



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 7 juillet 1997

JURM(97)1084

ORIG. : NL

**A LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

**OBSERVATIONS ÉCRITES**

présentées conformément à l'article 20, deuxième alinéa, du protocole sur le statut de la Cour de Justice, annexé au traité instituant la Communauté européenne,

par la Commission des Communautés européennes, représentée par MM. C.W.A. Timmermans, W. Wils et H. van Vliet, respectivement directeur-général adjoint et membres de son service juridique, et ayant élu domicile auprès de M. Carlos Gómez de la Cruz, également membre de son service juridique, Centre Wagner, Kirchberg,

dans l'affaire **C-126/97**,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle sur l'application du droit communautaire par les arbitres et, en cas de contrôle d'une sentence arbitrale, par le juge, adressée à la Cour au titre de l'article 177 du traité CE par le Hoge Raad der Nederlanden dans le litige pendant devant cette juridiction et opposant

**Eco Swiss China Time Ltd**

et

**Benetton International N.V.**

## **I. FAITS ET REGLES DE DROIT A L'ORIGINE DES QUESTIONS PREJUDICIELLES**

1. Le 1er juillet 1986, Benetton International N.V. (ci-après dénommée "Benetton") a conclu un accord de licence d'une durée de huit ans (ci-après dénommé "l'accord") avec Eco Swiss China Time Ltd (ci-après "Eco Swiss")<sup>1</sup>.
2. L'article 26, point A, de l'accord stipule que les litiges y afférents seront réglés par voie d'arbitrage conformément au règlement du *Nederlandse Arbitrage Instituut* (Institut néerlandais d'arbitrage, ci-après dénommé "NAI") et que le collège arbitral appliquera le droit néerlandais<sup>2</sup>. Le collège ne statue donc pas en "amiables compositeurs", puisqu'il n'en a pas reçu mission (article 1054, paragraphe 3, du code de procédure civile).
3. Par lettre du 24 juin 1991, Benetton a résilié l'accord à compter du 24 septembre 1991. Benetton et Eco Swiss ont engagé une procédure arbitrale à propos de cette résiliation.
4. Dans leur sentence dénommée "Partial Final Award" (en abrégé "PFA") du 4 février 1993, les arbitres ont notamment enjoint à Benetton d'indemniser Eco Swiss pour le préjudice que lui avait fait subir la résiliation susmentionnée du contrat par

---

<sup>1</sup> Une troisième partie à l'accord, Bulova, n'est pas partie à la procédure ayant donné lieu à l'ordonnance de renvoi et n'est donc pas prise en considération ici.

<sup>2</sup> Le texte exact de la clause susmentionnée est, semble-t-il, le suivant: "Any controversy or claim between the parties ... shall be settled by arbitration in accordance with the rules of the NAI, which Tribunal shall use the law of the Netherlands. ... The arbitration award shall be final and binding on the parties and not subject to any appeal." [Tout litige ou différend entre les parties ... sera réglé par arbitrage conformément aux règles du NAI, lequel appliquera le droit des Pays-Bas. ... La sentence arbitrale est définitive et contraignante pour les parties et ne pourra faire l'objet d'un recours.] (traduction libre) (Voir point 3.4 de la requête en cassation, qui, en vertu du point 2 de l'ordonnance de renvoi, fait partie de cette ordonnance). La possibilité de choisir la loi applicable est prévue à l'article 1041, paragraphe 2, première phrase, du code néerlandais de procédure civile: "Si les parties ont choisi la loi applicable, le tribunal arbitral se prononce en vertu des règles du droit désignées par les parties".

Benetton<sup>3</sup>. Les arbitres ont ajouté que si les parties ne parvenaient pas à s'entendre sur les dommages-intérêts, elles pouvaient à nouveau faire appel à eux<sup>4</sup>.

5. Le PFA a été déposé le jour même, le 4 février 1993, au greffe du Rechtbank te 's Gravenhage (ci-après "le Rechtbank").
6. Benetton n'a, semble-t-il, pas exploité la possibilité (voir article 1064, paragraphe 3, première phrase, du code de procédure civile) d'introduire une requête en annulation du PFA dans les trois mois suivant le jour de son dépôt au greffe du Rechtbank.
7. Par ailleurs, il existe en principe une seconde possibilité d'annulation d'une sentence arbitrale (partielle) définitive, à savoir dans les trois mois après que ladite sentence, pourvue d'une formule exécutoire, a été signifiée par l'une des parties à l'autre (voir article 1064, paragraphe 3, deuxième phrase, du code de procédure civile). Cependant cette signification du PFA par Eco Swiss à Benetton n'a apparemment pas eu lieu (voir l'ordonnance de la Cour, point 15a) et Benetton n'a donc pas eu cette "deuxième chance".
8. Comme les parties n'ont pu se mettre d'accord sur l'importance des dommages-intérêts que Benetton devait verser à Eco Swiss, cette dernière s'est une nouvelle fois adressée aux arbitres. Par la suite, par une sentence du 23 juin 1995 dénommée "Final Arbitral Award" (en abrégé "FAA"), les arbitres ont enjoint à Benetton de verser à Eco Swiss une somme de 23 750 000 US\$ en compensation du préjudice subi par Eco Swiss du fait de la rupture de contrat par Benetton.
9. Le FAA a été déposé au greffe du Rechtbank le 26 juin 1995.
10. L'éventuelle nullité de (parties de) l'accord en vertu de l'article 85 du traité CE n'a, semble-t-il, fait l'objet d'aucun débat entre les parties<sup>5</sup> tout au long de la procédure arbitrale.

---

<sup>3</sup> Le libellé exact était : "Benetton is ordered to compensate ECO (..) for the damages resulting from BENETTON's repudiation of the agreement, to be augmented with legal interest (...)". [Il est enjoint à Benetton de verser à ECO un dédommagement du préjudice découlant de la résiliation de l'accord par Benetton, majoré des intérêts légaux (...)] (traduction libre). Voir le mémoire en défense en cassation, point 5.3.

<sup>4</sup> Voir point 5 des conclusions de l'avocat général Vranken devant le Hoge Raad der Nederlanden (ci-après dénommé "Hoge Raad") dans la présente affaire.

11. Par ordonnance du 17 juillet 1995, le président du Rechtbank a autorisé l'exécution du FAA.
12. Peu de temps auparavant (le 14 juillet 1995), Benetton avait assigné Eco Swiss devant le Rechtbank et demandé l'annulation du PFA et du FAA en faisant notamment valoir que ces sentences arbitrales étaient contraires à l'ordre public, parce que la convention litigieuse était nulle en vertu de l'article 85 du traité CE.
13. Ensuite, par requête déposée le 24 juillet au greffe du Rechtbank, Benetton a demandé à cette juridiction, à titre principal, de suspendre l'exécution du FAA<sup>6</sup> et, à titre subsidiaire, d'ordonner qu'Eco Swiss, constitue ou fasse constituer une caution avant qu'il soit procédé à l'exécution<sup>7</sup>.
14. Le Rechtbank a rejeté la demande principale et a fait droit à la demande subsidiaire. En instance d'appel, le Gerechtshof de La Haye a accueilli (en grande partie) la demande principale et a rejeté la demande subsidiaire.
15. Eco Swiss s'est pourvue en cassation contre la décision du Gerechtshof de La Haye. Benetton s'est défendue et a également introduit un pourvoi (incident et conditionnel) en cassation. Par ordonnance du 21 mars 1997, le Hoge Raad a posé les questions préjudicielles qui seront examinées ci-après.
16. Le Hoge Raad souligne que ces questions "concernent l'arbitrage d'un litige par des arbitres qui ont été désignés sans intervention des autorités et en vertu d'une convention entre les parties visant à soumettre à arbitrage un litige qui les oppose

---

<sup>5</sup> Voir point 4.5 de l'ordonnance de renvoi. Voir également le point 19 des conclusions de l'avocat général Vranken: "Il est constant qu'aucune des parties n'a évoqué la question durant la (les) procédure(s) d'arbitrage."

<sup>6</sup> Voir article 1066, paragraphe 2, du code de procédure civile.

