

DROIT INTERNATIONAL ET COMMUNAUTAIRE DES CONTRATS D'AFFAIRES

Sous la direction scientifique de Cyril NOURISSAT, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, Directeur du Master II Droit international privé et comparé

Le rédacteur de contrats internationaux, à tout le moins de contrats intracommunautaires (mais, peut-on réellement faire la différence ?), se doit de « jongler » avec des sources variées dont le trait décisif semble résider dans un perpétuel mouvement. Il devient essentiel de comprendre que les solutions que l'on pouvait croire comme établies, notamment en considération de celles acquises dans l'ordre interne, sont susceptibles d'être remises en cause dès que l'extranéité est caractérisée. En ce sens, l'idée classique selon laquelle le droit international privé est le fruit d'une projection de l'ordre interne dans l'ordre international se vérifie de moins en moins. Les différentes contributions ici réunies permettront de se convaincre, par exemple, que l'ordre juridique communautaire conduit à repenser le sort des clauses compromissoires mais peut-être pas celui des clauses de réserve de propriété ; que les clauses attributives de juridictions, parce qu'elles font partie de l'« économie générale » du contrat international, tendent à se distancer des clauses compromissoires alors que d'aucuns les regroupaient volontiers sous le même vocable de « clauses relatives au litige » en raison d'une proximité de régime ou, encore, que la mise en œuvre de la « clause d'exception » prévue par la Convention de Rome du 19 juin 1980 – mais abandonnée par le projet de règlement « Rome I » – oblige le juge à une démarche méthodologique dont la Cour de cassation se fait heureusement la gardienne scrupuleuse...

Cyril NOURISSAT



Par Cyril
NOURISSAT

Professeur
à l'Université
Jean Moulin – Lyon 3
Consultant
Cabinet Ratheaux

Stipulation d'une clause compromissoire et droit communautaire : un nouvel horizon !

Les relations entre droit communautaire et droit de l'arbitrage ne cessent de s'approfondir selon des perspectives dont il est bien difficile de tirer encore aujourd'hui des conclusions définitives. Une littérature de plus en plus abondante existe qui a pu s'intéresser à des aspects variés tenant aussi bien aux liens – ou à l'absence de liens – entre l'espace judiciaire communautaire en matière civile et commerciale et l'arbitrage (1) qu'au rôle que ce dernier peut et pourrait jouer dans la mise en œuvre de la politique communautaire de concurrence, notamment en raison de la rénovation fondamentale qui la marque depuis mai 2004 (2).

RLDA 846

CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, Mostaza Claro ; CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-421/05, City Motors Groep NV

Tl y a quelques mois, et sans que cela n'ait été relevé par les observateurs, la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après CJCE) a tenu d'elle-même, semble-t-il, à s'adresser directement et explicitement aux arbitres afin de leur rappeler qu'à l'instar du juge étatique ils étaient tenus d'appliquer le droit communautaire (3). Alors que la Cour était saisie de questions concernant les missions d'une juridiction

étatique dans le contexte d'une résiliation d'un contrat de distribution gouverné par un règlement d'exemption dans le secteur automobile, le juge de Luxembourg a rendu destinataires de son « dit pour droit », les juridictions nationales et les « instances arbitrales ». Prise de conscience de ce que contentieux de la distribution intracommunautaire est aussi – si ce n'est avant tout – porté devant les juridictions arbitrales ? Certainement. Réponse indirecte mais nette à certaines juridictions >

(1) Pour illustration récente, Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2007, n° 06-11.157, P+B+R+I

(2) Cf. en dernier lieu le dossier intitulé « Ordre public, concurrence et arbitrage » in Concurrences 3-2006, p. 12 et s.

