

**LA PLACE DE L'ARBITRAGE DANS L'INDEMNISATION DES PRATIQUES  
ANTICONCURRENTIELLES**

Anastasios Lafaras\*

**Table of content/Table des matières**

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>9</b>
<b>1. L'ARBITRABILITE DES ACTIONS PRIVEES FONDEES SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE : UN ELARGISSEMENT BIENVENU.....</b>	<b>11</b>
1.1. L'OUVERTURE DE LA VOIE D'ARBITRABILITE EN MATIERE DE CONCURRENCE AUX ÉTATS-UNIS 12	
1.2. LA TENDANCE <i>IN FAVOREM ARBITRANDUM</i> DANS L'UE ET SES ÉTATS MEMBRES.....	14
<b>2. LE CONTROLE ETATIQUE AUX SENTENCES ARBITRALES PORTANT SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE : UNE MISE EN BALANCE NECESSAIRE.....</b>	<b>17</b>
2.1. LE CONTROLE MINIMALISTE TRADITIONNEL INCAPABLE DE SAUVEGARDER L'ORDRE PUBLIC CONCURRENTIEL 18	
2.2. L'ALTERNATIVE PREFERABLE DE LA DOCTRINE DU « SECOND REGARD ».....	21
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>25</b>

---

\* Avocat, *Watson Farley & Williams*, Athènes (Grèce).

### **Abstract**

*The appropriateness of arbitration for the resolution of private disputes is unquestionable. Complications emerge as soon as it becomes apparent that a “private” dispute may involve matters of broader public interest. This is the case with private actions in competition law. In view of the importance of these claims for the furthering of the public interest, are arbitrators entitled to adjudicate them? In other words, are disputes involving competition law arbitrable? In the affirmative, the role of state courts comes into play. What is the appropriate level of scrutiny that a state court shall apply with regards to an arbitral award resolving issues of competition law? Are state judges empowered – or even obliged – to impose their proper competition analysis on the dispute at hand or should they afford deference to the tribunal’s reasoning? It is these questions that the present article attempts to answer. It does so by comparing the solutions given by US and EU courts on these two crucial issues for the relationship between arbitration and competition law: arbitrability and standard of review.*

### **Résumé**

*Le caractère approprié de l’arbitrage pour la résolution des litiges privés est incontestable. Des complications surviennent dès qu’il apparaît qu’un litige « privé » implique des questions relevant de l’intérêt général. C’est le cas des actions privées fondées sur le droit de la concurrence. Au vu de l’importance de ces actions pour l’intérêt général, les arbitres sont-ils bien placés pour en connaître ? Autrement dit, les actions privées fondées sur le droit de la concurrence sont-elles arbitrables ? En cas de réponse affirmative, le rôle des juridictions étatiques entre en jeu. Quelle est l’intensité appropriée du contrôle que le juge étatique doit opérer face à une sentence arbitrale relevant du droit de la concurrence ? A-t-il le pouvoir – ou même l’obligation – d’imposer sa propre analyse concurrentielle en l’espèce ou doit-il exercer un contrôle minimaliste ? C’est à ces questions que le présent article essaie de répondre. À cet effet, nous comparons les solutions données par les juridictions états-uniennes et européennes sur les deux points cruciaux pour la relation entre arbitrage et concurrence : l’arbitrabilité et l’étendue du contrôle.*

## INTRODUCTION

La mise en œuvre du droit de la concurrence dans la sphère privée est considérée comme une clef de voûte de la politique de la concurrence, car elle permet aux victimes des pratiques anticoncurrentielles d'être indemnisées pour le préjudice qu'elles ont subi<sup>1</sup>. Normalement cette mise en œuvre se déroule devant les juridictions étatiques. Néanmoins, saisir la justice étatique n'est pas la seule voie disponible ; on peut bien supposer qu'un ou plusieurs arbitres choisis par les parties soient mieux placés pour trancher un tel litige grâce à leur expertise, la confidentialité, la flexibilité et la vitesse de la procédure arbitrale.

En pratique, l'arbitre peut connaître d'une question liée à une pratique anticoncurrentielle soit à titre principal – par exemple, lorsque une entreprise réclame la réparation d'un dommage auprès d'une autre entreprise ayant abusé de sa position dominante – soit à titre incident – à l'occasion par exemple d'un litige contractuel où la partie défenderesse refuse d'exécuter ses obligations émanant d'une clause contractuelle jugée nulle en vertu de l'article 101 du Traité pour le fonctionnement de l'Union Européenne (« TFUE »)<sup>2</sup>. Notamment dans le deuxième cas, confier à l'arbitre le pouvoir de statuer sur les matières du droit de la concurrence présente, de plus, l'avantage de concentration du litige, en ce que toutes les questions sont résolues dans le cadre de la même procédure « *one-stop adjudication* »<sup>3</sup>.

De surcroît, le choix de l'arbitrage se trouve fréquemment dans les décisions de la Commission européenne qui autorisent une concentration sous condition d'engagements comportementaux (ex : octroi d'accès à une infrastructure contrôlée par les entreprises en cause) ou structurels (ex : cession d'une branche d'activité à un tiers)<sup>4</sup>. Les entreprises qui acceptent une telle décision de la Commission, consentent simultanément à l'arbitrage pour la résolution des litiges relatifs à l'exécution des engagements. Dès lors, tout tiers bénéficiaire qui croit avoir subi un préjudice à cause d'une mauvaise exécution des engagements peut engager

---

<sup>1</sup> C'est pourquoi la Commission européenne a pris plusieurs initiatives (v. notamment le Livre Vert du 19.12.2005 COM(2005) 672 final) qui sont aboutis à la Directive 2014/104/UE JO L 349 du 5.12.2014, 1 qui vise à promouvoir les actions en dommages et intérêts relatives aux infractions des règles européennes de la concurrence.

<sup>2</sup> M. Fontmichel, « L'application du droit de la concurrence par le tribunal arbitral », *AJCD*, 2014, n. 5, pp. 204-207.

<sup>3</sup> V. M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, LGDJ, 3e éd., 2019, n° 878.

<sup>4</sup> Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, 2008/C 267/01, §66. V. également les décisions citées par A. Komninos et M. Kamvysi, 'Arbitration and EU Competition Law: Latest Developments', in C. Lemaire and F. Martucci (dir), *Liber Amicorum Laurence Idot*, Vol I, Concurrences, 2022, p. 419.

une procédure arbitrale à l'encontre des entreprises débitrices<sup>5</sup>. Cette externalisation<sup>6</sup> de surveillance des engagements permet alors une économie de ressources importante pour les autorités et les juridictions nationales, tout en offrant aux acteurs du marché un mécanisme de résolution des différends rapide, efficace et dénationalisé<sup>7</sup>.

Or, malgré ces avantages potentiels, il faut rappeler que, contrairement à l'arbitrage qui, étant un mode de résolution des litiges librement choisi par les parties, vise à servir leurs propres intérêts privés, le droit de la concurrence relève de l'intérêt général : sa raison d'être est essentiellement le bien-être du consommateur *sensu lato* par le biais du propre fonctionnement du marché<sup>8</sup>. Cette remarque ne vaut pas moins pour sa mise en œuvre dans la sphère privée : bien que les victimes visent principalement leur propre indemnisation, elles agissent simultanément comme des « gardiens », en quelque sorte, de la concurrence effective, en ce qu'une action privée peut produire des effets dissuasifs bien au-delà des parties impliquées dans le litige<sup>9</sup>.

Ainsi, attribuer aux arbitres la compétence de se prononcer sur des matières si importantes pour l'intérêt général soulève sans doute des tensions. Ces tensions sont manifestées d'abord au niveau de l'arbitrabilité : est-ce que l'intérêt général exclut l'arbitrabilité en matière de concurrence ? Une fois que l'arbitrabilité est admise, on se tourne vers la portée du contrôle étatique sur la sentence : est-ce que le juge peut examiner *de novo* le fond d'une sentence arbitrale portant sur le droit de la concurrence ? Ou, au contraire, faut-il accorder un degré de retenue considérable à l'égard de l'arbitre ?

---

<sup>5</sup> D. Théophile et G. Aubron, « L'arbitrage dans les engagements en matière de concurrence », *AJCD*, 2014, n. 5, pp. 212-215 ; L. Idot « Arbitrage et droit de l'Union européenne. Retour sur quelques développements récents », *Revue de l'Arbitrage*, 2016, n. 2, pp. 471-492, p. 477.

<sup>6</sup> Elle ne s'agit pas pourtant d'une externalisation complète : si l'arbitre a le pouvoir de tirer de conséquences civiles, les autorités demeurent seules compétentes d'infliger d'amendes ou de retraiter la décision donnant feu vert à la concentration.