<sup>7</sup> Voir article 1066, paragraphe 5, du code de procédure civile.

où en vertu d'une clause conventionnelle selon laquelle les parties se sont engagées à soumettre à arbitrage tout litige qui pourrait naître entre elles."<sup>8</sup>.

## II. APPRECIATION DE LA COMMISSION

### Question 1

17. La première question du Hoge Raad est la suivante:

"Dans quelle mesure les principes que la Cour de Justice a dégagés dans son arrêt dans les affaires jointes C-430/93 et C-431/93 (Van Schijndel et Van Veen/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten) s'appliquent-ils de manière analogue si, dans le cadre d'un litige relatif à une convention de droit privé qu'elles ont porté, non pas devant le juge national, mais devant une juridiction arbitrale, les parties n'invoquent pas l'article 85 du traité CE et si les règles de procédure nationales qui leur sont applicables interdisent aux arbitres de soulever d'office cette disposition?"

Cette question conduit la Commission à formuler les observations suivantes.

18. La clause d'arbitrage stipule que la loi néerlandaise est applicable pour régler le litige (article 26, point A, de l'accord de licence en cause).
19. Conformément au droit néerlandais, l'arbitre doit se prononcer "selon les règles du droit" (article 1054, paragraphes 1 et 2, du code de procédure civile).
20. Le droit communautaire, dans la mesure où il est d'effet direct, fait partie du droit en vigueur aux Pays-Bas.
21. Par conséquent, l'arbitre est tenu, si le règlement du conflit l'exige, d'appliquer le droit communautaire de la concurrence. C'est avant tout la conséquence du choix de la loi applicable mais aussi de l'applicabilité, en vertu du droit communautaire lui-même, des règles de droit communautaire pertinentes dans le système juridique choisi.

---

<sup>8</sup> Voir point 8.1 de l'ordonnance de renvoi.

22. On pourrait objecter que seul le juge national est tenu d'appliquer le droit communautaire d'effet direct. En tant qu'émanation de l'Etat, il a, en vertu notamment de l'article 5 du traité CE, ainsi que la Cour l'a confirmé à plusieurs reprises, l'obligation de contribuer à l'application du droit communautaire d'effet direct. En revanche, les arbitres ne remplissent aucune fonction officielle. Il s'agit de personnes privées qui sont désignées par une convention de droit privé pour régler un litige opposant les parties à cette convention. Il est exact que le principe de la loyauté communautaire ne s'applique pas aux arbitres<sup>9</sup>. Toutefois une procédure arbitrale telle que celle qui est visée dans le litige au principal, ne s'inscrit pas dans un cadre uniquement privé. Le statut, les compétences de l'arbitre, la procédure qu'il doit suivre et les moyens mis à sa disposition dans ce cadre sont définis par la loi (voir le Quatrième livre, intitulé "Arbitrage", du code néerlandais de procédure civile).

Si l'arbitre est tenu d'appliquer le droit en vigueur, cette obligation doit également s'étendre au droit communautaire contraignant. La signification de l'effet direct tel qu'il a été défini dans la jurisprudence de la Cour ne peut pas être réduite à une obligation d'application par le seul juge, avec, pour corollaire, un droit d'invocation pour les intéressés. L'effet direct signifie tout d'abord que la règle de droit communautaire concernée fait partie intégrante du droit positif national, prime le droit national contraire et doit être respectée par quiconque entre dans son champ d'application. En ce qui concerne le dernier élément, il existe évidemment des différences entre effet direct horizontal et vertical, mais le point de départ de l'effet normatif est le même dans les deux cas. Si la règle n'est pas respectée, tous les mécanismes d'application et de protection juridique du droit national sont disponibles pour assurer ce respect. L'arbitrage en fait partie. L'application de la loi par le juge est l'une des variantes procédurales par lesquelles peut se traduire l'effet direct et par lesquelles il peut être réalisé. Mais la matière ne s'arrête pas là.

---

<sup>9</sup> Arrêt du 23 mars 1982 dans l'affaire 102/81, Nordsee, Rec. 1982, p. 1110 (point 12 des motifs).

23. Le principe de l'effet normatif dans l'ordre juridique national d'une règle de droit communautaire directement applicable est profondément ancré dans la jurisprudence de la Cour. Il suffit de rappeler les arrêts Van Gend et Loos et Simmenthal:

"que, partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique;"

(Van Gend et Loos (26/62), Rec. 1963, p. 23)

"14. attendu que l'applicabilité directe, envisagée dans cette perspective, signifie que les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les Etats membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité;

15. qu'ainsi, ces dispositions sont une source immédiate de droits et d'obligations pour tous ceux qu'elles concernent, qu'il s'agisse des Etats membres ou de particuliers qui sont parties à des rapports juridiques relevant du droit communautaire;"

(Simmenthal, (106/77), Rec. 1978, p. 643)

24. Une autre illustration est donnée par l'arrêt Defrenne dans lequel la Cour a souligné le "caractère impératif" de l'article 119 du traité CE et a estimé par conséquent que la prohibition de discrimination contenue dans cet article s'imposait aussi aux contrats entre particuliers<sup>10</sup>. La Cour a par la suite qualifié à plusieurs reprises de "contraignantes" les règles des articles 85 et 86 du traité CE, comme dans l'arrêt Van Schijndel, par exemple<sup>11</sup>.

25. La question de savoir si l'effet normatif d'une règle de droit communautaire d'effet direct s'étend aussi à l'arbitrage a été indirectement abordée dans la jurisprudence de la Cour. Dans l'arrêt Nordsee, la Cour a jugé que le lien entre une procédure arbitrale telle que celle dont il s'agit en l'espèce et le système général de protection juridique de l'Etat membre concerné était insuffisant pour pouvoir considérer l'arbitre comme une juridiction au sens de l'article 177. Elle a cependant immédiatement ajouté que le droit communautaire doit être intégralement respecté sur le territoire de tous les Etats membres: "les parties à un contrat ne sont donc

---

<sup>10</sup> Arrêt du 8 avril 1976 dans l'affaire 43/75, Defrenne, Rec. 1976, p. 476, point 39 des motifs.

<sup>11</sup> Arrêt du 14 décembre 1995 dans les affaires jointes C-430/93 et C-431/93, Van Schijndel et Van Veen, Rec. 1995, p. I-4736, point 13 des motifs; cf. conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire C-393/92, Almelo, Rec. 1994, p. I-1487, point 42.

pas libres d'y déroger." "Dans cette perspective," la Cour attire l'attention sur la possibilité qu'une juridiction nationale soit amenée à examiner des questions de droit communautaire soulevées dans le cadre d'une procédure arbitrale et recoure alors à la procédure préjudicielle de l'article 177<sup>12</sup>. Ce faisant, la Cour ne s'est pas prononcée expressément sur la question de savoir si l'arbitre est également tenu d'appliquer le droit communautaire; mais si on lit ensemble les deux premières phrases du point 14 des motifs, cette conclusion semble pour le moins plausible<sup>13</sup>. L'avocat général Reischl estime, quant à lui, dans ses conclusions dans l'affaire Nordsee, que les arbitres sont purement et simplement tenus d'appliquer le droit communautaire, du moins lorsqu'ils statuent selon les règles du droit<sup>14</sup>.

26. La Commission déduit de ce qui précède qu'un arbitre qui est tenu de se prononcer selon l'un des droits nationaux en vigueur dans la Communauté doit également prendre en considération le droit communautaire d'effet direct pertinent. Comment il doit le faire, selon quelles procédures ou par quels moyens, relève au premier chef du droit national en matière d'arbitrage et, ensuite, de la liberté des parties à l'intérieur du cadre légal défini.

Les principes combinés de l'autonomie des Etats membres, sous réserve de l'égalité de traitement et de l'efficacité, développés par la Cour dans sa jurisprudence en faveur de l'application des règles d'effet direct du droit communautaire peuvent et doivent être appliqués dans le présent contexte. Non pas, répétons-le, parce que le principe de la loyauté communautaire y contraindrait les arbitres, mais en raison de l'applicabilité de la norme communautaire d'effet direct considérée en soi. Les principes susvisés d'égalité de traitement et d'efficacité procédurale découlent directement du phénomène de l'effet direct. Ces principes doivent d'abord être

---

<sup>12</sup> Arrêt Nordsee (précité note 9), Rec. 1982, p. 1111, point 14 des motifs.

