

**L'ARBITRAGE
ET LE DROIT EUROPÉEN**
**Compte rendu du Colloque international
du CEPANI du 25 avril 1997**

En 1990, le Centre belge pour l'étude et la pratique de l'arbitrage national et international (CEPANI) avait amorcé une réflexion sur les rapports existant entre l'arbitrage et le droit européen au cours d'un colloque consacré à « l'arbitrage national et international en Belgique dans la perspective du marché unique

européen»⁽¹⁾. Relancée en 1994 lors du 25^e anniversaire du CEPANI dans le communiqué prononcé par Mr. Van Gerven⁽²⁾, cette réflexion s'est poursuivie le 25 avril dernier au cours d'un important colloque. La participation nombreuse ainsi que la variété des thèmes abordés témoignent sans conteste de la richesse du sujet. On remarquera par ailleurs l'excellente organisation de ce colloque dont les actes furent remis le jour même aux participants⁽³⁾.

Fidèle à la tradition du Centre, rappelée par son président, Mr. Jan Steyvaert, dans son mot d'accueil, ce colloque explorait les aspects tant pratiques que théoriques des diverses relations entre le droit européen et l'arbitrage. Mr. Robert Briner, président de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, a dès l'abord souligné la nature des enjeux en rappelant la part considérable jouée par les Etats membres dans le commerce mondial et par conséquent dans la pratique arbitrale de la C.C.I., au niveau tant des lieux d'arbitrage que de la nationalité des arbitres et des parties. Mr. Briner s'est félicité du rôle discret tenu par l'Union en matière d'arbitrage. Il a rappelé qu'outre les questions d'articulation, la coexistence du droit européen et de l'arbitrage pose de nouvelles interrogations. Ainsi le phénomène de la mobilité génère, selon lui, la question de l'utilisation de l'arbitrage dans de nouvelles matières, comme les relations travailleurs-employeurs ou consommateurs-prestataires de service.

Différents orateurs se sont ensuite succédés. Mr. Bernard Hanotiau, avocat et professeur à l'Université catholique de Louvain, a étudié les rapports entre l'arbitrage et le droit européen de la concurrence, tandis que Mr. Yves Derains, ancien secrétaire général de la Cour internationale d'arbitrage de la C.C.I. et avocat,

(1) L. GÖRÜN, « Arbitrage et droit européen », *R.D.I.D.C.*, 1990, n° 4, pp. 315 et s.; S. BOND, « CEPANI : Arbitrage à l'horizon 92 : les arbitres », *Bulletin de la FEB*, 1990, n° 19, pp. 1476 et s.; T. VANDERUTTE, « L'importance de l'arbitrage pour les entreprises », *Bulletin de la FEB*, 1990, n° 6, pp. 402-403; F. VINCKE, « Le lieu de l'arbitrage », *Bulletin de la FEB*, 1990, n° 17, p. 1320.

(2) W. VAN GERVEN, « L'arbitrage et le droit européen », communiqué prononcé lors de la séance académique du 25^e anniversaire du CEPANI, le 21 septembre 1994, *R.D.I.D.C.*, 1995, pp. 67-74.

(3) L'ensemble des actes du colloque est publié : « L'arbitrage et le droit européen », *Actes du Colloque international du CEPANI du 25 avril 1997*, Bruylant, Bruxelles, 1997.

analysa la jurisprudence arbitrale en ce domaine. Mr. Peter Schloesser, professeur à l'Université de Munich, clôtura la matinée par un exposé relatif à l'ordre public communautaire. Le professeur Johan Erauw (Université Gent) ouvrit la session de l'après-midi par une analyse approfondie de la problématique des questions préjudicielles posées à la Cour de justice. MM. Marc-André Gaudissart, aspirant F.N.R.S. (Europees Instituut, Universiteit Gent), Jean-Victor Louis, professeur à l'Université libre de Bruxelles et Lode Van Den Hende, assistant à l'Europees Instituut (Universiteit Gent) et avocat, se sont ensuite penchés sur les clauses de règlement des différends dans les accords internationaux conclus par les Communautés européennes. La journée s'est achevée sur de brillantes conclusions présentées par MM. Koen Lenaerts, professeur à la Katholieke Universiteit Leuven et juge au Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, et Marc Pittie, assistant à l'Université catholique de Louvain et référendaire au Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes.

En somme, les orateurs ont mis en exergue les diverses facettes des rapports existant entre le droit européen et l'arbitrage. L'essentiel de cette journée tenait en l'analyse de l'application du droit européen aux arbitrages de droit privé. Ont également été abordés les arbitrages auxquels les Communautés sont parties, et le rôle de la Cour de justice comme arbitre.

