janv. 2016, n° 14-10.628, *CCC* n° 3, mars 2016, comm. 64, note N. MATHEY; *AJ Contrat* 2016.162, obs. C. NOURISSAT.

74. CJCE, 9 novembre 2000, n° C-381/98, *Rev. crit. DIP* 2001.107, note L. IDOT.

75. CJUE, 17 octobre 2013, affaire C-184/12, *Unamar/NMB*.

76. Rappelons que l'arbitre retiendra la qualification de loi de police si le texte en cause a été reconnu comme tel par le droit dont il relève.

la sentence est contraire à l'ordre public international<sup>77</sup> ». Si l'arbitre évince une règle internationalement impérative, il risque de voir sa sentence annulée dans le pays où elle a été rendue ou non exécutée dans l'État où l'*exequatur* est requise<sup>78</sup>. L'autre, de type idéaliste, voit en l'arbitre le gardien d'un ordre public transnational refusant de considérer la clause d'*electio juris* comme un moyen permettant aux parties d'échapper aux règles impératives du marché<sup>79</sup>. L'arbitre ne pourrait par exemple, autoriser une atteinte aux règles du droit européen des pratiques anticoncurrentielles dans une situation interne à l'Union même si le droit choisi par les parties est celui d'un État tiers à l'Union européenne. Certes, on ne peut contraître l'arbitre à appliquer des lois de police étrangères dans la mesure où l'arbitre n'est pas au service des politiques étatiques<sup>80</sup>, mais si ces lois expriment des intérêts légitimes largement partagés au niveau international et des valeurs universelles, elles doivent, au regard de leur nature et de leur objet, s'imposer au titre de l'ordre public transnational. En tout état de cause, l'arbitre pourrait les prendre en considération en tant qu'élément de fait<sup>81</sup> pour déjouer les manœuvres possibles qu'induit l'application du principe de l'autonomie de la volonté et, lutter contre les contrats illicites. Les principes de la conférence de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux ne prennent pas position. L'article 11.5 dispose, en effet, qu'un tribunal arbitral peut prendre en compte l'ordre public ou les lois de police d'une loi autre que celle que les parties ont choisie, s'il a le devoir ou le pouvoir de le faire. Le tribunal arbitral ne peut donc appliquer ou prendre en compte les dispositions et principes d'une loi autre que celle choisie par les parties pour régir leur contrat, que s'il estime qu'il est légalement tenu ou autrement habilité à le faire<sup>82</sup>. La formulation de l'article exige du tribunal qu'il

77. Il s'agit de la conception française de l'ordre public international, plus étroit donc que l'ordre public interne.

78. Voir E. LOQUIN, « Le pouvoir des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI* 1983.293. Sur la question en général, voir A.-S. COURDIER-CUISINIER, « Les arbitres confrontés à la violation de l'ordre public », in *Ordre public et l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 79 et suiv.

79. Pour l'idée d'un ordre public universel, voir J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999, n° 659 et suiv., et n° 719 et suiv. « Droit économique et lois de police », *Revue internationale de droit économique* 2010/1, t. XXIV, 11, p. 69. Voir également C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, 2001, n° 179 et suiv.

80. À l'examen du droit positif, le juge français semble pour sa part *a priori* peu enclin à l'application des lois de police étrangères. Dans un arrêt du 18 octobre 2016, la CJUE, amenée à se prononcer sur l'applicabilité des lois de police qui ne sont ni celles du for, ni celles du lieu d'exécution des obligations découlant du contrat, seule catégorie de lois de police visée par l'article 9-3 du règlement Rome I, retient la possibilité de « les prendre en considération en tant qu'élément de fait » à certaines conditions (la prise en considération ne pourra être mise en œuvre que si elle est admise par une règle matérielle du droit applicable au contrat) : voir CJUE, 18 octobre 2016, aff. C-135/15, *JCP G* 2017.62, note S. LEMAIRE et L. PERREAU-SAUSSINE. Sur la notion de prise en considération, Voir E. FOHRER, *La prise en considération des normes étrangères*, Paris, LGDJ, coll. « Thèses », 2008, t. 501.

81. En ce sens, voir CJUE, 18 octobre 2016, aff. C-135/15, précité.

82. Par exemple, les tribunaux arbitraux peuvent être soumis à une obligation expresse de faire tous les efforts (raisonnables) pour rendre une « sentence susceptible d'exécution » (voir par ex., art. 41 du règlement d'arbitrage de la CCI et art. 32.2 du règlement de la LCIA ; voir aussi art. 34[2] du règlement d'arbitrage de la CNUDCI disposant que les sentences doivent « [être] définitives et [s'imposer] aux parties »).



examine le cadre juridique dans le contexte duquel ses sentences sont rendues<sup>83</sup>. Dit autrement, la question de l'application des lois de police étrangères est laissée à la sagesse de l'arbitre.