<sup>7</sup> D. Théophile et G. Aubron, « L'arbitrage dans les engagements... », art. cité.

<sup>8</sup> Comme l'avocat général A. Rantos l'expose dans ses conclusions dans l'affaire C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, ECLI:EU:C:2021:998, §96 « la sauvegarde d'une structure de concurrence effective est intrinsèquement liée à une finalité ultime, à savoir la protection des consommateurs. En ce sens, ces règles visant à assurer que la concurrence ne soit pas faussée dans le marché intérieur ont pour finalité ultime d'accroître le bien-être du consommateur. ». V. également D. Bosco et C. Prieto, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2013, p. 201 ; J.C Roda, « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence », *Dalloz*, 2018, n. 27, p. 1504-1510.

<sup>9</sup> V. par excellence, l'affaire C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v Courage Ltd and Others* ECLI:EU:C:2001:465, §27: 'actions for damages before the national courts can make a significant contribution to the maintenance of effective competition in the [Union]'.

C'est à ces questions que cet article cherche à répondre. En commençant par l'arbitrabilité des actions privées fondées sur le droit de la concurrence<sup>10</sup>, on constate que son élargissement tant aux États-Unis qu'en Europe est désormais admis (1). Cependant, cet élargissement doit être mis en balance par un contrôle étatique plus exigeant que celui habituellement exercé sur les sentences arbitrales (2). De cette façon, un juste équilibre peut être atteint entre la liberté des parties d'avoir leur litige soumis à l'arbitre de leur choix d'un côté, et l'intérêt général lié à la mise en œuvre effective du droit de la concurrence dans la sphère privée d'un autre côté.

## 1. L'ARBITRABILITE DES ACTIONS PRIVEES FONDEES SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE : UN ELARGISSEMENT BIENVENU

Le concept de l'arbitrabilité implique la faculté attachée à l'objet d'un litige<sup>11</sup> d'être résolu par voie de l'arbitrage<sup>12</sup>. Il s'agit, en d'autres termes, d'un filtre posé par la loi qui sert à délimiter les litiges que les parties peuvent soumettre à la compétence des arbitres<sup>13</sup>. Par voie de conséquence, si un litige est inarbitrable, l'arbitre doit se déclarer incompétent pour en connaître, même si les parties ont compromis<sup>14</sup>. De façon corollaire, si, malgré l'inarbitrabilité du litige, le tribunal arbitral rend une sentence, celle-ci risque d'être annulée ou de n'être pas exécutée<sup>15</sup>.

L'importance de déterminer les contours de l'arbitrabilité est donc primordiale. Or, les contours de cette arbitrabilité varient d'un État à l'autre<sup>16</sup>. Bien qu'on puisse identifier un noyau

---

<sup>10</sup> En absence de controverse sur l'arbitrabilité en matière d'exécution des engagements, celle-ci est dès lors exclue de l'analyse.

<sup>11</sup> Vu que l'accent est mis sur l'objet du litige, ce concept est également nommé « arbitrabilité objective » ou « arbitrabilité *ratione materiae* » pour bien faire la distinction avec le concept d'« arbitrabilité subjective » ou « arbitrabilité *ratione personae* », qui détermine la capacité des personnes de compromettre, v. C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd, 2019, n° 636.

<sup>12</sup> J. B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, §219. Comparez L. Avout, « L'arbitrabilité sous conditions », in C. Lemaire et F. Martucci (dir.), *Liber Amicorum Laurence Idot*, Vol I, Concurrences, 2022, p. 180 d'après qui « l'arbitrabilité correspond à la licéité du règlement privatisé d'un type de litige donné ». V. aussi l'article II(1) de la Convention de New York 1958 qui exige que la convention d'arbitrage porte sur une question « susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage » afin qu'elle (la convention) soit valide.

<sup>13</sup> N. Blackaby et al, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 2015, 6<sup>th</sup> edn, OUP, n° 2.124 ; C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage...*, *op.cit.*, n° 636. V. également la définition donnée par T. E. Carbonneau and F. Janson, 'Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability' *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1994, vol. 2, pp. 193-222, p. 194: '[arbitrability] determines the point at which the exercise of contractual freedom ends and the public mission of adjudication begins'.

<sup>14</sup> G. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2014, 2<sup>nd</sup> edn, vol I, §6.01; J.B. Racine, *op.cit.*, n° 2019.

<sup>15</sup> V. l'article V(2)(a) de la Convention de New York 1958 qui prévoit qu'un pays peut refuser la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence si « d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage ».

<sup>16</sup> Pour les différents lois potentiellement applicables à la question de l'arbitrabilité, v. B. Hanotiau, 'What Law Governs the Issue of Arbitrability?', *Arbitration International*, 1996, vol. 12, n. 4, pp. 391-2; L. Mistelis, 'Is Arbitrability a National or an International Law Issue?' in L. Mistelis and S. Brekoulakis (eds.), *Arbitrability:*

commun des matières commerciales indéniablement arbitrables, plus une matière touche l'intérêt général, plus il est difficile de préciser son arbitrabilité<sup>17</sup>. Les matières de concurrence, plus particulièrement, à cause de leur rôle crucial pour l'ordre économique de chaque pays<sup>18</sup>, trouvent leur place dans cette zone grise.

À ce propos, il convient d'examiner comment l'arbitrabilité en matière de concurrence a été conçue par les deux plus grands systèmes du droit de la concurrence, *i.e.* les États-Unis (1.1) et l'Union Européenne (1.2).

### **1.1. L'ouverture de la voie d'arbitrabilité en matière de concurrence aux États-Unis**

Traditionnellement, le droit fédéral des États-Unis prohibait l'arbitrage des actions fondées sur le *Sherman Act*<sup>19</sup>, *i.e.* la loi visant à protéger la concurrence libre et non-fauscée<sup>20</sup>. Dans l'arrêt classique *American Safety Equipment*,<sup>21</sup> la Cour d'appel (deuxième circuit) a considéré que le droit « *anti-trust* » n'est pas une affaire strictement privée, parce qu'il vise à protéger le bienfait national dans une économie du marché. Ainsi, compte-tenu de l'intérêt général pour la mise en œuvre du droit de la concurrence même dans la sphère privée, la Cour a admis que les actions *anti-trust* sont « inappropriées pour l'arbitrage »<sup>22</sup>. D'ailleurs, elle a ajouté que les litiges portant sur le droit de la concurrence exigent une analyse économique sophistiquée et approfondie, face à laquelle la procédure arbitrale est mal adaptée.

Quelques années plus tard, la Cour Suprême a opéré un revirement de jurisprudence. Dans une affaire célèbre, dite *Mitsubishi*<sup>23</sup>, la Cour Suprême a admis l'arbitrabilité des actions fondées sur le *Sherman Act*. Elle a justifié ce revirement jurisprudentiel d'abord sur la base de la courtoisie internationale, du respect pour les capacités des tribunaux internationaux et de la nécessité de la prévisibilité dans le domaine de la résolution des différends du commerce

---

*International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009, p. 1; S. Brekoulakis, 'Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori' in L. Mistelis and S. Brekoulakis (eds.), *op.cit.*, p. 99.

<sup>17</sup> C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage...*, *op.cit.*, n° 655.

<sup>18</sup> V. J.B. Racine, « Droit économique et lois de police », *Revue internationale de droit économique*, 2010, n. 1, pp. 61-79, p. 65.

<sup>19</sup> 15 USC §1 et seq.

<sup>20</sup> G. Born, *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, §6.04[A]; L. Sopata, 'Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc: International Arbitration and Antitrust Claims', *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1986, vol. 7, n. 3, pp. 595-617, pp. 596-7; T. J. Brewer, 'The Arbitrability of Antitrust Disputes: Freedom to Contract for an Alternative Forum', *Antitrust Law Journal*, 1997, vol. 66, n. 1, pp. 91-126, pp. 93-4.

<sup>21</sup> *American Safety Equipment Corp v J.P. McGuire & Co* (1968) 391 F2d 821.

<sup>22</sup> *Ibid* ('the pervasive public interest in enforcement of the antitrust laws, and the nature of the claims that arise in such cases, combine to make [...] antitrust claims [...] inappropriate for arbitration').

<sup>23</sup> *Mitsubishi Motors Corp v Soler Chrysler-Plymouth Inc* (1984) 473 US 614.

international<sup>24</sup>. Le raisonnement en faveur de l'arbitrabilité est ainsi clairement limité aux litiges du commerce international<sup>25</sup>.