La problématique de la prise en considération du droit européen dans les arbitrages de droit privé s'articule autour de trois questions, désormais familières au praticien comme au théoricien : l'arbitrabilité des litiges soulevant l'application du droit européen, la force obligatoire du droit européen dans le cadre d'un arbitrage et la possibilité pour les arbitres de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice. Celles-ci appellent en définitive l'analyse de la notion fondamentale d'ordre public communautaire. En raison de son importance pratique, c'est dans le domaine du droit de la concurrence que les arbitres ont d'abord été confrontés à ces questions.

MM. Hanotiau, Lenaerts et Pittie ont tout d'abord relevé que la question de l'arbitrabilité ne se pose qu'à l'égard de règles communautaires ayant effet direct et ne relevant pas de la compétence exclusive de la Communauté. Les articles 85 et 86 remplissent certainement ces conditions. Contrairement à la théorie unilatéraliste

généralement appliquée à ces matières, le droit européen ne donne aucune indication quant à la potentielle arbitrabilité de ces dispositions. Selon Mr. Hanotiau, le problème serait devenu largement théorique dans la mesure où la plupart des ordres juridiques nationaux admettent aujourd'hui l'arbitrabilité des litiges soulevant l'application du droit européen en général et du droit de la concurrence en particulier. Ces propos ont été confirmés par la minutieuse analyse de jurisprudence arbitrale menée par Mr. Derains. Il en ressort que les arbitres évaluent la question de l'arbitrabilité au regard d'un faisceau de lois susceptibles d'influencer la validité et l'exécutabilité de la sentence, principalement la *lex contractus*, la *lex fori* et les règles communautaires de la concurrence.

Dans sa communication écrite, Mr. Hanotiau rappelle combien la notion d'arbitrabilité est liée à la notion d'ordre public puisque les litiges portant sur des droits indisponibles ou touchant à l'ordre public sont traditionnellement considérés comme non arbitrables. Il précise la façon dont, en matière de concurrence, cette question fut résolue dans les ordres juridiques américain, suisse et français. Il propose enfin de donner à l'article 1676 du Code judiciaire belge une interprétation similaire à celle pratiquée en droit français. La jurisprudence française distingue en effet le caractère disponible des droits soumis à l'arbitrage (l'objet du litige) du caractère d'ordre public des règles applicables à celui-ci. Selon lui, cette distinction pourrait s'utiliser en droit communautaire également. Le caractère d'ordre public des articles 85 et 86 du traité ne prohiberait pas l'arbitrabilité des différends qui emportent leur application.

La notion d'ordre public semble conditionner également la force obligatoire des règles de droit communautaire à l'égard des arbitres. Les différents auteurs s'accordent pour affirmer que lorsque la loi applicable à l'arbitrage est la loi d'un Etat membre, il est du devoir des arbitres d'appliquer, même d'office, le droit européen intégré à leur ordre public. C'est l'ordre public véritablement international qui justifie, selon Mr. Hanotiau, une obligation similaire au cas où le droit applicable est celui d'un Etat tiers. Cet ordre public interdirait d'après MM. Hanotiau et Derains que l'arbitrage devienne un instrument de fraude. Mr. Derains fait au surplus état de sentences où les arbitres n'ont pas hésité à appliquer le droit européen alors que cette obligation ne ressortait pas de la

lex contractus. Ainsi les quatre rapporteurs (MM. Hanotiau, Derains, Lenaerts et Pitte), s'en remettent au critère des règles normalement applicables (autrement nommée « théorie des effets »), tout en lui reconnaissant une limite indérogable. L'arbitre que l'application de cette théorie exposerait au risque de statuer *ultra petita* devrait se déclarer incompétent. Ainsi en serait-il lorsque la *lex contractus* est celle d'un Etat tiers. Tant MM. Lenaerts et Pitte que Mr. Derains ont toutefois souligné le caractère peu pratique de cette théorie dont la mise en œuvre dépend principalement de la possibilité pour l'arbitre de déterminer le ou les lieux d'exécution de la sentence. Cette détermination est elle-même conditionnée par le résultat du litige, encore aléatoire à ce stade de la procédure.