<sup>13</sup> Dans ce sens, voir Paul Storm, *Quod Licet Iovi ... The Precarious Relationship between the Court of Justice of the European Communities and Arbitration*, in *Essays on International and Comparative Law In Honour of Judge Erades*, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, p. 156.

<sup>14</sup> Rec. 1982, p. 1119.



respectés par le législateur lors de l'institution de la procédure arbitrale, mais les parties sont également tenues de s'y conformer lorsqu'elles concluent un accord d'arbitrage dans le cadre légal défini. De la sorte, l'exclusion du droit communautaire d'effet direct dans un accord d'arbitrage lors de la définition du mandat des arbitres est normalement contraire à l'exigence d'efficacité. Enfin, lesdits principes doivent également être respectés par l'arbitre lui-même. Dans l'exercice de ses compétences et l'utilisation des moyens procéduraux, il doit traiter le droit communautaire d'effet direct sur le même pied que le droit national et ne doit pas empêcher ou rendre excessivement difficile le respect effectif de la norme communautaire.

27. Quelle est précisément la base juridique communautaire des obligations susmentionnées des parties lorsqu'elles concluent une convention d'arbitrage ainsi que de l'arbitre lui-même? Le droit communautaire écrit ne contient aucune indication sur ce point et, ainsi que nous l'avons déjà observé, l'article 5 du traité CE ne peut pas non plus être invoqué. De l'avis de la Commission, la base juridique ultime de ces obligations est, en l'espèce, la disposition d'effet direct de l'article 85 du traité CE lui-même, prise conjointement avec les conséquences inhérentes à l'effet direct qui sont exposées dans la jurisprudence de la Cour. La violation de ces obligations peut donc en dernière analyse être considérée comme une violation de l'article 85 du traité CE lui-même, non pas parce que la teneur matérielle de cette disposition ne serait pas respectée, mais parce que cela est inconciliable avec l'effet contraignant de cette disposition dans l'ordre juridique national.
28. Se fondant sur ces principes, la Commission conclut que l'application des principes énoncés dans l'arrêt Van Schijndel doit également être admise dans un cas d'arbitrage tel que celui qui est décrit par le Hoge Raad dans son ordonnance de renvoi. Cela signifie avant tout que l'arbitre, s'il peut appliquer le droit communautaire d'office, est aussi tenu de le faire. Il dispose à cet effet des instruments procéduraux nécessaires pour soumettre aux parties les questions de droit communautaire qu'elles n'ont pas ou pas suffisamment abordées, par exemple en ordonnant leur comparution (article 1043 du code de procédure civile).

A cet égard, il convient de remarquer que l'avocat général Vranken, dans ses conclusions dans la présente affaire, part du principe que la règle procédurale néerlandaise, selon laquelle les juges doivent suppléer d'office les moyens que les parties n'ont pas invoqués, s'applique au présent cas d'arbitrage<sup>15</sup>. Le Hoge Raad semble l'admettre implicitement lui-même, lorsqu'il évoque la possibilité que les arbitres aient négligé d'appliquer d'office l'article 85 du traité CE<sup>16</sup>. L'avocat en cassation d'Eco Swiss ne l'a d'ailleurs pas contesté non plus. Dans le mémoire en défense incident en cassation<sup>17</sup>, il écrit: "Il est constant que les arbitres peuvent (et doivent) appliquer le droit communautaire, comme le juge étatique". [...] "Il convient d'admettre, en vertu de l'arrêt Van Schijndel, que les arbitres sont également tenus d'appliquer d'office le droit européen de la concurrence, mais non s'ils doivent pour ce faire abandonner la passivité qui doit aussi les caractériser [...]."

---

<sup>15</sup> Voir point 20 de ses conclusions.

<sup>16</sup> Point 4.6 de l'ordonnance de renvoi, vers la fin.

<sup>17</sup> Point 4.7 du mémoire incident.

29. Dans la doctrine, il est généralement admis que les arbitres sont tenus d'appliquer d'office l'article 85<sup>18</sup>.
30. Si l'on admet que les principes "Van Schijndel" s'appliquent également à une procédure arbitrale telle que celle dont il s'agit en l'espèce, l'obligation pour les arbitres d'appliquer d'office l'article 85 du traité CE n'est cependant pas illimitée. Si l'arbitre, en vertu de la définition légale de ses pouvoirs, est soumis, comme cela semble être le cas en l'espèce, à la même obligation de passivité que le juge civil en application de l'article 48 du code de procédure civile, le principe d'efficacité ne le contraint pas à rompre cette passivité<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Voir, par exemple, par ordre alphabétique, les auteurs suivants:

GOFFIN, Arbitrage et droit communautaire, in Matray/de Leval, L'arbitrage, Travaux offerts au professeur Albert Fettweis, éditions E. Story-Scientia, 1989, p. 180: "Il s'ensuit que l'arbitre peut, au même titre qu'un tribunal, appliquer ces dispositions à titre incident. Pour donner effet direct à ces dispositions, il doit même les appliquer, au besoin d'office", avec renvoi à certains auteurs. Il le répète dans "L'arbitrage et le droit européen", publié dans la Revue de droit international et de droit comparé, 1990, p.335: "Le droit communautaire de la concurrence oblige-t-il l'arbitre à appliquer d'office les règles de concurrence qui, d'une part, sont d'ordre public communautaire? La doctrine penche en faveur de cette obligation.", en citant encore d'autres auteurs.

McCLENNAN, in Competition and Arbitration Law, ICC, Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, 1993, p. 99, à la page 102: "The competition issue may be raised (...) by the arbitrator himself, ex officio, because of its public policy nature or because Article 65 of the ECSC Treaty or Article 85 of the EC Treaty applies." [La question de la concurrence peut être soulevée par l'arbitre lui-même, d'office, en raison de son caractère d'ordre public ou parce que l'article 65 du traité CECA ou 85 du traité CE s'applique (traduction libre)]

SCHMITTHOFF est d'avis que "There can be no doubt that the arbitrator has to apply EEC law if this is relevant to the issue before him" [Il ne fait aucun doute que l'arbitre doit appliquer le droit communautaire s'il est pertinent pour l'affaire dont il est saisi (traduction libre)], voir son article "Arbitration and EEC Law" in CMLRev 1987, p. 143 à la page 144.

SLOT indique, en ce qui concerne le droit néerlandais, que "According to commentators on the rules of the Code on Civil procedure, arbitrators have to apply EC law under the same conditions as courts." [Selon les commentateurs des règles du code de procédure civile, les arbitres doivent appliquer le droit communautaire de la même manière que les tribunaux (traduction libre)]. Voir son article "The enforcement of EC competition law in arbitral proceedings", in Legal Issues of European Integration, 1996/1, p. 101 à la page 102.

<sup>19</sup> Voir, dans un sens plus général et indépendamment du contexte du droit néerlandais de l'arbitrage, Derains: "(...) l'arbitre ne pourra appliquer les solutions du droit de la concurrence que si elles constituent la motivation d'une décision répondant aux conclusions des parties. Ainsi, si l'une des parties demande à l'arbitre de constater qu'une redevance n'est pas due, - au motif, d'après cette partie, qu'un contrat de distribution n'est jamais entré en vigueur - l'arbitre peut très bien prendre la décision qui lui est demandée en constatant la nullité du contrat au regard du droit de la concurrence. Sa décision ne sera pas ultra petita. (...) Mais un arbitre, invité par les parties à se prononcer sur l'assiette de cette redevance que les deux parties estimerait due sans s'entendre sur son montant, ne pourrait déclarer qu'elle ne l'est pas en raison de l'illégalité du contrat. Ce faisant, il dépasserait les limites de sa mission et statuerait ultra petita." (souligné par nous). Voir son rapport dans Competition and Arbitration Law, ICC, Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, 1993, p. 251 à la page 256.