Ensuite, bien que la Cour ait admis l'importance des actions privées pour la pénalisation et la dissuasion des pratiques anticoncurrentielles, elle a souligné que l'action privée demeure un recours privé dont la finalité primaire est d'indemniser le préjudice que la victime a subi<sup>26</sup>. Le caractère privé de ce recours est, en outre, corroboré par le fait que la victime n'est pas obligée de poursuivre son recours en justice<sup>27</sup>. *A maiore ad minus*, la victime peut valablement choisir la détermination non judiciaire de ses droits<sup>28</sup>. En tout cas, en acceptant de soumettre une telle action à l'arbitrage, une partie ne renonce pas à ses droits substantiels ; elle opte justement pour que ceux-ci soient jugés par un tribunal arbitral au lieu des tribunaux étatiques<sup>29</sup>.

Quant aux compétences des arbitres, la Cour a adopté une position moins hostile en présupposant que les parties vont nommer des arbitres spécialisés pour apprécier l'affaire en cause<sup>30</sup>. De plus, elle a admis que la procédure arbitrale est bien adaptée pour résoudre les litiges complexes du droit *anti-trust*, grâce à la participation des témoins experts<sup>31</sup>.

Le revirement jurisprudentiel de la Cour Suprême des États-Unis a été favorablement accueilli par la doctrine<sup>32</sup>. Celle-ci a souligné la confiance que les juges américains ont montré

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, 629.

<sup>25</sup> Depuis lors la jurisprudence américaine a évolué en ce qu'elle admet également l'arbitrabilité des actions découlant des transactions domestiques. V. la jurisprudence citée par T. J Brewer, *The Arbitrability of Antitrust Disputes...*, art. cité pp. 99 et suiv.

<sup>26</sup> *Mitsubishi*, précit., 635 ('[n]otwithstanding its important incidental policing function, the treble-damages cause of action conferred on private parties [...] seeks primarily to enable an injured competitor to gain compensation for that injury').

<sup>27</sup> *Ibid.*, 636 ('the antitrust cause of action remains at all times under the control of the individual litigant: no citizen is under an obligation to bring an antitrust suit').

<sup>28</sup> *Ibid.*, 636 ('[i]t follows that, at least where the international cast of a transaction would otherwise add an element of uncertainty to dispute resolution, the prospective litigant may provide in advance for a mutually agreeable procedure whereby he would seek his antitrust recovery as well as settle other controversies').

<sup>29</sup> *Ibid.*, 628 ('[b]y agreeing to arbitrate a statutory claim, a party does not forgo the substantive rights afforded by the statute; it only submits to their resolution in an arbitral, rather than a judicial, forum').

<sup>30</sup> *Ibid.*, 633 ('[t]he anticipated subject matter of the dispute may be taken into account when the arbitrators are appointed').

<sup>31</sup> *Ibid.*, 633 ('arbitral rules typically provide for the participation of experts either employed by the parties or appointed by the tribunal').

<sup>32</sup> G. Bermann, « L'émergence de la faveur judiciaire à l'arbitrage: Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth Inc » in H. Muir Watt et al (eds.), *Le tournant global en droit international privé*, Pedone, 2020, p. 153 ; V. Korzun, 'Arbitrating Antitrust Claims: From Suspicion to Trust', *New York University Journal of International Law and Politics*, 2016, vol. 48, pp. 867-932, p. 903; L.G. R. di Brozolo, 'Arbitration and Competition Law: The Position of the Courts and of Arbitrators', *Arbitration International*, 2011, vol. 27, n. 11, pp. 1-26, p. 3; J. Bridgeman, 'The Arbitrability of Competition Law Disputes', *European Business Law Review*, 2008, vol. 19, n. 1, pp. 147-174, p. 154; J-H. Moitry, « Arbitrage international et droit de la concurrence: vers un ordre public de la *lex mercatoria* ? », *Revue de l'Arbitrage*, 1989, n. 1, pp. 3-36, p. 22; S. Jarvin, 'Arbitrability of Anti-Trust Disputes: The Mitsubishi v. Soler Case', *Journal of Int'l Arb*, 1985, vol. 2, n. 3, pp. 69-82, p. 69. Contra L. Sopata, 'Mitsubishi...', art. cité, p. 614 ('[t]he interest of maintaining economic competition is jeopardized when the judiciary does not retain jurisdiction over antitrust disputes. Placing power in the hands of arbitrators not restrained

à l'égard de l'arbitrage international<sup>33</sup>. Il s'agissait d'un véritable changement de paradigme, qui a suscité un courant jurisprudentiel en faveur de l'élargissement de l'arbitrabilité même au-delà des frontières américaines<sup>34</sup>. Ce courant a été favorablement reçu en Europe où tant la Cour de justice que les juridictions nationales ont progressivement admis l'arbitrabilité en matière de concurrence.

## 1.2. La tendance *in favorem arbitrandum* dans l'UE et ses États membres

L'arbitrabilité des actions fondées sur le droit de la concurrence a été indirectement affirmée par la Cour de justice des Communautés européennes (« CJCE ») dans le célèbre arrêt *Eco Swiss*<sup>35</sup>. Dans le cadre de cette affaire, la Cour Suprême néerlandaise (*Hooge Raad*) a demandé à la CJCE si le juge national devait annuler une sentence arbitrale dès lors que celle-ci n'était pas conforme aux règles européennes de la concurrence, alors que ni les parties ni les arbitres n'avaient invoqué lesdites règles<sup>36</sup>.

La CJCE a répondu par l'affirmative. D'abord, elle a considéré que les règles européennes de la concurrence sont fondamentales pour le fonctionnement du marché intérieur<sup>37</sup> et, par voie de conséquence, ces règles sont qualifiées de dispositions d'ordre public au sens de la législation nationale et de la Convention de New York de 1958<sup>38</sup>. Ensuite, elle a estimé que l'intérêt à l'interprétation uniforme des dispositions du droit européen exige que celles-ci puissent être examinées par les juridictions nationales et, le cas échéant, faire l'objet d'un renvoi préjudiciel devant la Cour<sup>39</sup>.

En statuant ainsi, la CJCE a non seulement affirmé l'arbitrabilité des actions fondées sur le droit de la concurrence européen, mais elle a aussi imposé aux arbitres le devoir d'examiner *ex officio* les questions de concurrence qui peuvent surgir pendant un procès arbitral<sup>40</sup>, en ce sens que la force exécutoire de la sentence sur le sol européen exige la

---

by formal legal procedures in their decision making is inappropriate'); L. von Zumbusch, 'Arbitrability of Antitrust Claims under U.S., German, and EEC Law: The International Transaction Criterion and Public Policy', *Texas International Law Journal*, 1987, vol. 22, n. 2-3, pp. 291-330, p. 301.

<sup>33</sup> S. Jarvin, 'Arbitrability of Anti-Trust Disputes...', art. cité, p. 89; V. Korzun, 'Arbitrating Antitrust Claims...', art. cité, p. 903.

<sup>34</sup> G. Cordero-Moss, 'Court Control on Arbitral Awards: Public Policy, Uniform Application of EU Law and Arbitrability' in A. Calissendorff and P. Schöldström (eds.), *Stockholm Arbitration Yearbook 2020*, Kluwer Law International, 2020, p. 204 ('[t]he Mitsubishi decision introduced an era of constant expansion for arbitrability').

<sup>35</sup> Affaire C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV* ECLI:EU:C:1999:269.

<sup>36</sup> *Ibid.*, §30.

<sup>37</sup> *Ibid.*, §36.

<sup>38</sup> *Ibid.*, §39.

<sup>39</sup> *Ibid.*, §40.

<sup>40</sup> F. O. Scarpulla and Q. Fu, 'Thinking globally about recovery actions in international cartel cases', *Journal of Antitrust Enforcement*, 2015, vol. 3, n. 2, pp. 363-390, p. 389; S. Bariatti, 'Arbitration and Antitrust : An overview



conformité de celle-ci avec le droit de la concurrence, indépendamment de l'attitude procédurale des parties<sup>41</sup>.