L'extension de l'arbitrabilité s'accompagne-t-elle d'un contrôle étatique en aval du contentieux arbitral ?

### **B. Le contrôle de la conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public international**

Depuis l'arrêt Labinal, il est largement admis que l'arbitre puisse appliquer les règles du droit interne ou communautaire de la concurrence et, en sanctionner la violation sous le contrôle du juge étatique<sup>84</sup>. Se pose la question de l'étendue du contrôle étatique au stade de l'examen de la sentence arbitrale. La jurisprudence française retient le principe de non-révision au fond de la sentence arbitrale tiré de son caractère définitif. Le juge du contrôle est « juge de la sentence et non de l'affaire » et, il ne peut remettre en cause ce qui a été jugé par l'arbitre<sup>85</sup>. Toutefois, l'absence de révision au fond ne doit pas empêcher le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international. Or depuis l'arrêt Thalès<sup>86</sup>, la jurisprudence française s'est orientée vers un contrôle minimaliste des sentences arbitrales. Saisie d'une exception d'atteinte à l'ordre public international pour violation du droit communautaire de la concurrence, la cour d'appel de Paris a jugé, en effet, que « la violation de l'ordre public international au sens de l'article 1520-5<sup>o</sup> du CPC doit être flagrante, effective et concrète<sup>87</sup> ».

83. L'arbitre devra tenir compte de l'accord des parties, du siège de l'arbitrage, du règlement d'arbitrage applicable et de l'influence du contrôle éventuel des tribunaux étatiques appliquant la législation locale en matière d'arbitrage.

84. Voir nos développements *supra*.

85. Voir en ce sens Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 janvier 2014, pourvoi n° 11-17.196, où la Cour de cassation rappelle le principe de non-immixtion du juge de l'annulation quant à l'appréciation du fond de l'affaire en jugeant que « c'est à bon droit que la Cour d'appel a écarté la responsabilité des arbitres en l'absence de preuve de faits propres à caractériser une faute personnelle équipollente au dol ou constitutive d'une faute lourde ou d'un déni de justice ». Le principe de la non-révision au fond de la sentence est aussi rappelé dans un arrêt, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 février 2014, pourvoi n° 10-17.076, *JCP G* 2014.475, note D. MOURALIS, où la Cour de cassation retient que « le juge de l'annulation est juge de la sentence pour admettre ou refuser son insertion dans l'ordre juridique français et non juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage », alors qu'ici le recours en annulation « tendait, en réalité à une nouvelle instruction au fond de l'affaire ». Ce principe de non-révision au fond de la sentence arbitrale n'est que le reflet d'une vision autonomiste de l'arbitrage.

86. Cf. CA Paris, 18 novembre 2004, *SA Thalès Air Défense c/ GIE Euromissile*, *JCP G* 2005, II, 10038, note G. CHABOT ; *RTD com.* 2005.263, note crit. E. LOQUIN ; *JDI* 2005.357, note A. MOURRE. C. SERAGLINI, « L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation) », *Cah. arb.*, vol. III, p. 86 ; L. RADICATI DI BROZOLO, « L'illicéité "qui crève les yeux" : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la cour d'appel de Paris) », *Rev. arb.* 2005.529.

87. En ce sens, voir aussi Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, *SNF/Cytec*, *D.* 2008.2560, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLÉE ; *RTD com.* 2008.518, obs. E. LOQUIN. Sur la question, voir L.-C. DELANOY, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.* 2007.177. Voir également Paris, 10 septembre 2009, *Rev. arb.* 2010.548, note L.-C. DELANOY ;

Le juge étatique est ravalé au rang des évidences puisqu'il ne remettra en cause la sentence arbitrale que dans les seuls cas de violation flagrante de l'ordre public international. Or, dans l'immense majorité des cas, un simple survol de la sentence ne permet pas de déceler une atteinte aux dispositions d'ordre public international de l'État requis. Cela est particulièrement vrai quand on raisonne en matière de droit de la concurrence, aujourd'hui au cœur de ce contentieux, où seules des investigations économiques et juridiques complexes permettent de voir si la sentence viole des règles du droit communautaire de la concurrence. L'arbitre ne saurait certes fermer les yeux sur les violations les plus graves au droit de la concurrence, car le coupe-ret étatique tomberait en présence d'une sentence qui consacrerait par exemple un cartel illicite, mais dans la pratique contractuelle, ce ne sont pas ces hypothèses qui sont soumises aux arbitres mais des situations de zones grises<sup>88</sup>.