La notion d'ordre public est encore présente dans la problématique de la question préjudicielle. L'arbitre tenu d'appliquer les règles d'ordre public communautaire, participe à la mise en œuvre du droit communautaire incombant aux tribunaux nationaux, lesquels sont guidés par la Cour de justice des Communautés. Aux yeux de la Cour de justice, cet élément n'a toutefois pas paru déterminant. L'arrêt Nordsee, très pertinemment analysé par Mr. Erauw, refuse aux arbitres l'accès à la Cour de justice et articule son argumentation autour d'un critère institutionnel. Parce qu'elles ne le lient pas suffisamment à l'organisation de la justice par un Etat, les législations nationales relatives à l'arbitrage ne font pas du tribunal arbitral l'organe d'un Etat. Aucun Etat ne peut par conséquent être tenu pour responsable des violations du droit communautaire commises par les tribunaux arbitraux. Certains orateurs, à tout le moins MM. Erauw, Lenaerts et Pitte, ont approuvé le raisonnement de la Cour et ont souhaité le maintien de cet état de fait. Ils se réfèrent aux particularités de l'arbitrage et, fondamentalement, à son caractère privé. Ainsi l'autonomie des parties apparaît déterminante à ce sujet ainsi que les raisons pour lesquelles elles ont choisi de régler leur différend par la voie de l'arbitrage : la rapidité, la confidentialité, la flexibilité.

Mr. Erauw a cependant souligné la nécessité d'une certaine évolution en la matière. Sans prôner pour autant un renversement de la jurisprudence Nordsee, il a proposé deux pistes d'action en vue de trouver un équilibre entre la protection des droits tirés de l'ordre communautaire et l'autonomie des parties et des Etats dans

leur réglementation en matière d'arbitrage. Dans l'état actuel du droit, il semble possible d'après lui de développer au niveau national une procédure, entourée d'un certain nombre de garanties, tel l'accord des parties, permettant à certains tribunaux arbitraux de solliciter l'aide des juges nationaux, qui pourraient alors s'en référer à la Cour de justice. Ce développement suggéré par la Cour dans l'arrêt Nordsee appelle une intervention législative qui rendrait praticable le système actuel du détournement par les tribunaux nationaux. S'appuyant sur les articles K.1. et K.3., il propose en outre de développer des négociations intergouvernementales afin d'établir un système restrictif de référence directe des arbitres à la Cour.

Il faut encore noter l'incertitude qui règne autour de l'interprétation qui doit être donnée aux communications de la Commission relatives à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 85 et 86 du Traité CE ⁽⁴⁾, d'une part et dans le domaine des aides d'Etat ⁽⁵⁾, d'autre part. D'aucuns interprètent l'absence de référence expresse aux tribunaux arbitraux comme une exclusion de ceux-ci du mécanisme de coopération alors que d'autres n'y voient pas un empêchement fondamental. Le professeur Van Houtte a relevé à cet égard au cours des interventions orales, les difficultés pratiques liées à une éventuelle intervention de la Commission. Ces difficultés sont dues à l'autorité attribuée à l'avis de la Commission. Celui-ci déciderait de la solution du différend alors que la procédure elle-même n'est pas soumise au principe du contradictoire, problème doublé, selon Mr. Lenaerts, de celui de la confidentialité.

Pour clore l'analyse de l'application du droit communautaire dans les arbitrages de droit privé, Mr. Schlosser s'est penché sur la notion qui semble être centrale à cette problématique, celle de l'ordre public. Il a d'abord distingué les différentes acceptions de ce terme en droit français, anglo-saxon et suisse et a ensuite articulé son analyse en deux parties. Dans un premier temps, il s'est interrogé sur la mesure dans laquelle l'ordre public européen peut freiner ou empêcher l'exécution d'une sentence arbitrale. Pour ce faire, il ébauche une définition de l'ordre public communautaire

(4) Communication 93/C/39/05 (J.O., 13 février 1993, p. 6).

(5) Communication 93/C/312/07 (J.O., 23 novembre 1993, p. 8).

qui selon lui, comporte deux aspects. D'une part, il relève au cœur des traités un ensemble de règles limitatives de la liberté contractuelle dont la violation entraînerait celle de l'ordre public communautaire. Il en irait ainsi des articles 85 et 86 mais également des dispositions interdisant les discriminations sur base du sexe ou de la nationalité ou encore de celles prises en application de la directive de 1986 concernant les agents commerciaux. D'autre part, les cinq libertés fondamentales constitueraient l'essence de l'ordre public communautaire. L'établissement du marché commun défini par ces grandes libertés commanderait le refus des sentences qui les enfreindraient.

Dans un deuxième temps, il s'est interrogé sur l'existence d'une notion d'ordre public communautaire favorisant le recours à l'arbitrage. Cette notion ne pourrait être européenne qu'à condition de dériver du droit communautaire proprement dit. Or, au stade actuel de développement du droit, c'est au niveau national que se développe une telle politique à travers la ratification massive de la Convention de New York, ou encore l'acceptation généralisée de clauses de juridiction manifestée dans l'article 17 de la Convention de Bruxelles. Tout au plus pourrait-on soutenir que le recours à l'arbitrage ressort de la liberté contractuelle des opérateurs économiques du marché européen.