Le vote de confiance des juridictions de l'UE, cette fois-ci à l'arbitrage sportif, a été récemment renouvelé dans l'affaire *International Skating Union*<sup>42</sup>. Dans sa décision à l'origine de cette affaire<sup>43</sup>, la Commission a considéré que la résolution des litiges entre les patineurs et l'Union Internationale de Patinage (« IUP ») par la voie de l'arbitrage devant le Tribunal Arbitral du Sport (« TAS ») constituait « une situation aggravante », au sens du point 26 des lignes directrices pour le calcul des amendes<sup>44</sup>, dans la mesure où elle renforçait les règles d'éligibilité de l'ISU<sup>45</sup> qui, d'après l'analyse concurrentielle de la Commission, violaient l'article 101 TFUE en tant que restrictions par l'objet<sup>46</sup>. Pourtant, le Tribunal de l'Union Européenne a rejeté l'argumentation de la Commission en statuant que l'arbitrage peut se justifier en l'espèce « par des intérêts légitimes liés à la spécificité du sport »<sup>47</sup>, et qu'en tout état de cause, les victimes des pratiques anti-concurrentielles peuvent saisir soit les autorités nationales de la concurrence soit les juridictions nationales dans le cadre d'un recours en

---

of EU and national case law', *e-Competitions Arbitration & Antitrust*, 10 juillet 2012, Art. N° 67666; T. D. de Groot, 'The Ex Officio Application of European Competition Law by Arbitrators' in G. Blanke and P. Landolt (eds.), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners*, Kluwer Law International, 2011, p. 567; A. Komninos, 'Arbitration and EU Competition Law', SSRN, <<https://ssrn.com/abstract=1520105>>, 2009; G. Blanke, 'Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law', *Journal of International Arbitration*, 2006, vol. 23, n. 3, p. 249-257, pp. 251-253; B. Von Mehren, 'The Eco-Swiss Case and International Arbitration' *Arbitration International*, 2003, vol. 19, n. 4, pp. 465-470, p. 468; L. Idot, « Note - Cour de justice des Communautés européennes 1er juin 1999 - Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International », *Revue de l'Arbitrage*, 1999, n. 3, pp. 639-654, 648-51.

<sup>41</sup> Plus précisément, c'est l'obligation des arbitres de rendre une sentence exécutoire qui impose ce devoir. V. L. Ilie and A. Seow, 'International Arbitration and EU Competition Law Complement Rather than Contradict One Another', *Journal of International Arbitration*, 2017, vol. 34, n. 6, pp. 1007-1038, p. 1020 ('[t]he CJEU did not impose any direct legal duty or obligation on arbitrators to raise EU competition law ex officio. Rather, it recommends that arbitrators do so in order to protect the 'quality' of the award, in the event that the award is subject to review on the grounds of public policy'); S. Dempegiotis, 'EC competition law and international commercial arbitration: A new era in the interplay of these legal orders and a new challenge for the European Commission' *Global Antitrust Review*, 2008, pp. 135-148, p. 142 ('it is fair to argue that Community law imposes no direct legal duty or obligation upon arbitrators to raise and apply EC competition law ex officio. The ECJ simply recommends in Eco Swiss that arbitrators do so in order to protect the status and quality of their award in light of the public policy defence').

<sup>42</sup> Affaire T-93/18 *International Skating Union c Commission européenne* ECLI:EU:T:2020:610.

<sup>43</sup> *International Skating Union's Eligibility rules* (Case AT.40208) Commission Decision C(2017) 8240 final.

<sup>44</sup> Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) 1/2003, JO C 210 du 1.9.2006, pp. 2-5.

<sup>45</sup> En détail, ces règles prévoient des sanctions allant jusqu'à l'exclusion à vie de toute compétition organisée par l'UIP, si un patineur participe dans une compétition non autorisée par l'UIP.

<sup>46</sup> Pour la Commission ce renforcement se produit parce que les juridictions des États-membres n'ont pas l'occasion d'évaluer la conformité de la sentence arbitrale aux règles de la concurrence, compte tenu que, le TAS ayant son siège en Suisse, c'est le Tribunal Fédéral Suisse qui est compétent pour en connaître un recours en annulation et que la nature auto-exécutoire des décisions d'éligibilité rend futile une procédure de non-reconnaissance dans les États-membres (v. AT.40208, préc., §§271-272).

<sup>47</sup> T-93/18, préc., §156.

indemnité, aucune d'elles n'étant liée par les appréciations du TAS en matière de concurrence<sup>48</sup>. De cette manière, le Tribunal a confirmé la conformité des litiges sportifs au droit de l'Union – même lorsqu'ils soulèvent des préoccupations au regard du droit de la concurrence<sup>49</sup>.

Au niveau national, un grand nombre de juridictions nationales d'États membres de l'Union européenne a également statué en faveur de l'arbitrabilité en matière de concurrence<sup>50</sup>. L'arrêt *Labinal* rendu par la Cour d'appel de Paris est, en ce sens, particulièrement instructif<sup>51</sup>. Dans un premier temps, le juge français a clarifié que l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue pour la seule raison qu'une règle d'ordre public international – comme les règles européennes de la concurrence – s'applique en l'espèce<sup>52</sup>. Dans un deuxième temps, la Cour a admis que l'arbitre, alors qu'il ne lui est pas permis de prononcer des injonctions et des amendes, a le pouvoir de prononcer *ex officio* des sanctions civiles, telles que l'annulation du contrat ou l'attribution des dommages et intérêts, lorsqu'il constate que le comportement en cause viole les articles 101 et 102 TFUE<sup>53</sup>.

La question qui se pose ensuite est de savoir si l'arbitre peut également appliquer l'article 101(3) TFUE. Ledit article prévoit qu'une entente *prima facie* restrictive de la concurrence au sens de l'article 101(1) TFUE peut bénéficier d'une exemption individuelle grâce aux effets positifs que l'entente produit néanmoins. Alors que le Règlement 1/2003 mentionne que le juge étatique peut appliquer l'article 101(3) TFUE dans le cadre d'une action privée, il ne fait aucune référence aux arbitres<sup>54</sup>. Cependant, cette lacune ne doit pas être perçue

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, §§159-60.

<sup>49</sup> A. Komninos and M. Kamvysi, 'Arbitration and EU Competition Law...', *op. cit.*, p. 438 ('the General Court clearly chose to favour arbitration in disputes in which competition law issues can emerge').

<sup>50</sup> V. à titre indicatif : High Court of England and Wales, *Microsoft Mobile OY (Ltd) v Sony Europe Ltd & Ors* [2017] EWHC 374 (Ch); High Court of England and Wales, *ET Plus SA v Welters* [2005] EWHC 2115 ('[t]here is no realistic doubt that such "competition" or "anti-trust" claims are arbitrable'); Cour d'Appel de Paris, *European Gas Turbine c Westman*, 30 septembre 1993, *Revue de l'Arbitrage*, 1994, p. 359; Cour d'Appel de Paris, *Société Aplix c Société Velcro*, 14 octobre 1993, *Revue de l'Arbitrage*, 1994, p. 165; Cour de Cassation, *SNF c Cytec*, 4 juin 2008, *Revue de l'Arbitrage*, 2008, p. 473; LG Dortmund, Urteil vom 13 September 2017 - 8 O 30/16 [Kart] ('Kartellverstöße und daraus folgende Kartellschadensersatzklagen sind grds. nach deutschem Recht schiedsfähig'); Cour d'Appel de Hague, *Marketing Displays International Inc. v VR Van Raalte Advertising BV*, 25 mars 2005, *Stockholm International Arbitration Review*, 2006, p. 201; Tribunal fédéral suisse, 28 avril 1992, *ASA Bulletin*, 1992, p. 368; Tribunal fédéral suisse, 13 novembre 1998, *ASA Bulletin*, 1999, p. 529; Cour d'Appel de Bologne, 11 octobre 1990, *Rivista dell'Arbitrato*, 1990, p. 77. V. aussi l'affirmation d'A. Komninos, 'Arbitration and EU Competition Law', art. cité, p. 8 '[t]he arbitrability of competition law-related disputes can now be considered [...] a transnational principle'.

<sup>51</sup> Cour d'Appel de Paris, *Société Labinal c Sociétés Mors et Westland Aerospace*, 19 mai 1993, *Revue de l'Arbitrage*, 1993, p. 645. Le même raisonnement a été subséquemment suivi par la Cour d'Appel de Paris dans l'affaire, *Société Aplix c Société Velcro*, 14 octobre 1993, *Revue de l'Arbitrage*, 1994, p. 164.

<sup>52</sup> Comparez Cour de Cassation (chambre civile), *Tissot*, 28 novembre 1950, *Revue de Droit Civil*, 1951, p. 106.

<sup>53</sup> Ch. Jarronson, « Note - Cour d'appel de Paris (1re Ch. A) 19 mai 1993 - Société Labinal v. Sociétés Mors et Westland Aerospace » *Revue de l'Arbitrage*, 1993, p. 653 ; J.B. Racine, *Droit de l'arbitrage...*, *op. cit.*, n° 173.