31. La situation du présent litige est comparable à celle de l'affaire Van Schijndel en ce sens qu'aucune des parties n'a mis en cause la validité de l'accord et que les arbitres, de l'avis du Hoge Raad, seraient sortis des limites du litige s'ils avaient d'office contrôlé la compatibilité de l'accord avec l'article 85.
32. Les raisons pour lesquelles le principe de la passivité peut résister à l'analyse au regard de l'exigence d'efficacité qui ont été admises par la Cour dans l'arrêt Van Schijndel peuvent également être invoquées en ce qui concerne l'arbitrage (initiative appartenant aux parties, intérêt du bon déroulement de la procédure, protection des droits de la défense). Ces motifs semblent pouvoir s'appliquer à plus forte raison à l'arbitrage étant donné l'intérêt légitime au maintien d'une procédure arbitrale adéquate comme alternative à une action en justice. En règle générale, l'un des avantages reconnus à la procédure arbitrale est sa durée plus courte par rapport à la procédure normale. Il est donc compréhensible que les arbitres se voient imposer la même passivité que le juge civil.
33. Il convient ensuite de se demander si des raisons tenant à la particularité de l'arbitrage devraient s'opposer à l'application des principes admis dans l'arrêt Van Schijndel. Le Hoge Raad estime qu'on peut raisonnablement en douter et c'est pourquoi il s'est adressé à la Cour. Il pense à deux aspects de la procédure arbitrale : d'une part, l'impossibilité pour les arbitres de soumettre des questions préjudicielles à la Cour (arrêt Nordsee) et d'autre part, la portée limitée du contrôle juridictionnel des sentences arbitrales (point 4.6 de l'ordonnance de renvoi). Le Hoge Raad vise par là, semble-t-il, la faible probabilité que le juge saisi d'une procédure d'annulation d'une sentence arbitrale réexamine l'affaire au fond, notamment dans ses aspects de droit communautaire, et assure alors, en recourant éventuellement aux garanties offertes par la procédure préjudicielle, la bonne

---

Il convient cependant de remarquer que Derains conclut qu'un collège arbitral devrait en pareil cas se déclarer incompétent, ainsi qu'il ressort de la fin de l'extrait déjà partiellement cité ci-dessus: "Dans cette dernière hypothèse, de même que lorsque la convention d'arbitrage lui interdit de se prononcer sur la validité du contrat, l'arbitre n'a d'autre solution que de se déclarer incompétent." Selon le droit néerlandais (actuel), les arbitres ne doivent manifestement pas se déclarer incompétents dans un tel cas.

application des règles de droit communautaire en cause. Examinons cette question de plus près :

- i. Il est exact que la voie préjudicielle n'est pas ouverte aux arbitres. Il ne semble cependant pas que cela doive être une raison d'exclure l'application des principes de l'arrêt Van Schijndel. La Cour a admis que le juge (notamment) n'a pas à appliquer d'office l'article 85 du traité CE si cela l'amène à dépasser les limites du litige. L'absence de compétence préjudicielle en ce qui concerne les arbitres ne justifie pas un jugement différent sur la légitimité de cette exception à la règle de l'application d'office. Si, pour des raisons de passivité, l'arbitre n'a pas à appliquer le droit communautaire, l'absence de compétence préjudicielle n'est pas un obstacle. De même, en ce qui concerne l'éventuelle application d'office (point 1 du dispositif de l'arrêt Van Schijndel), on voit mal pourquoi elle devrait se heurter à l'absence d'une compétence par un renvoi préjudiciel. La validité du droit communautaire ne saurait dépendre de l'existence ou non d'une compétence de renvoi.
- ii. Existe-t-il une raison d'en juger différemment étant donné le caractère limité du contrôle juridictionnel d'une sentence arbitrale? On peut concevoir que des arbitres apprécient mal les limites du litige et adoptent à tort une attitude passive. Leur sentence est-elle alors susceptible d'être annulée par le juge? Dans la négative, l'application du droit communautaire si celui-ci est en cause, n'est-elle pas alors rendue impossible? Cependant, ces questions concernent plutôt l'admissibilité d'un contrôle juridictionnel limité en tant que tel si cela compromet l'application du droit communautaire. C'est l'objet des questions 2 et 3 qui sont abordées ci-dessous. La portée limitée du contrôle du juge ne constitue pas en soi une raison d'étendre l'obligation faite aux arbitres d'appliquer d'office le droit communautaire contraignant au point d'enfreindre le principe de passivité. Ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus, l'application du principe de passivité apparaît justifiée en soi, en

raison notamment du caractère de la procédure arbitrale. La circonstance que le contrôle juridictionnel d'une sentence arbitrale soit limité ne constitue pas une raison de réviser cette opinion.

34. Un problème peut néanmoins se poser ici. Les parties ne pourraient-elles pas abuser de la passivité de l'arbitre pour faire appliquer, par le biais de l'arbitrage, des ententes contraires à l'article 85 du traité? Pourraient-elles convenir de limiter l'objet du litige de façon telle que la question de la compatibilité avec l'interdiction des ententes énoncée à l'article 85 du traité reste hors de portée et échappe à la compétence de l'arbitre? La Commission tient à émettre une réserve expresse pour ce genre de situation. S'il n'existait en droit national aucune possibilité d'éviter un tel abus, cela devrait être considéré comme contraire à l'exigence d'efficacité. Plusieurs solutions sont envisageables. S'il est manifeste ou vraisemblable que, lors de la conclusion d'une convention d'arbitrage (ou de son application dans un litige donné), les parties ont eu l'intention de soustraire au jugement de l'arbitre des questions de compatibilité avec le droit communautaire de la concurrence, cela pourrait affecter la validité de la convention d'arbitrage<sup>20</sup>. L'invalidité de la convention d'arbitrage est l'un des motifs pour lesquels un juge peut annuler une sentence arbitrale, en droit néerlandais également (article 1065, phrase introductive et point (a), du code de procédure civile). Une autre solution citée dans la doctrine est que l'arbitre se déclare incompétent<sup>21</sup>.
35. Il n'est d'ailleurs guère concevable qu'une convention manifestement contraire à l'article 85 du traité CE qui fait l'objet d'une procédure arbitrale puisse rester inattaquable pour des raisons de passivité des arbitres. S'il existe suffisamment d'éléments, dont des éléments de fait, pour pouvoir conclure à l'incompatibilité manifeste, l'arbitre devra procéder à l'application d'office. Dans le cas d'espèce,

---

<sup>20</sup> La Commission souligne que, dans sa pratique décisionnelle, elle soumet la validité des dispositions visant à soumettre des litiges à une procédure arbitrale à une appréciation au regard de l'article 85 du traité. Voir, par exemple, la décision 70/333/CEE du 30.6.70, JO *rl* L 148 du 8.7.70, p. 9, en particulier le considérant 19; la décision 72/237/CEE du 9.6.72, JO *rl* . 143 du 23.6.72, p. 31, en particulier le considérant 9, troisième tiret; la décision 75/358/CEE du 3.6.75, JO *rl* L 159 du 21.6.75, p. 22, en particulier le 10<sup>e</sup> considérant de la partie II.

<sup>21</sup> Voir L. Idot, Rapport Introductif, in "Competition and Arbitration Law", déjà cité à la note 19, n° 52-53. Voir à ce sujet, dans le même rapport, Goldman, p. 337, et Schultz, p. 217.

cette solution semble également découler de l'applicabilité de l'article 48 du code de procédure civile, selon lequel l'arbitre est tenu de suppléer d'office les moyens de droit. Si l'arbitre avait indûment omis de le faire, la question se pose alors de savoir si sa sentence n'est pas susceptible d'annulation pour cette raison (voir point 44 ci-dessous).

36. Quoiqu'il en soit, la Commission déduit des questions posées et des pièces du dossier qu'il en va différemment en l'espèce. Rien n'indique que les parties soient convenues de soustraire sciemment au jugement des arbitres la question de la compatibilité de la convention avec l'article 85 du traité CE. Il n'y a pas non plus d'incompatibilité manifeste entre la convention et l'article 85 du traité CE.
37. La Commission a l'honneur de proposer à la Cour de répondre comme suit à la première question du Hoge Raad:
- "1. Il appartient à un collège arbitral tel que celui dont il s'agit dans les questions posées par le Hoge Raad d'appliquer l'article 85 du traité CE, même lorsque la partie qui a intérêt à son application ne l'a pas invoqué, dans le cas où son droit national lui permet une telle application.
  2. Le droit communautaire n'impose pas à un collège arbitral tel que celui dont il s'agit dans les questions posées par le Hoge Raad, de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l'examen de ce moyen l'obligerait à renoncer à la passivité qui lui incombe en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande."