Si l'on ne peut conclure à l'existence d'une notion d'ordre public communautaire favorisant l'arbitrage, il faut toutefois relever que, dans les accords conclus avec des Etats tiers, la Communauté n'hésite pas à recourir à l'arbitrage. C'est ici sans doute que s'incarne le versant « amoureux » de la relation souvent qualifiée d'amour-haine qu'entretient la Communauté avec l'arbitrage. Un « amour » qui, comme il se doit, n'est cependant pas sans ambiguïté ainsi que l'ont démontré MM. Gaudissart, Louis et Van Den Hende. Ces accords règlent en effet des matières complexes et nécessitent dès lors des mécanismes de résolution des différends élaborés. Ils sont de trois ordres : diplomatique, juridictionnel et arbitral. Ils se répartissent en deux catégories, selon l'usage qui est fait de ces mécanismes. D'une part, les accords de la Communauté avec un ou plusieurs Etats tiers, dans le cadre desquels la voie diplomatique est le plus souvent utilisée pour résoudre les différends. D'autre part, les accords de l'O.M.C. qui connaissent une procédure de règlement des différends particulièrement efficace et fré-

quemment utilisée. Cette division se prolonge dans l'applicabilité des accords en question. En effet, l'effet direct n'est reconnu qu'à certaines dispositions des accords de la Communauté et aux décisions des organes qu'ils mettent en place mais, en règle, pas aux accords de l'O.M.C. Les particuliers ressentent directement les effets de cette distinction. Les particuliers, lésés par le règlement diplomatique parfois boiteux donné au conflit entre la Communauté et ses partenaires, peuvent faire valoir les droits qu'ils tirent de cette première catégorie d'accords devant les juridictions nationales, en s'appuyant sur l'effet direct qui leur est reconnu.

Ce recours ne leur est pas ouvert quant aux droits qu'ils tirent des accords de l'O.M.C. L'efficacité de la procédure de règlement des différends que connaît ce dernier accord diminue peut-être l'intérêt d'un tel recours. Il est difficile de ne pas voir dans cette distinction le reflet du poids politique respectif des parties aux différends accords.

Enfin, MM. Lenaerts et Pitte ont mis en lumière le dernier aspect des rapports entre le droit communautaire et l'arbitrage, le rôle de la Cour comme arbitre prévu par les articles 181 et 182 du traité. Le premier de ces articles prévoit que la Cour de justice peut être choisie comme arbitre dans un contrat passé par la Communauté ou pour son compte avec un particulier. Cette intervention est tout à fait remarquable puisque la Cour tirant ses pouvoirs de la clause compromissoire, y agit exactement comme un arbitre. Sa sentence aura cependant force exécutoire sur pied des articles 187 et 192 du Traité CE, ce qui conduit certains à parler « d'arbitrage judiciaire »⁽⁶⁾. L'article 182 organise par ailleurs un arbitrage de droit international public entre Etats membres devant la Cour, mais ne connaît à ce jour aucune application.

Ces rapporteurs ont également donné un éclairage personnel sur les différents thèmes abordés durant cette journée. Ils ont surtout contribué à recentrer la problématique analysée. Celle-ci découle, selon eux, non pas tant de la spécificité du droit communautaire, mais généralement du contraste existant entre, d'un part, le caractère privé et dépourvu d'ancrage national de la procédure d'arbitrage et, d'autre part, son incontournable confrontation avec les

(6) L. Idor et C. Jarrosson, « L'Arbitrage », *Encyclopédie Dalloz, Droit communautaire*, 1992, p. 9, n° 58 et 59, cité par les rapporteurs.

ordres juridiques étatiques et leurs règles d'ordre public. Ce passage de la sphère privée à la sphère publique explique les interrogations posées lors du colloque, notamment celle de la question préjudicielle ou de la force obligatoire du droit communautaire. Elle ne justifie cependant pas l'intégration du phénomène arbitral dans la sphère d'activité des institutions. Il revient aux arbitres de développer eux-mêmes les solutions compatibles avec les articles 85 et 86 du Traité CE, sachant que ces solutions tracent la voie à prendre à l'endroit d'autres questions appelées à être soulevées par l'ordre public communautaire.

Cette journée, riche par la variété des thèmes abordés et la grande qualité des orateurs, a encore eu le mérite de souligner le caractère central de la notion d'ordre public communautaire. Ces travaux constituent un excellent point de départ pour une réflexion approfondie sur les rapports entre l'ordre public communautaire et l'ordre public national, sur la façon dont l'ordre public se manifeste ou encore sur ses relations avec l'ordre public transnational.

S. FRANCO
ASPIRANT F.N.R.S.