<sup>54</sup> Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité OJ L 1, 4.1.2003, 1

en tant que règle prohibitive. L'article 101(3) TFUE est un élément indissociable du droit de la concurrence européen, qui assure son application raisonnable. Donc, si on s'accorde sur le fait que l'arbitre doit *ex officio* appliquer les règles européennes de la concurrence, il faut également qu'il puisse appliquer l'article 101(3) TFUE<sup>55</sup>. Affirmer le contraire pourrait en outre entraîner une fragmentation du contentieux en ce que l'arbitre doit déférer les questions liées à l'application dudit article au juge national<sup>56</sup>.

Dès lors, force est de constater le pouvoir élargi de l'arbitre quant à l'application du droit de la concurrence. En effet, son pouvoir n'apparaît pas différencié par rapport à celui du juge étatique saisi d'une action privée<sup>57</sup>. Toutefois, l'arbitrage demeure un mode de règlement de différends privé. Il est donc essentiel d'analyser comment les sentences arbitrales portant sur une matière si importante pour l'intérêt général sont contrôlées par les juridictions étatiques.

## 2. LE CONTROLE ETATIQUE AUX SENTENCES ARBITRALES PORTANT SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE : UNE MISE EN BALANCE NECESSAIRE

Confier à l'arbitre le pouvoir de statuer sur des infractions relevant du droit de la concurrence ne signifie pas forcément que l'ordre juridique étatique doit accepter n'importe quelle décision de l'arbitre<sup>58</sup>. Le respect de l'ordre public international, *i.e.* des règles et valeurs dont l'ordre juridique d'un État ne saurait souffrir la méconnaissance, même dans un contexte international, fixe les contours de son pouvoir décisionnel<sup>59</sup>. Que les règles de la concurrence relèvent de l'ordre public international n'est plus contesté, au moins au sein de l'UE<sup>60</sup>. Donc,

---

<sup>55</sup> L. Ilie and A. Seow, 'International Arbitration and EU Competition Law...', art. cité, pp. 1018-1019; J.B. Racine, *Droit de l'Arbitrage*, *op.cit.*, n° 174; A. Komninos 'Arbitration and EU Competition Law', art. cité, p. 10; S. Dempegiotis, 'EC competition law...', art. cité, p. 140; M. Fontmichel, « L'application... », art. cité ; T. Eilmansberger, 'Die Bedeutung der Art. 81 und 82 EG für Schiedsverfahren' *SchiedsVZ*, 2006, pp. 5-17, p. 8. V. aussi C. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage...*, n° 664 qui, après avoir mentionné des défis d'ordre procédural quant à l'information et la participation de la Commission européenne à l'arbitrage, conclue en disant que « la question de l'application par l'arbitre de l'article 101(3) TFUE demeure, en pratique au moins, délicate ».

<sup>56</sup> A. Komninos and M. Kamvysi, 'Arbitration and EU Competition Law...', *op. cit.*, p. 418.

<sup>57</sup> S. Dempegiotis, 'EC competition law...', art. cité, p. 140 ('thus far the arbitrability of EC competition law appears to have been governed by a single principle: the arbitrators' competence to adjudicate on EC competition law issues must coincide (in terms of scope) with that of national judges'.)

<sup>58</sup> M. Boucaron-Nardetto, « Le contrôle par le juge étatique de l'ordre public concurrentiel », *AJCA*, 2014, n. 5, p. 208-211.

<sup>59</sup> Cour d'appel de Paris, *République du Congo c. Société Customs & Tax Consultancy*, 16 mai 2017, *Revue de l'Arbitrage*, 2018, p. 248.

<sup>60</sup> *Eco Swiss*, préc., §39 ; J.B. Racine, *Droit de l'arbitrage*, *op. cit.*, n° 960 ; M. Boucaron-Nardetto, « Le contrôle... », art. cité ; G. A. Bermann, 'Navigating EU Law and the Law of International Arbitration', *Arbitration International*, 2012, vol. 28, n. 3, p. 397-446, p. 411. Contra Tribunal Fédéral Suisse, *Tensacciai S.P.A v Freyssinet Terra Armata S.R.L.* 4P278/2005, 8 mars 2006, *ASA Bulletin*, vol. 26, n. 3, 2006, p. 550 ('the provisions of competition laws, whatever they may be, do not belong to the essential and broadly recognized values which, according to the concepts prevailing in Switzerland, would have to be found in any legal order').

en cas de mauvaise appréciation par l'arbitre, l'annulation ou le refus de reconnaissance et d'exéquatur peuvent être prononcés au motif de contrariété à l'ordre public<sup>61</sup>.

Or, le débat consiste à déterminer l'intensité du contrôle opéré par le juge étatique dans le cadre desdites procédures. En d'autres termes, quel est le niveau de mauvaise appréciation exigé pour que la sentence arbitrale soit privée d'effets ? À côté de l'approche minimaliste traditionnelle (2.1), on constate également l'émergence d'une nouvelle doctrine, dite du « second regard », qui préconise un contrôle plus exigeant (2.2).

### **2.1. Le contrôle minimaliste traditionnel incapable de sauvegarder l'ordre public concurrentiel**

La position jurisprudentielle d'un contrôle minimaliste des sentences arbitrales en droit de la concurrence a été établie en France avec l'arrêt *Thalès* de la Cour d'appel de Paris du 18 novembre 2004<sup>62</sup>. En l'espèce, la société Thalès a demandé l'annulation d'une sentence arbitrale au motif que les arbitres ont méconnu que le contrat en cause était nul au regard de l'article 81 du Traité instituant la Communauté européenne (« TCE ») [désormais article 101 TFUE]. La Cour d'appel, dans un *dictum* devenu célèbre, a exigé que la violation de l'ordre public international soit « flagrante, effective et concrète ». Autrement dit, la violation doit être évidente et pouvoir être constatée sans un examen approfondi<sup>63</sup>. D'après l'expression que s'approprie la Cour d'appel, la violation doit « crever les yeux ».

En outre, la Cour a ajouté que le juge, bien qu'il puisse « porter une appréciation en droit et en fait sur les éléments qui sont dans la sentence déférée à son contrôle », ne peut pas « statuer au fond sur un litige complexe qui n'a jamais encore été ni plaidé, ni jugé devant un arbitre concernant la simple éventualité de l'illicéité de certaines stipulations contractuelles »<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> V. les articles 1514, 1520-5° CPC ; articles 34(2)(b)(ii), 35(1) et 36(1)(b)(ii) de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage international (2006) ; V(2)(b) de la Convention de New York 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

<sup>62</sup> Cour d'appel de Paris, *Thalès Air Défense c Euromissile*, 18 septembre 2004, *Revue de l'Arbitrage*, 2004, p. 751.

<sup>63</sup> C. Seraglini, « Le contrôle par le juge de l'absence de contrariété de la sentence à l'ordre public international : le passé, le présent, le futur » *Revue de l'Arbitrage*, 2020, p. 347-376, p. 353. V. également L. G. R. di Brozolo, « L'illicéité « qui creve 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) » *Revue de l'Arbitrage*, 2005, p. 529 qui cependant approuve l'approche minimaliste adoptée par la Cour d'appel.

<sup>64</sup> V. aussi Cour d'appel de Paris, *Linde Aktiengesellschaft et autres c Halyvourgiki AE*, 22 octobre 2009, *Revue de l'Arbitrage*, 2010, p. 124 (note F.X. Train), 127-8 « le juge de l'annulation, s'il peut porter une appréciation en droit et en fait sur les éléments qui sont dans la sentence déférée à son contrôle, ne peut statuer au fond sur un litige complexe non tranché par les arbitres et qui nécessiterait une instruction bien plus complète que celle résultant d'un échange de conclusions devant lui ». Ainsi, la Cour a refusé de « se livrer en l'absence de violation manifeste à une nouvelle analyse des stipulations contractuelles ou de leur conformité aux règles de la concurrence ».

Pour reprendre l'expression de Seraglini, « le contrôle est encadré par la 'sacro-sainte' interdiction de la révision au fond de la sentence »<sup>65</sup>, qui était conçue comme empêchant le juge de reconsidérer l'interprétation ou la qualification retenue par les arbitres<sup>66</sup>. Ayant établi un standard d'annulation si haut, c'est sans surprise que la Cour a refusé l'annulation de la sentence.

L'approche minimaliste a été reprise dans certains arrêts de la Cour de cassation<sup>67</sup>, ainsi que par la jurisprudence d'autres pays européens<sup>68</sup>. Il est évident que l'approche minimaliste vise à sauvegarder la finalité de la sentence arbitrale en prohibant une révision au fond au stade d'un recours en annulation ou d'une procédure de demande de reconnaissance ou d'exéquatur<sup>69</sup>.