## **Question 2**

38. La deuxième question du Hoge Raad est la suivante:

- "2. Si le juge néerlandais estime qu'une sentence arbitrale est effectivement contraire à l'article 85 du traité CE, doit-il, pour ce motif et en dépit des

règles du code de procédure néerlandais décrites aux points 4.2 et 4.4. (de l'ordonnance de renvoi), accueillir une demande en annulation de cette sentence lorsque cette demande répond par ailleurs aux exigences légales?"

39. Les règles du code néerlandais de procédure décrites aux points 4.2 et 4.4 de l'ordonnance de renvoi peuvent se résumer comme suit.
40. Selon le droit procédural néerlandais, l'annulation d'une sentence arbitrale ne peut être demandée que pour un nombre limité de motifs (dont la liste exhaustive est dressée à l'article 1065, paragraphe 1, du code de procédure civile). En ce qui concerne la procédure de cassation pendante devant le Hoge Raad, seule importe la possibilité de demander l'annulation au motif que "la sentence (...) est contraire à l'ordre public".
41. Le Hoge Raad indique dans son ordonnance de renvoi qu'il n'y a contrariété avec l'ordre public au sens de l'article 1065, paragraphe 1, phrase introductive et point e), du code de procédure civile, que si - dans la mesure pertinente pour la procédure de cassation - le contenu ou l'exécution de la sentence se heurte à un droit contraignant d'un caractère tellement fondamental qu'aucune restriction de nature procédurale ne peut faire obstacle à son respect. Le Hoge Raad ajoute que, selon le droit néerlandais, la simple circonstance que le contenu ou l'exécution de la sentence arbitrale écarte l'application d'une interdiction édictée par le droit de la concurrence n'est généralement pas contraire à l'ordre public au sens de l'article 1065, paragraphe 1, phrase introductive et point e), du code de procédure civile. L'application pleine et entière des règles qui viennent d'être décrites devrait donc généralement entraîner le rejet d'une demande d'annulation fondée sur le seul fait que le contenu ou l'exécution d'une sentence arbitrale laisse inappliquée une interdiction énoncée dans le droit néerlandais de la concurrence.
42. La deuxième question du Hoge Raad vise en fait à savoir s'il ne doit pas en aller autrement lorsque la demande d'annulation repose sur l'affirmation qu'une sentence arbitrale est contraire à l'article 85 du traité CE.
43. Il faut partir du principe que le juge, lorsqu'il répond à la question de savoir si le droit communautaire de la concurrence, en l'espèce l'article 85 du traité CE, peut être considéré comme d'ordre public au sens de l'article 1065, phrase introductive



et point (e), du code de procédure civile, doit suivre pour cette disposition du traité la même approche que pour le droit national. Le Hoge Raad constate à ce propos qu'une interdiction imposée par le droit néerlandais de la concurrence ne peut être considérée comme d'ordre public dans le sens précité. La Commission est d'avis qu'une application correcte du principe de l'égalité de traitement en cette matière exige la prise en compte de l'importance particulière de l'article 85 en tant que disposition fondamentale pour le maintien d'un régime de concurrence non faussée et donc pour le marché intérieur. A cet égard, le fait que le droit néerlandais de la concurrence ne puisse être qualifié comme étant d'ordre public ne semble pas déterminant a priori. En effet, le fondement de ce droit néerlandais tel qu'il s'applique encore aujourd'hui (système de répression des abus) diffère considérablement du système d'interdiction de l'article 85 du traité CE.

44. Si même en prenant en compte le caractère fondamental de l'interdiction de l'article 85 du traité CE, cette disposition ne peut être considérée comme étant d'ordre public au sens de l'article 1065, point (e), du code de procédure civile, la deuxième question du Hoge Raad vise à savoir s'il y a lieu d'en juger différemment en droit communautaire. Le droit communautaire oblige-t-il à considérer l'article 85 du traité CE comme étant d'ordre public au sens de la disposition susvisée et l'appréciation au regard de cette disposition du traité doit-elle donc toujours être possible dans le cadre d'une procédure d'annulation d'une sentence arbitrale ? Formulée de la sorte, la question a une portée très large. La Commission ne pense pas qu'il soit possible d'y répondre de manière aussi générale. Le critère déterminant pour répondre à cette question est toujours le même: une telle interprétation restrictive de la notion d'ordre public rend-elle impossible ou excessivement difficile l'application de l'article 85 du traité CE ? Les situations qui se présentent en cette matière peuvent cependant être très variées, par exemple:

- les arbitres auraient dû appliquer d'office l'article 85 du traité CE (parce que cela s'inscrivait dans les limites du litige), mais ont, à tort, négligé de le faire;
- les arbitres ont certes appliqué l'article 85 du traité CE, mais incorrectement. Les raisons et le degré d'erreur peuvent varier considérablement.

45. Les situations qui viennent d'être décrites n'interviennent pas dans la présente affaire. Il ne semble donc pas qu'il y ait lieu de faire également porter la réponse à la deuxième question sur de telles situations. L'application du critère d'efficacité n'est en effet guère possible parce qu'il n'y a pas suffisamment d'informations, ni en général ni dans le dossier, sur les possibilités qu'offre l'article 1065 du code de procédure civile pour évoquer l'omission induite de l'application d'office ou l'application fautive de l'article 85 du traité CE. On peut, en particulier, penser aux possibilités que pourraient offrir d'autres motifs d'annulation mentionnés à l'article 1065 du code de procédure civile, comme par exemple ceux du point (c) ("l'arbitre ne s'en est pas tenu à sa mission") ou (d) ("la sentence n'est pas motivée"). On constate en outre que le Hoge Raad n'exclut pas la qualification d'ordre public de manière absolue, mais "généralement" (point 4.2 de l'ordonnance de renvoi). Des exceptions sont donc apparemment envisageables, mais le Hoge Raad ne les cite pas. Il est clair en revanche que cette qualification est exclue dans une situation telle que celle de l'espèce. Le Hoge Raad ne laisse subsister aucun doute à ce sujet. La Commission estime donc opportun d'axer la réponse à la deuxième question sur cette situation spécifique, c'est-à-dire celle où les parties n'ont pas invoqué l'article 85 du traité CE et où les arbitres ne devaient (pouvaient) pas appliquer d'office cette disposition en droit néerlandais parce qu'ils auraient de ce fait dépassé les limites du litige. C'est cette situation que vise la troisième question. La Commission propose donc à la Cour de répondre conjointement à la deuxième et à la troisième question.

### **Question 3**

46. La troisième question du Hoge Raad est la suivante:

"Le juge doit-il également accueillir cette demande, en dépit des règles du code de procédure néerlandais définies au point 4.5 ci-dessus (c'est-à-dire accueillir une demande d'annulation d'une sentence arbitrale au motif que cette sentence est incompatible avec l'article 85 du traité CE si le juge estime que cette incompatibilité existe effectivement), si la question de l'applicabilité de l'article 85 du traité CE est demeurée en dehors des limites du litige lors de la procédure arbitrale et si, partant, les arbitres n'ont pas rendu de décision sur cette question?"

47. Les règles du droit procédural néerlandais décrites au point 4.5 de l'ordonnance de renvoi peuvent se résumer comme suit.

Du fait que la validité (et partant, l'éventuelle nullité) de la convention n'a pas fait l'objet d'un débat entre les parties devant les arbitres, ces derniers auraient dépassé les limites du litige s'ils avaient examiné et tranché la question de savoir si la convention litigieuse était nulle en vertu de l'article 85 du traité CE. S'ils l'avaient fait, leur sentence aurait été susceptible d'annulation en vertu de l'article 1065, phrase introductive et point (c), du code de procédure civile, au motif qu'ils ne s'en seraient pas tenus à leur mission.