Certains voient en cette jurisprudence le refus du juge de remplir son rôle<sup>89</sup>, l'extension de l'arbitrabilité des litiges ayant été réalisée sous réserve d'un contrôle *a posteriori* de la sentence. D'autres avancent la *favor arbitrandum* et la confiance à avoir en l'arbitre qui ne saurait tolérer les atteintes les plus graves à la concurrence sous peine de voir sa sentence annulée<sup>90</sup>. M. E. Gaillard, observe que « l'on touche peut-être ici aux limites du libéralisme acceptable en la matière<sup>91</sup> », l'arbitre bénéficiant d'une immunité dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle ce qui n'est pas neutre<sup>92</sup>. La convention de New York autorise le contrôle de la conformité des sentences étrangères à l'ordre public de l'État requis (art. V § 2) et, en droit comparé, il ne semble pas y avoir de consensus autour d'un principe d'un contrôle restreint<sup>93</sup>. La jurisprudence récente semble évoluer vers un contrôle un peu moins illusoire du grief tiré de la violation de l'ordre public international se contentant d'une violation « manifeste, effective et concrète » de l'ordre public international<sup>94</sup>. L'abandon du critère de la flagrance traduirait le retour à un contrôle plus effectif de la sentence.

Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 février 2014, *Rev. arb.* 2014.389, note D. VIDAL, qui rejette le pourvoi. Voir CA Paris, 7 avril 2011, *Rev. arb.* 2011.747, note S. BOLLÉE et B. HAFTEL.

88. En ce sens, voir L. IDOT, « L'étendue du contrôle de la sentence », in *L'arbitrage et le droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 143 et suiv., spéc. p. 169.

89. Voir V. HEUZE, « Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? », *D.* 2011.2880.

90. A. MOURRE, « L'arbitrabilité du droit de la concurrence et le contrôle judiciaire des sentences après le règlement (CE) n° 1/2003 », in *L'arbitrage et le droit de la concurrence, op. cit.*, p. 67 et suiv., spéc. p. 84.

91. E. GAILLARD, « La jurisprudence de la Cour de cassation... », art. cité, p. 715.

92. Ce sont les audaces de cette jurisprudence qui ont probablement conduit le Tribunal des conflits, dans son arrêt Inserm, à refuser de laisser les juridictions de l'ordre judiciaire reconnaître des sentences arbitrales contraires aux dispositions impératives du droit public français.

93. Voir C. SERAGLINI, « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique », *Cahier de l'arbitrage* 2011, volume V, p. 198, spéc. n° 5 à 10.

94. Dans un arrêt CA Paris, 23 septembre 2014, n° 12/21810, 13/09296, 13/17187, la Cour a jugé nécessaire de saisir la Cour de justice de l'Union européenne pour déterminer si une sentence devait être annulée sur le fondement de l'article 1520, al. 5 CPC du fait de la violation du droit de l'Union européenne de la concurrence, notamment de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Cette saisine de la CJUE paraît amorcer une évolution vers un contrôle un peu plus approfondi de l'exception d'ordre public international. En l'espèce, la violation n'était manifestement pas flagrante puisque la cour d'appel a décidé de renvoyer l'affaire devant la CJUE. Voir aussi Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 septembre 2013, pourvoi n° 11-17.201 ; CA Paris, 4 novembre 2014, *Rev. arb.*

Quoi qu'il en soit, il est difficile de se satisfaire d'une situation qui renonce à ce point à tout contrôle effectif. Ce contrôle minimaliste des sentences internationales conduit à restreindre le caractère impératif des lois de police économiques dans l'ordre international. Indépendamment de l'évolution de la conception française du contrôle des sentences arbitrales, l'institution d'un ordre public transnational serait sans doute la seule perspective d'évolution souhaitable. Les initiatives de soft law et le rapprochement progressif des droits des États tendent vers cet objectif même si le chemin reste encore long<sup>95</sup>.

---

2015.543, note A. De FONTMICHÉL ; CA Paris, 20 janvier 2015, *Rev. arb.* 2015.273 et Paris, 24 février 2015, *Rev. arb.* 2015.283 (atteinte « manifeste, effective et concrète »). Dans son ouvrage, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, spéc. n° 966 et suiv., J.-B. Racine préconise un contrôle modulable selon l'importance de la valeur en jeu au titre de l'ordre public. Par exemple, les juges paraissent contrôler davantage les sentences en cas d'allégation de faits de corruption que lorsque le droit de la concurrence est sollicité. Pourtant, pour un exemple de solution contraire, voir Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 février 2014, pourvoi n° 10-17.076, précité. De plus, l'auteur soutient que selon l'expérience des conseils et des arbitres, le contrôle peut être plus ou moins poussé.

95. Pour un exemple de rapprochement : la Commission européenne a publié un livre vert le 31 janvier 2013 sur les pratiques commerciales déloyales (notion proche des pratiques restrictives françaises) dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe.

Copyright Presses universitaires de Rennes