Pourtant, on pourrait reprocher à cette approche minimaliste de limiter considérablement les moyens disponibles du juge pour apprécier une violation de l'ordre public<sup>70</sup>. Précisément en matière de concurrence, un examen superficiel ne suffit pas pour apprécier une infraction<sup>71</sup>. L'analyse concurrentielle exige une enquête approfondie tant sur les faits donnant lieu au comportement en cause que sur les effets que ce comportement est susceptible de produire dans le marché pertinent<sup>72</sup>. Une telle enquête, à la fois juridique et économique, fait désormais partie intégrante de la mise en œuvre du droit de la concurrence moderne – les concurrentialistes parlent alors de sophistication du droit de la concurrence<sup>73</sup>. Or, l'approche minimaliste dépouille le juge national des outils qui lui permettront d'appliquer

---

<sup>65</sup> C. Seraglini, « Le contrôle... », art. cité, p. 351.

<sup>66</sup> C. Greenberg, « Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international : les questions en suspens », *Revue de l'arbitrage*, 2022, n. 1, pp. 227-250, p. 231.

<sup>67</sup> Cour de Cassation, *Société SNF c. Société Cytec Industries BV*, 4 juin 2008, *Revue de l'Arbitrage*, 2008, p. 346 (« seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée »).

<sup>68</sup> V. à titre indicatif : Cour Suprême de Suède (*Högsta domstolen*), *Systembolaget c. The Absolut Company*, 17 juin 2015, *e-Competitions*, 2015, n. 75447 (note S. Klevstrand) ; Cour de Cassation de Grèce (*Areios Pagos*), arrêt 1665/2009, *ICCA Yearbook Commercial Arbitration*, 2009, p. 284 ; Cour d'Appel de Bruxelles, *Cytec Industries BV c SNF SAS*, 22 juin 2009, *Revue de l'Arbitrage*, 2009, p. 574 (note A. Mourre) ; OLG Thüringer, Urteil vom 8 August 2007, 4 Sch 3/06 – *Schott* ; Cour d'appel de Florence, *Nuovo Pignone v Schlumberger*, 21 mars 2006, *Rivista dell'Arbitrato*, 2006, p. 741 ; Cour d'appel de Svea, *Republic of Latvia v. Latvijas Gaze*, T 6730-03, 4 mai 2005. D'après C. Seraglini, « Le contrôle... », art. cité, p. 367 « la tendance minimaliste en matière de contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public s'est imposée en droit comparé ».

<sup>69</sup> M. Boucaron-Nardetto, « Le contrôle... », art. cité.

<sup>70</sup> C. Seraglini, « Le contrôle... », art. cité, p. 353. V. aussi J.B. Racine, *Droit de l'arbitrage, op.cit.*, n° 966 qui souligne le risque d'un contrôle « fantôme »

<sup>71</sup> S. Bollée, « De la validité d'une sentence arbitrale au regard de l'ordre public posé par le droit communautaire de la concurrence » *Revue critique de droit international privé*, 2006, n. 1, pp. 104-122, n°7 (« la vérification de la conformité de la sentence à l'ordre public au fond sera *de facto* dépourvue de toute réalité, tant il est dans l'ordre des choses que l'illicéité ne se dévoile pas au premier regard ») ; M. Boucaron-Nardetto, « Le contrôle... », art. cité.

<sup>72</sup> M. Boucaron-Nardetto, « Le contrôle... », art. cité ; D. Geradin 'Public Policy and Breach of Competition Law in International Arbitration' *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2006, n. 27, pp. 133-158, p. 149.

<sup>73</sup> D. Bosco et C. Prieto, *Droit européen de la concurrence*, précit., pp. 215 et seq.

le droit de la concurrence moderne dans le cadre du contrôle des sentences arbitrales : en limitant son rôle aux violations « flagrantes », une vaste catégorie des infractions, *i.e.* les restrictions par les effets, échappent complètement au contrôle<sup>74</sup>. En fait, seules les infractions les plus grossières (comme la fixation des prix ou le partage des marchés) peuvent être détectées par un contrôle superficiel<sup>75</sup>. Cette faiblesse de l'approche minimaliste peut évidemment aboutir aux faux négatifs (*i.e.* des restrictions de la concurrence non détectées), lorsque l'arbitre n'a pas constaté une infraction véritable. Cependant, elle peut également produire de faux positifs (*i.e.* des qualifications erronées de restriction de la concurrence), lorsque l'arbitre a sanctionné une infraction prétendue sans l'être véritablement. Restreint dans un contrôle superficiel, le juge national ne peut remédier ni aux uns, parce qu'il ne lui est pas permis d'apprécier les effets du comportement en cause, ni aux autres, car il ne peut non plus examiner les gains d'efficacité justifiant un comportement jugé illicite par l'arbitre.

Bien entendu, une telle proposition empêche l'effectivité du droit de la concurrence et met en péril ses finalités, à savoir le bien-être du consommateur et le fonctionnement efficient du marché intérieur. Or, les juridictions nationales sont tenues par le droit de l'UE d'assurer la pleine efficacité de ses normes ; de façon corollaire, toute pratique juridique mettant en péril cet objectif doit être mise à l'écart<sup>76</sup>. De ce point de vue, il est incertain que l'approche minimaliste adoptée par la France et d'autres juridictions européennes soit conforme au principe d'effectivité du droit de l'UE<sup>77</sup>.

Vu les inconvénients de l'approche minimaliste, une nouvelle approche, dite du « second regard » a fait son apparition dans la jurisprudence et la doctrine. Cette approche mérite notre analyse, afin de constater si elle peut véritablement aboutir à un contrôle étatique

---

<sup>74</sup> V. l'argumentation de l'AG Wathelet dans l'affaire C-567/14 *Genentech Inc. c Hoechst GmbH et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH* [2016] §65 : « ce contrôle extrêmement limité aurait pour effet de ne concerner que « [les] violations [de l'article 101 TFUE] les plus évidentes, telles que les accords de fixation de prix ou de partage de marché ». Les restrictions par effet échapperaient ainsi complètement au contrôle du juge de l'annulation, puisque la constatation de leur existence nécessiterait un examen plus que minimal du fond de la sentence arbitrale, ce que les juridictions françaises ne pourraient faire. ».

<sup>75</sup> S. Bollée, « De la validité... », art. cité, note 15.

<sup>76</sup> Affaire C-106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato c Simmenthal SpA* ECLI:EU:C:1978:49.

<sup>77</sup> M. Penades, 'The effectiveness of EU law in arbitration', *Common Market Law Review*, 2020, vol. 57, n. 4, pp. 1069-1106, p. 1095; P. Landolt, 'Limits on Court Review of International Arbitration Awards Assessed in light of States' Interests and in particular in light of EU Law Requirements' *Arbitration International*, 2007, vol. 23, n.1, pp. 63-92, p. 83 ('[t]he duty placed on EU Member State courts to ensure the compatibility of arbitral awards with EC competition law may well entail the abrogation of EU Member State legal provisions limiting the intensity of such review'). Contra L. G. R. di Brozolo, 'Arbitration and Competition Law...', art. cité, p. 8 ('[a]n in-depth review of the award is not indispensable to ensure the effectiveness of private enforcement of competition law and to act as a deterrent against the use of arbitration to circumvent competition law').

des sentences arbitrales plus efficace à l'égard de la complexité du droit de la concurrence moderne.

## 2.2. L'alternative préférable de la doctrine du « second regard »

Comme on l'a constaté, la Cour Suprême des États-Unis était la première à avoir ouvert la voie de l'arbitrabilité en matière de concurrence. Le *quid pro quo* d'élargissement de l'arbitrabilité était le rôle renforcé du juge étatique quant au contrôle de la sentence arbitrale<sup>78</sup>. Alors que la Cour n'a pas précisé l'étendue du contrôle, la jurisprudence postérieure a précisé que le juge peut aller jusqu'à une évaluation *de novo*<sup>79</sup>. Autrement dit, selon cette approche, dite du « second regard », le juge peut apprécier indépendamment<sup>80</sup>, sans être restreint par les postulats factuels et juridiques de l'arbitre, le respect des règles qui relèvent de l'ordre public<sup>81</sup>.

La récente jurisprudence de la Cour d'appel de Paris fait écho à l'approche du « second regard »<sup>82</sup>. On constate non seulement l'abandon de l'adjectif « flagrante » quant au caractère de la violation de l'ordre public international, mais aussi l'approbation claire d'un rôle actif

---

<sup>78</sup> *Mitsubishi* (n 14) 638 ('Having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity at the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws has been addressed.'). V. également M. Boucaron-Nardetto, « Le contrôle... », art. cité : « [l]e contrôle étatique de la sentence constitue la contrepartie de la confiance faite à l'arbitrage ». De son côté, J.B Racine, « Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international : un état des lieux », *Revue de l'Arbitrage*, 2022, p. 180 en parle de « compromis Mitsubishi ».