48. Cela implique, selon le Hoge Raad, qu'en vertu du droit procédural néerlandais, les parties ne pouvaient pas non plus soulever la question de la validité ou de la nullité de la convention pour la première fois dans le cadre de la procédure d'annulation. L'application stricte de ces règles aurait pour conséquence que la demande d'annulation de Benetton devrait également être rejetée pour ces motifs (dans la mesure où elle se fonde sur l'allégation que les sentences arbitrales sont contraires à l'article 85 du traité CE).

49. La Commission propose à la Cour de répondre à cette question par la négative. Elle estime en effet que, dans la situation décrite par le Hoge Raad, le juge néerlandais n'est pas tenu de faire droit à la demande d'annulation des sentences arbitrales définitives introduite par Benetton, même s'il estime que l'incompatibilité alléguée avec l'article 85 du traité CE existe réellement. La Commission parvient à cette conclusion pour les motifs suivants.

(i) Le principe est celui de l'autonomie procédurale nationale

50. Dans sa réponse à la question 1, la Commission a déjà fait référence à la jurisprudence constante de la Cour qui établit qu'en l'absence d'une règle communautaire pertinente, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les

justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire<sup>22</sup>. Pour répondre aux questions 2 et 3, le point de départ est donc que les Pays-Bas sont en principe autorisés à appliquer également les règles procédurales décrites ci-dessus (points 40-41 et 47-48) lorsqu'il s'agit d'une demande fondée sur l'article 85 du traité CE.

51. Les exceptions au principe susvisé qui ont été formulées par la Cour ne s'appliquent pas en l'espèce.

(ii) Egalité de traitement

52. La première exception concerne le cas où les règles nationales de procédure seraient moins favorables à l'application des règles du droit communautaire qu'à celle du droit national (l'exigence "d'égalité de traitement"). Cette situation ne se présente pas en l'espèce, ainsi que le Hoge Raad le déclare lui-même au point 4.6, deuxième alinéa, de son ordonnance de renvoi ("toutes les règles précitées du droit procédural néerlandais ...ne sont pas plus défavorables pour l'application des normes du droit communautaire que pour l'application de celles du droit national").

(iii) Exigence d'efficacité

53. La deuxième exception est le cas où les règles procédurales nationales pertinentes rendraient en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire ("exigence d'efficacité"). D'après la Cour, chaque cas où cette question se pose doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités devant les diverses instances nationales. Il faut en outre tenir compte, le cas échéant, des principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Voir, par exemple, l'arrêt Van Schijndel (précité note 11), p. I-4737, point 17 des motifs.

<sup>23</sup> Voir, par exemple, l'arrêt du 14 décembre 1995 dans l'affaire 312/93, Peterbroeck, Rec. 1995, p. I-4621, point 14 des motifs.

54. Les règles procédurales néerlandaises décrites au point 4.5 de l'ordonnance de renvoi ne rendent pas excessivement difficile l'exercice de droits conférés par l'ordre juridique communautaire. En effet, rien n'empêchait Benetton d'évoquer l'éventuelle applicabilité de l'article 85 du traité CE devant les arbitres<sup>24</sup>. Si Benetton l'avait fait, les arbitres auraient dû rejeter expressément ce moyen de défense de Benetton dans leur sentence arbitrale (s'ils ne l'avaient pas fait, Benetton aurait alors vraisemblablement (mais voir point 45 ci-dessus) pu demander l'annulation de cette sentence, parce que les arbitres n'auraient pas dûment rempli leur mission ou n'auraient pas motivé leur sentence).
55. En outre, la règle selon laquelle une partie qui n'a jamais fait usage de la possibilité d'invoquer un moyen donné durant la procédure arbitrale ne peut le faire pour la première fois dans une demande d'annulation de la sentence arbitrale se justifie effectivement, ainsi que l'indique le Hoge Raad, par l'intérêt général à une procédure arbitrale efficace.
56. En l'absence d'une telle règle, les droits de la défense, à savoir le droit d'une partie à pouvoir répondre durant la procédure arbitrale aux arguments avancés par l'autre partie, pourraient être mis en péril. En outre, sans cette règle, le règlement d'un litige pourrait se voir considérablement ralenti. La Commission observe à cet égard que selon la Cour, l'une des justifications de la limitation procédurale évoquée dans l'arrêt Van Schijndel et Van Veen était que cette limitation "assure le bon déroulement de la procédure, notamment, en la préservant des retards inhérents à l'appréciation des moyens nouveaux"<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Benetton pouvait d'ailleurs se faire représenter par des avocats durant la procédure arbitrale et l'a fait (voir point 3.9 de la requête en cassation). Ensuite, les parties ont pu déposer des conclusions écrites et ont pu plaider deux fois (voir point 3.10 de la requête en cassation).

<sup>25</sup> Van Schijndel et Van Veen (déjà cité, note 12), Rec. 1995, p. I-4738, point 21 des motifs.

57. Il convient également de prendre en considération le caractère particulier de la procédure arbitrale. Les parties ont sciemment renoncé à la protection juridique assurée par le juge et ont volontairement opté pour une autre forme de procédure. Ce choix est légitime en droit en vertu de l'encadrement légal de la procédure arbitrale. Dans cette perspective, le caractère limité du contrôle juridictionnel des sentences arbitrales est aussi compréhensible. C'est précisément parce que l'arbitrage est un libre choix des parties qu'un contrôle restreint du juge est admissible. Une large possibilité de recours au juge, qui créerait en fait une deuxième (ou une troisième) instance, serait préjudiciable à un arbitrage adéquat. Soulignons-le une fois de plus : les problèmes liés à l'application de l'article 85 du traité CE ne sont pas dus, en l'espèce, à l'institution du contrôle juridictionnel, mais au fait que les intéressés ont négligé d'invoquer l'article 85 du traité CE durant la procédure arbitrale.
58. A cet égard, la Commission se réfère en outre à la raison avancée par l'avocat général Jacobs dans l'arrêt Van Schijndel et Van Veen pour distinguer la situation de fait évoquée dans cette affaire de celle des affaires Simmenthal et Factortame. Selon lui, il n'y avait pas de raison d'étendre les principes énoncés dans ces dernières affaires "de manière à accorder une protection aux personnes qui n'ont pas formé une demande de la manière appropriée dans des systèmes juridiques qui leur donnent des possibilités suffisantes de le faire"<sup>26</sup>. Il ajoutait à cela: "Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour, il suffit que les règles de procédure nationales donnent aux particuliers une possibilité effective de faire valoir leurs droits"<sup>27</sup>.
59. La Commission rappelle enfin que, comme elle l'a déjà expliqué dans la réponse à la première question du Hoge Raad, elle estime que les arbitres n'ont pas à rompre eux-mêmes la passivité qui leur est imposée par le droit national pour appliquer d'office l'article 85 du traité CE si cela dépasse les limites du litige. Si le droit communautaire admet donc la passivité de l'arbitre, compte tenu de la justification susmentionnée, on voit mal pourquoi il devrait en être autrement dans le cadre

---

<sup>26</sup> Rec. 1995, p. I-4714, paragraphe 23.

<sup>27</sup> Rec. 1995, p. I-4715, paragraphe 25.

d'une procédure judiciaire d'annulation de la sentence arbitrale. On aboutirait à ce paradoxe que, si l'arbitre appliquait l'article 85 du traité CE, sa sentence serait susceptible d'annulation pour manquement à la passivité dont il doit faire preuve, et que, s'il ne l'appliquait pas, sa sentence serait tout aussi annulable, si cette disposition du traité devait être considérée comme d'ordre public au sens de l'article 1065, point (c), du code de procédure civile.