<sup>79</sup> *Peco Foods Inc. v. Retail Wholesale & Dep't Store Union Mid-S. Council*, 727 F.App'x 604, 608 (11th Cir. 2018); *Entergy Operations, Inc. v. United Gov't Sec. Officers of Am. Int'l Union*, 856 F.3d 561, 564 (8th Cir. 2017) ('[w]e accept the facts as found by the arbitrator, but we review his legal conclusions de novo to determine whether the award violates public policy'); *Titan Tire Corp. of Freeport v. United Steel*, 734 F.3d 708, 717 (7th Cir. 2013) ('taking the facts as found by the arbitrator, but reviewing [the arbitrator's] conclusions de novo'). Contra *Baxter Int'l v. Abbott Laboratories*, 315 F.3d 716 (7th Cir. 2003) ('*Mitsubishi* did not contemplate that, once arbitration was over, the federal courts would throw the result in the waste basket and litigate antitrust issues anew. This would be just another way of saying that antitrust claims are not arbitrable'); *American Central Eastern Texas Gas Co. v. Union Pacific Resources Group*, 2004 U.S. Ap. LEXIS 1216 (5th Cir. 2004).

<sup>80</sup> G. Cordero-Moss, « Arbitrabilité et contrôle judiciaire : mis en balance » in H. Muir Watt et al. (eds.), *Le tournant global en droit international privé*, Pedone, 2020, p. 160 (« les tribunaux doivent effectuer leur propre évaluation indépendante pour déterminer si l'ordre public est violé »).

<sup>81</sup> V. par excellence *Rohm & Haas Co. v. United Steel, Paper & Forestry*, 781 F. Sup. 2d 251, 256 (E.D. Pa. 2011): '[w]hether an award violates public policy is a question for the Court, not the arbitrator'.

<sup>82</sup> Cour d'Appel de Paris, *État de Libye c. SA Société orléanaise d'électricité et de chauffage électrique Sorelec*, 17 novembre 2020, *Revue de l'Arbitrage*, 2020, p. 762 ; Cour d'Appel de Paris, *République du Bénin c. Société Securiport Bénin et Société Securiport LLC*, 27 octobre 2020, *Revue de l'Arbitrage*, 2020, p. 748 ; Cour d'Appel de Paris, *SA TCM FR S.A. (anciennement dénommée Sofregaz) c. Société Natural Gas Storage Company (NGSC)*, 3 juin 2020, *Revue de l'Arbitrage*, 2020, p. 1121 (note J. Y. Garaud, C. Martini et G. de Rancourt) ; Cour d'Appel de Paris, *République Gabonaise c. Webcor ITP Ltd. et autre*, 25 mai 2020, *Revue de l'Arbitrage*, 2021, p. 778 (note P. Mayer) ; Cour d'appel de Paris, *État du Cameroun c. SPRL Projet Pilote Garoubé*, 20 décembre 2018, *Revue de l'Arbitrage*, 2018, p. 472 (note J. B. Racine) ; Cour d'Appel de Paris, *Alstom Transport c Alexander Brothers*, 10 avril 2018, *Revue de l'Arbitrage*, 2018, p. 574 (note E. Gaillard) ; Cour d'Appel de Paris, *MK Group c Onix*, 16 janvier 2018, *Revue de l'Arbitrage*, 2018 p. 401 (note S. Lemaire) ; Cour d'Appel de Paris, *SA Ancienne Maison Marcel Bauche c. Indagro*, 27 septembre 2016, *Revue de l'Arbitrage*, 2017, p. 942 ; Cour d'Appel de Paris, *République du Kirghizistan c. M. Belokon*, 21 février 2017, *Revue de l'Arbitrage*, 2017, p. 915 (note M. Audit et S. Bollée) ; Cour d'Appel de Paris, *République Hellénique c. Société Bombardier Inc.*, 14 avril 2015, *Revue de l'Arbitrage*, 2015, p. 557 (note L. Idot).

pour le juge qui « n'est pas limité aux éléments de preuve produits devant les arbitres, ni lié par les constatations, appréciations et qualifications opérées par ceux-ci »<sup>83</sup>, et qui peut dorénavant effectuer sa propre évaluation en droit et en fait<sup>84</sup>, donc un contrôle plein de l'affaire<sup>85</sup>. Cette approche a été récemment validée par la Cour de cassation dans les affaires *Belokon*<sup>86</sup> et *Sorelec*<sup>87</sup>. Dans ces deux affaires, la Cour a rejeté les pourvois formés à l'encontre de décisions d'annulation des sentences respectives par la Cour d'appel de Paris, en réaffirmant le rôle poussé du juge de l'annulation quant au contrôle de la sentence pour sa conformité à l'ordre public international. Avec la réserve que la jurisprudence de la haute juridiction ne concerne – pour le moment – que des violations des règles proscrivant la corruption des fonctionnaires, il reste à voir si le même contrôle minutieux sera également opéré en matière de concurrence.

De toute façon, cette tendance jurisprudentielle, suivie aussi par des juridictions étrangères<sup>88</sup>, est à saluer. Elle met fin à la limitation du juge aux postulats factuels et juridiques de la sentence en lui permettant d'apprécier indépendamment la solution donnée par l'arbitre<sup>89</sup>, ce qui est d'autant plus nécessaire quand les parties dissimulent des faits à l'arbitre pour faire de la sentence arbitrale une feuille de vigne de leur comportement anticoncurrentiel<sup>90</sup>. Par ailleurs, l'approche maximaliste est la seule en position de garantir l'efficacité du droit de la concurrence de l'Union Européenne<sup>91</sup>. Comme on l'a déjà évoqué, un contrôle limité aux

---

<sup>83</sup> CA Paris, *Belokon*, préc., p. 923.

<sup>84</sup> CA Paris, *MK Group*, préc., p. 404.

<sup>85</sup> J.B. Racine, « Le contrôle de la conformité... », art. cité, p. 214 ; C. Greenberg, « Le contrôle de la conformité... », art. cité, p. 235.

<sup>86</sup> Cour de Cassation, *République du Kirghizistan c. M. Belokon*, 22 mars 2022, ECLI:FR:CCASS:2022:C100338.

<sup>87</sup> Cour de Cassation, *Sorelac c. État de Libye*, 7 septembre 2022, ECLI:FR:CCASS:2022:C100610.

<sup>88</sup> BGH, Urteil vom 25 Oktober 1966, BGHZ 46, 365 (« Bei der ihnen [...] aufgetragenen selbständigen Prüfung, ob die Anerkennung eines Schiedsspruchs gegen die öffentliche Ordnung verstoßen würde, können die ordentlichen Gerichte, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen und auch der Bundesgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat [...] weder an die Rechtsauffassung noch an die tatsächlichen Feststellungen des Schiedsgerichts gebunden sein. ») ; BGH, Urteil vom 23 April 1959, BGHZ 30, 89 ; BGH, Urteil vom 29 September 1958 (« Es besteht kein Anlaß, die Nachprüfung [...] in irgendeiner Weise einzuschränken, ») ; BGH, Urteil vom 12 Mai 1958, BGHZ 27, 249 ; OLG Düsseldorf, Urteil vom 24. juli 2004, VI-Sch (Kart) 1/02 - *Regenerative Wärmetauscher* ; Cour d'Appel de Hague, *MDI* (n 32) ; Tribunal de Première Instance de Bruxelles, *Société SNF SAS c Société Cytec Industrie*, 8 mars 2007, *Revue de l'Arbitrage*, 2007, p. 303 (« [e]n vertu de l'article 1704, 2, toute violation de l'ordre public est sanctionnée par l'annulation de la sentence et pas seulement les violations flagrantes, effectives et concrètes (termes de l'arrêt Thalès, Paris, 18 novembre 2004, JCP, 2005, p. 571) ») ; Cour d'Appel de Madrid, *Camilaga/DAF Vehiculos*, 18 octobre 2013. V. aussi K. Hilbig et K. Sachs, « La portée du contrôle exercé par les tribunaux étatiques allemands sur les sentences arbitrales relatives au droit communautaire de la concurrence » *Gazette du Palais*, 2008, n. 185, p. 3.

<sup>89</sup> C. Seraglini, « Le contrôle... », art. cité, pp. 368-369.

<sup>90</sup> D. Geradin, « Public Policy... », art. cité, p. 151-152. Il peut arriver que les parties conviennent de ne pas produire certains éléments de preuve dans l'arbitrage pour que leur comportement anticoncurrentiel ne soit pas dévoilé, afin d'éviter les conséquences lourdes (tant par l'arbitre que par les autorités de la concurrence) que leur comportement implique. De cette façon, la sentence arbitrale peut servir à camoufler un comportement anticoncurrentiel.

<sup>91</sup> G. Cordero-Moss, « Court Control », art. cité, p. 207 ; P. Landolt, « Limits on Court Review... », art. cité, p. 83 ; M. Penades, « The effectiveness of EU law in arbitration », art. cité, p. 1095.



violations flagrantes est non seulement incapable de sanctionner les restrictions par les effets mais aussi d'en apprécier les gains d'efficacité, ce qui rend impossible la mise en œuvre du droit de la concurrence de façon nuancée comme cela est désormais exigé. Alors que la CJUE n'a pas encore clairement statué sur la question de l'étendue du contrôle<sup>92</sup>, on peut supposer son soutien pour l'approche maximaliste<sup>93</sup>. D'une part, dans l'affaire célèbre *Achmea*, la CJUE a admis la conformité de l'arbitrage commercial avec le droit de l'Union « pourvu que les dispositions fondamentales du droit de l'Union puissent être examinées dans le cadre [du] contrôle [étatique de la sentence] et, le cas échéant, faire l'objet d'un renvoi préjudiciel devant la Cour »<sup>94</sup>. Une réévaluation de plein effet de la conformité des sentences aux règles d'ordre public communautaire paraît en ce sens une condition *sine qua non* pour que l'arbitrage commercial soit conforme au droit de l'Union. D'autre part, l'avocat général Wathelet dans l'affaire *Genentech* a adopté explicitement l'approche maximaliste en déclarant qu'un contrôle limité aux violations flagrantes « serait illusoire compte tenu de ce que les accords ou pratiques susceptibles de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sont souvent dissimulés »<sup>95</sup>. Encore plus clairement, le Tribunal dans l'affaire *ISU* susmentionnée a précisé que « la juridiction nationale n'est pas liée par l'appréciation effectuée par le TAS sur la compatibilité de la décision d'inéligibilité ou le refus d'autorisation avec le droit de la concurrence de l'Union »<sup>96</sup>. Dès lors, il ressort que la position du droit de l'Union est plutôt conforme à l'approche maximaliste en favorisant une révision au fond en matière de concurrence<sup>97</sup>.

Étant compatible avec le droit de l'Union, il faut se demander, d'autre part, si l'admissibilité de la révision au fond est également compatible avec les principes fondamentaux du droit de l'arbitrage. En effet, le contrôle de la conformité à l'ordre public – qui fait lui aussi partie des principes fondamentaux de l'arbitrage – implique nécessairement, en premier lieu, que le juge apprécie indépendamment les éléments de droit et de fait du litige, afin de déterminer ce que l'ordre public exige en l'espèce<sup>98</sup>. Le juge procède, en second lieu, à une comparaison de ces exigences avec la solution retenue par les arbitres et, en cas de désaccord,

---

<sup>92</sup> Dans l'arrêt *Eco-Swiss*, préc., §32, la Cour a jugé que le contrôle par les juridictions des États membres des sentences arbitrales internationales soulevant des questions de droit de l'Union peut être « plus ou moins étendu selon le cas », en fonction des règles adoptées par les États membres dans le cadre de leur autonomie procédurale.

<sup>93</sup> Contra A. Komninos and M. Kamvysi, 'Arbitration and EU Competition Law...', *op.cit.*, p. 424.

<sup>94</sup> Affaire C-284/16 *Slowakische Republik c Achmea BV* [2018] ECLI:EU:C:2018:158, §54.

<sup>95</sup> *Genentech*, préc., §64-67. Sur cet argument, v. aussi S. Bollée, « De la validité... », art. cité. Il faut pourtant souligner que dans cette affaire la Cour a évité de prendre position claire dans ce débat minimaliste-maximaliste.

<sup>96</sup> T-93/18, précit., §159 emphase ajoutée.

<sup>97</sup> M. Penades, 'The effectiveness of EU law in arbitration', art. cité, p. 1092).

<sup>98</sup> C. Greenberg, « Le contrôle de la conformité... », art. cité, p. 232.

il refuse l'admission de la sentence arbitrale dans l'ordre juridique étatique<sup>99</sup>. Si, comme le proclame l'approche minimaliste, le juge s'abstient d'une appréciation autonome des éléments du litige en cause, il se produit une confusion entre le critère et l'objet du contrôle : les exigences de l'ordre public (critères du contrôle) sont déterminées par rapport aux énonciations de la sentence (objet du contrôle), ce qui rend le contrôle illusoire.

Toutefois, bien que nécessaire pour que le contrôle ne soit pas dépourvu de sens, il s'agit toujours d'une révision limitée quant à son objet : une violation « effective et concrète » est toujours requise<sup>100</sup>. Autrement dit, la violation de l'ordre public ne peut s'établir que par rapport à la solution donnée par les arbitres *in casu* ; une simple faute de raisonnement est insuffisante<sup>101</sup>. Si, par exemple, l'arbitre a admis à tort la validité d'un contrat jugé illicite au regard de l'article 101 TFUE mais a rejeté la demande en vertu d'un autre motif, la solution donnée ne se heurte en rien à la politique concurrentielle – pourvu que l'ordre juridique d'accueil ne reconnaisse pas d'autorité de la chose jugée à la question préalable de la validité du contrat – et, partant, une telle sentence ne risque pas d'être annulée. En d'autres termes, ce qui importe n'est pas d'assurer l'existence des sentences arbitrales juridiquement parfaites, mais de veiller à ce que leurs effets concrets soient conformes aux dispositions de l'ordre public. Cette condition s'étant posée, l'on peut conclure que l'adoption, de plus en plus répandue en France comme à l'étranger, de l'approche maximaliste ne risque pas de se heurter aux principes fondamentaux de l'arbitrage.

---

<sup>99</sup> *Ibid.*

<sup>100</sup> CA Paris, *MK Group*, préc., p. 408 ; CA Paris, *TCM FR*, préc., p. 1135 ; CA Paris, *SPRL*, préc., p. 484.

<sup>101</sup> D'après certains auteurs, une violation est effective et concrète si elle se heurte aux finalités de la politique de concurrence. V. en ce sens L. G. R. di Brozolo, 'Arbitration and Competition Law...', art. cité, p. 12 'the compatibility of the award with public policy must be verified with regard to the situation at hand, so as to determine whether the arbitrators' solution truly jeopardises the goals of competition policy'.

## CONCLUSION

Les finalités du droit de l'arbitrage et du droit de la concurrence sont certes très différentes. Le premier cherche à assurer l'efficacité d'un mode de règlement de litiges privés tandis que le second veille à l'achèvement du bien commun par le biais du fonctionnement efficient du marché. C'est sans surprise que leur logique différente fait naître des tensions.

Au niveau de l'arbitrabilité, la tension apparaît résolument en faveur de l'arbitrage. Il est désormais admis que la voie de l'arbitrage est ouverte pour les actions privées fondées sur le droit de la concurrence. À ce niveau, la justice privée est perçue comme égale à la justice étatique à tel point que l'arbitre est même tenu d'appliquer *ex officio* les règles de la concurrence.

La confiance faite à l'arbitre pour en connaître en premier lieu nonobstant, les règles du droit de la concurrence sont d'une telle importance que leur mise en œuvre effective doit être surveillée par les juges nationaux. C'est pourquoi, au niveau du contrôle des sentences arbitrales, on constate un rôle plus poussé pour le juge national. Celui-ci procède à une appréciation autonome en droit et en fait, pas seulement parce que l'arbitrage a le potentiel d'être utilisé comme une feuille de vigne de pratiques anticoncurrentielles, mais également parce que les règles du droit de la concurrence moderne nécessitent une analyse juridique et économique approfondie. Pour que cette exigence soit accomplie, le juge national ne peut qu'examiner indépendamment de postulats de l'arbitre le litige en cause.

Cependant, on peut s'assurer que l'approche maximaliste ne signifie pas que le juge d'annulation « *would throw the [arbitration's] result in the waste basket* », <sup>102</sup> seulement si la solution donnée par les arbitres se heurte à la politique de la concurrence, tant nuancée qu'il est de nos jours conçue, le résultat de la procédure arbitrale est mis à l'écart. Une violation « effective et concrète » est toujours requise pour l'annulation de la sentence, cela permettant d'assurer un contrôle équilibré : profond quant à son intensité, mais limité quant à son objet.

---

<sup>102</sup> *Baxter Int'l v. Abbott Laboratories*, précit.