(iv) Exigence selon laquelle la possibilité de poser des questions préjudicielles ne doit pas être entravée

60. La troisième exception au principe de l'autonomie procédurale nationale est qu'une règle de droit national qui fait obstacle à l'engagement de la procédure prévue à l'article 177 du traité ne peut être appliquée.
61. La règle qui veut qu'une partie n'ayant pas avancé certains arguments tirés du droit communautaire durant la procédure arbitrale ne puisse le faire pour la première fois dans une demande d'annulation d'une sentence arbitrale est certes une limitation procédurale, mais ne signifie pas que le juge néerlandais saisi d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale ne puisse jamais poser de questions préjudicielles. Cette possibilité demeure intacte. La Commission reviendra ultérieurement sur ce point.
62. L'arrêt Peterbroeck permet-il une appréciation différente? Dans cette affaire, la Cour a jugé que l'application d'un délai pour l'invocation de nouveaux griefs était contraire au principe d'efficacité, en raison notamment du fait que la compétence préjudicielle du juge concerné en serait trop restreinte. La procédure dont il s'agissait dans l'affaire Peterbroeck n'est cependant pas comparable. Il s'agissait d'une procédure devant le juge, alors qu'en l'espèce, il s'agit d'une procédure arbitrale dans le cadre de laquelle l'arbitre ne possède aucune compétence préjudicielle (voir le point 25 ci-dessus). De plus, le contrôle juridictionnel des sentences arbitrales est limité par nature et n'est pas comparable au contrôle juridictionnel en appel ou en cassation. Les possibilités plus restreintes d'application de la procédure préjudicielle sont une conséquence inévitable du choix

de l'arbitrage, choix qui, en soi, est à considérer comme légitime et auquel le droit communautaire ne s'oppose pas.

63. La Commission observe en outre que la position du juge qui, lors du contrôle d'une sentence arbitrale, ne prend pas en considération l'article 85 du traité CE parce que cette disposition est restée en dehors des limites du litige, est très proche de celle du Hoge Raad dans l'affaire Van Schijndel. Dans cette affaire également, le droit communautaire n'obligeait finalement pas le Hoge Raad à traiter le moyen soulevé pour la première fois en cassation qui portait notamment sur l'article 85 du traité CE, parce que les juges des instances antérieures avaient pu, même en droit communautaire, s'abstenir d'appliquer cette disposition en raison de la passivité qui leur incombait.

64. La Commission a l'honneur de proposer à la Cour de répondre comme suit aux deuxième et troisième questions:

"Si la validité (et donc l'éventuelle nullité) de la convention litigieuse n'a pas fait l'objet d'un débat entre les parties durant une procédure arbitrale et que les arbitres auraient donc enfreint une règle de droit procédural national (en sortant des limites du litige) s'ils s'étaient prononcés sur l'applicabilité de l'article 85 du traité CE, un juge national n'est pas tenu de faire droit à une demande d'annulation d'une sentence arbitrale au motif que cette sentence est contraire à l'article 85 du traité CE, s'il n'est pas non plus tenu de faire droit à une telle demande pour cause d'incompatibilité avec une règle comparable du droit national de la concurrence. Pour apprécier cette comparabilité, il y a lieu de tenir compte de la nature et de la fonction du droit communautaire de la concurrence."

65. La Commission tient à souligner une fois encore qu'elle a entièrement et exclusivement axé la réponse commune qu'elle propose d'apporter à la deuxième et à la troisième question sur les circonstances de la présente procédure, dans laquelle l'article 85 du traité CE n'a pas pu être invoqué en raison de la passivité qui incombe aux arbitres. Elle n'entend pas exclure que, dans un autre contexte procédural, une réponse différente doive être apportée à la question de savoir si, en cas de contrôle juridictionnel de sentences arbitrales dans lesquelles l'article 85 du traité CE a été erronément appliqué ou indûment inappliqué, l'invocation de cette



disposition du traité doit être possible en droit communautaire. Il est concevable que l'exclusion d'une telle possibilité doive bel et bien être considérée comme contraire à l'exigence d'efficacité, en raison notamment du fait que la voie préjudicielle de l'article 177 du traité CE n'est disponible que dans le cadre du contrôle juridictionnel. La Commission renvoie également à ce propos à l'hypothèse susmentionnée d'une utilisation abusive des procédures arbitrales pour faire appliquer des conventions contraires à l'article 85 du traité CE (voir point 34 ci-dessus). Un tel abus devrait pouvoir être contrôlé dans le cadre d'une procédure en annulation devant le juge. Pour conclure, la Commission tient encore à signaler à cet égard que, dans plusieurs Etats membres et pays tiers, des règles communautaires et/ou nationales de concurrence ont été considérées d'ordre public par le juge lors du contrôle de sentences arbitrales<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> La Commission cite les exemples suivants:

Belgique: un jugement du Tribunal civil de première instance de Bruxelles du 15.10.1975, S.A. Preflex contre Lipski, publié en traduction allemande dans GRUR Int. 1977 Heft 7, p. 276. Dans cette affaire, Preflex invoquait la nullité d'une sentence arbitrale au motif qu'elle enfreignait l'ordre public communautaire parce que la convention sur laquelle se fondait cette sentence était prétendument contraire à l'article 85 du traité CE. Le tribunal a apprécié la convention au regard de l'article 85, mais a jugé qu'elle n'y était pas contraire. La Commission est ensuite intervenue à la demande de l'une des parties; voir son Dixième rapport sur la politique de concurrence, point 126.

Allemagne: un arrêt du Bundesgerichtshof du 27.2.1969 (KZR 3/68), publié dans WuW Entscheidungssammlung 1969, p. 504. Le Bundesgerichtshof a jugé: "Die Revision muss im Ergebnis deshalb Erfolg haben, weil das Berufungsgericht verkannt hat, dass der Aufhebungsgrund des § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO ("Verstoss gegen die öffentliche Ordnung") insofern gegeben ist, als die Anerkennung des Schiedsspruchs gegen art. 85 EWGV verstossen würde." [Le recours en "Revision" doit en fin de compte aboutir parce que la juridiction d'appel a méconnu que le motif d'annulation visé à l'article 1041 paragraphe 1 point 2 du Code de procédure civile (ZPO) ("Infraction à l'ordre public") est présent, en ce sens que la reconnaissance de la sentence arbitrale serait contraire à l'article 85 du traité CE(traduction libre)]. Cet arrêt a été confirmé dans un arrêt du Bundesgerichtshof du 31.5.1972 (KZR 43/71), publié dans WuW Entscheidungssammlung 1972, p. 824. Voir également Ludwig von Zumbusch, Die Schiedsfähigkeit privatrechtlicher Kartellrechtsstreitigkeiten nach US-, deutschem und EG-recht, dans GRUR Int. 1988, p. 541.

Etats-Unis d'Amérique: Arrêt de la US Supreme Court du 2.7.1985, Mitsubishi Motors Corp. contre Soler Chrysler-Plymouth, Inc., No. 83-1569, 473 US 614 (1985), p. 636-637: "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. (...) While the efficacy of the arbitral process requires that substantive review at the award-enforcement stage remain minimal, it would not require intrusive inquiry to ascertain that the tribunal took cognizance of the antitrust claims and actually decided them." [En ayant autorisé la poursuite de l'arbitrage, les tribunaux nationaux des Etats-Unis auront l'occasion lors de l'exécution de la sentence de veiller à ce que l'intérêt légitime à l'application de la législation anti-trust soit pris en compte. (...) Bien que l'efficacité de la procédure arbitrale requière que le contrôle de fond soit réduit au minimum au stade de l'exécution de la sentence, il ne faut pas un examen très poussé pour déterminer que les arbitres ont pris connaissance des moyens tirés de la législation anti-trust et se sont en fait prononcés sur eux (traduction libre)]

Voir également le rapport ICC déjà cité dans la note en bas de page 19, ainsi que le rapport de droit comparé de Mme Idot, déjà cité à la note 21.

66. En tout état de cause, la présente affaire est entièrement différente, non seulement en ce sens que l'article 85 ne peut être invoqué dans la procédure en annulation en raison des limitations des motifs d'annulation d'une sentence arbitrale imposées par l'article 1065, paragraphe 1, du code de procédure civile, mais aussi parce que Benetton n'a jamais invoqué l'article 85 devant les arbitres.

#### Questions 4 et 5

67. La Commission traitera conjointement les questions 4 et 5 du Hoge Raad. La question 4 est la suivante:

"Le droit communautaire impose-t-il d'écarter la règle du droit néerlandais de la procédure décrite au point 5.3 (de l'ordonnance de renvoi), si cela est nécessaire pour pouvoir examiner, dans le cadre de la procédure en annulation d'une sentence arbitrale ultérieure, si une convention qu'une sentence arbitrale intermédiaire revêtue de l'autorité de chose jugée a déclarée valable en droit est néanmoins nulle car contraire à l'article 85 du traité CE?"

68. La règle du droit procédural néerlandais décrite au point 5.3 de l'ordonnance de renvoi prévoit que, lorsque, par une sentence intermédiaire revêtant le caractère d'une sentence définitive, des arbitres ont mis fin à une partie du litige entre les parties, cette sentence acquiert, dans cette mesure, autorité de la chose jugée et que si l'annulation de cette sentence intermédiaire n'a pas été demandée en temps utile, la possibilité de demander l'annulation d'une sentence arbitrale ultérieure fondée sur la sentence intermédiaire est limitée par cette autorité de la chose jugée.

69. La cinquième question du Hoge Raad est la suivante:

"Ou, dans le cas décrit dans la quatrième question, faut-il s'abstenir d'appliquer la règle selon laquelle on ne peut demander en même temps l'annulation de la sentence arbitrale intermédiaire, dans la mesure où celle-ci présente les caractères d'une sentence finale, et l'annulation de la sentence arbitrale ultérieure?"

70. La Commission a l'honneur de proposer à la Cour de répondre à ces deux questions par la négative, comme suit:

"1. Si une sentence arbitrale intermédiaire revêt le caractère d'une sentence définitive en ce sens que son dispositif met fin à une partie du litige entre les parties et que tant le dispositif lui-même que la position sous-jacente concluant à la validité de la convention litigieuse ont revêtu l'autorité de la chose jugée parce que l'annulation de cette sentence intermédiaire n'a pas été demandée en temps utile, le droit communautaire n'oblige pas le juge

national à écarter l'application de la règle de procédure nationale selon laquelle la possibilité de demander l'annulation d'une sentence arbitrale ultérieure fondée sur la sentence intermédiaire est limitée par cette autorité de la chose jugée, afin de pouvoir examiner durant la procédure en annulation si la convention litigieuse est nulle pour incompatibilité avec l'article 85 du traité CE.

2. Le droit communautaire n'oblige pas non plus le juge national à s'abstenir dans une telle situation d'appliquer la règle selon laquelle on ne peut demander en même temps l'annulation de la sentence arbitrale intermédiaire, dans la mesure où elle revêt le caractère d'une sentence définitive, et l'annulation de la sentence arbitrale ultérieure."

71. La Commission est parvenue à cette réponse en suivant le même raisonnement que pour répondre à la question 3.

i) Le principe est celui de l'autonomie des Etats membres pour instaurer leurs propres règles de procédure nationales, qui s'appliquent également lorsque des particuliers souhaitent faire valoir les droits qu'ils tirent du droit communautaire.

Les exceptions à ce principe formulées par la Cour ne sont pas non plus applicables en ce qui concerne les règles citées dans les questions 4 et 5:

ii) Les règles nationales de procédure évoquées dans les questions 4 et 5 du Hoge Raad s'appliquent tant aux droits que les personnes (physiques et morales) tirent du droit communautaire matériel qu'aux droits qu'elles tirent du droit national matériel.

iii) Ces règles ne rendent pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice par les justiciables de droits conférés par le droit communautaire.

Elles n'empêchent nullement les parties d'invoquer l'article 85 du traité CE ou toute autre disposition directement applicable du droit communautaire durant une procédure arbitrale. En outre, les parties sont libres, si elles ont invoqué ces dispositions de droit communautaire devant les arbitres et estiment que ceux-ci ont jugé à tort, dans leur sentence intermédiaire - qui est également sentence définitive (partielle) - qu'elles ne pouvaient s'en prévaloir, de demander l'annulation de cette sentence arbitrale intermédiaire<sup>29</sup>.

Il existe également de bonnes raisons d'appliquer les règles de droit néerlandais évoquées ici. En effet, elles permettent à un collège arbitral de rendre sa sentence définitive sur une partie d'un litige et à une partie de décider si elle entend user d'une voie de recours à l'encontre de cette sentence. Cela permet, par exemple, comme dans le cas d'espèce, d'obtenir une décision contraignante définitive (c'est-à-dire qui n'est plus susceptible d'un recours ordinaire) sur le point de savoir si l'une des parties doit verser un dédommagement à l'autre, et de ne passer aux décisions concernant l'importance du dédommagement (qui exigent souvent beaucoup de temps) que lorsqu'une décision définitive contraignante a établi l'existence de cette obligation.

La Commission attire l'attention sur la règle comparable qui figure à l'article 49 du statut de la Cour: "Un pourvoi peut être formé devant la Cour, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision attaquée, contre les décisions (...) qui tranchent partiellement le litige au fond". Lasok prend pour exemple d'une telle décision "un arrêt dans un recours en indemnité qui détermine la responsabilité, mais laisse aux parties le soin de s'entendre sur le montant"<sup>30</sup>.

- iv) Enfin, les règles du droit de procédure néerlandais évoquées dans les questions 4 et 5 n'empêchent pas non plus de poser des questions préjudicielles.

---

<sup>29</sup> Voir également à ce propos les points 44 et 45.

<sup>30</sup> Lasok, *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, 2<sup>e</sup> éd., 1994, p. 472, note 2.

### **III. CONCLUSION**

72. La Commission a l'honneur de proposer à la Cour d'apporter les réponses suivantes aux questions du Hoge Raad:

#### **Question 1**

- "1. Il appartient à un collège arbitral tel que celui dont il s'agit dans les questions posées par le Hoge Raad d'appliquer l'article 85 du traité CE, même lorsque la partie qui a intérêt à son application ne l'a pas invoqué, dans le cas où son droit national lui permet une telle application.
  
2. Le droit communautaire n'impose pas à un collège arbitral tel que celui dont il s'agit dans les questions posées par le Hoge Raad, de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l'examen de ce moyen l'obligerait à renoncer à la passivité qui lui incombe en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande."

### Questions 2 et 3

"Si la validité (et donc l'éventuelle nullité) de la convention litigieuse n'a pas fait l'objet d'un débat entre les parties durant une procédure arbitrale et que les arbitres auraient donc enfreint une règle de droit procédural national (en sortant des limites du litige) s'ils s'étaient prononcés sur l'applicabilité de l'article 85 du traité CE, un juge national n'est pas tenu de faire droit à une demande d'annulation d'une sentence arbitrale au motif que cette sentence est contraire à l'article 85 du traité CE s'il n'est pas non plus tenu de faire droit à une telle demande pour cause d'incompatibilité avec une règle comparable du droit national de la concurrence. Pour apprécier cette comparabilité, il y a lieu de tenir compte de la nature et de la fonction du droit communautaire de la concurrence."

### Questions 4 et 5

- "1. Si une sentence arbitrale intermédiaire revêt le caractère d'une sentence définitive en ce sens que son dispositif met fin à une partie du litige entre les parties et que tant le dispositif lui-même que la position sous-jacente concluant à la validité de la convention litigieuse ont revêtu l'autorité de la chose jugée parce que l'annulation de cette sentence intermédiaire n'a pas été demandée en temps utile, le droit communautaire n'oblige pas le juge national à écarter l'application de la règle de procédure nationale selon laquelle la possibilité de demander l'annulation d'une sentence arbitrale

ultérieure fondée sur la sentence intermédiaire est limitée par l'autorité de la chose jugée, afin de pouvoir examiner durant la procédure en annulation si la convention litigieuse est nulle pour incompatibilité avec l'article 85 du traité CE.

2. Le droit communautaire n'oblige pas non plus le juge national à s'abstenir dans une telle situation d'appliquer la règle selon laquelle on ne peut demander en même temps l'annulation de la sentence arbitrale intermédiaire, dans la mesure où elle revêt le caractère d'une sentence définitive, et l'annulation de la sentence arbitrale ultérieure."

C.W.A. TIMMERMANS

W. WILS

H. van VLIET

Agents de la Commission