(3) CJCE, 7 sept. 2006, aff. C-125/05, Vulcan Silkeborg A/S, RLDA 2006/10, n° 588, note Pellegrini C.

internes qui avait pu émettre des doutes quant à la portée des obligations « communautaires » du tribunal arbitral ? Probablement... (4)

Deux nouveaux arrêts prononcés respectivement le 26 octobre 2006 et le 18 janvier 2007 retiendront l'attention des rédacteurs de contrat par les enseignements qu'ils portent. L'un et l'autre contribuent à répondre à la préoccupation de l'efficacité de la clause compromissoire, mais aussi de la procédure arbitrale, dans le contexte du droit communautaire. L'enjeu est simple dans son propos, mais complexe dans sa portée. Simple dans son propos, car il conduit à rappeler que désormais le rédacteur de contrat (interne, intracommunautaire ou international) auquel il est demandé de stipuler une clause compromissoire doit impérativement s'inquiéter des dispositions du droit communautaire susceptibles de recevoir application. Complexe dans sa portée, car, outre qu'il suppose d'identifier, dans le foisonnement des textes, la règle communautaire en cause, il convient ensuite d'en apprécier la signification et d'en tirer les conséquences. Ainsi, le sort d'une clause compromissoire stipulée dans un contrat de consommation paraît renouvelé en ce que la question de son opposabilité est clairement posée même si, au final, elle perd toute efficacité. Ainsi, le sort d'une clause compromissoire stipulée dans un contrat de distribution paraît renouvelé en ce que les conditions dans lesquelles elle est appelée à jouer en application d'un règlement d'exemption sont clarifiées au profit de la bonne exécution de la mission des arbitres. Plus fondamentalement, des deux cas examinés par la CJCE, une ligne générale paraît ressortir. Elle pourrait se résumer ainsi : si le droit communautaire semble s'engager dans une voie de soutien à l'efficacité des clauses compromissoires, partant à l'efficacité de la procédure arbitrale, c'est naturellement à la condition que la clause compromissoire et la procédure arbitrale ne conduisent pas à l'inefficacité du droit communautaire. Où le droit communautaire apparaît donc tout à la fois comme une condition et une limite à l'efficacité des clauses compromissoires.

I. – DE L'EFFICACITÉ CONTESTÉE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE STIPULÉE DANS UN CONTRAT DE CONSOMMATION

Une clause compromissoire désignant un arbitre unique était stipulée dans un contrat d'abonnement de téléphonie mobile. À la suite d'une inexécution contractuelle, le prestataire a saisi le tribunal arbitral. Ce dernier a alors fixé un délai de 10 jours au défendeur pour décider s'il refusait l'arbitrage et, s'il l'acceptait, pour présenter à l'arbitre ses observations. Cette dernière voie a été celle suivie par le défendeur. Par sentence du 22 septembre 2003, l'arbitre unique a accordé des dommages et intérêts au demandeur pour les préjudices subis et a condamné le défendeur aux dépens. À l'appui de son recours contre cette sentence, la requérante a invoqué pour la première fois devant le juge espagnol la nature abusive de la clause compromissoire. La société de téléphonie mobile s'est opposée à cette demande en répliquant que, en vertu de l'article 23 de la loi 36/1988 – loi sur l'arbitrage, à l'époque applicable –, la nul-

lité de cette clause devait être soulevée durant la procédure d'arbitrage et qu'elle ne pouvait donc plus être examinée dans le cadre du recours dirigé contre la sentence. C'est de cette dernière question que la CJCE est saisie en substance, notamment en considération de la directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

L'arrêt *Mostaza Claro* est l'occasion de relever que le droit communautaire ne se distingue pas fondamentalement d'autres systèmes juridiques qui manifestent une bienveillance certaine à la stipulation des clauses compromissoires et à l'accueil des sentences arbitrales. Et que, comme d'autres systèmes juridiques, il porte cependant un regard réservé sur ces clauses lorsqu'elles sont stipulées dans des contrats de consommation (5).

À l'instar du droit espagnol – applicable en l'espèce – comme du droit français, l'ordre juridique communautaire ne paraît pas vouloir remettre en cause la limitation des cas d'annulation des sentences arbitrales. La CJCE est des plus nettes. Selon elle, « il ne fait aucun doute que "l'efficacité de la procédure arbitrale" est une exigence qui justifie une limitation du "contrôle des sentences arbitrales" ». Il n'est donc pas question de revoir cette approche. C'est dans le cadre des cas d'ouverture prévus par les droits nationaux, et seulement eux, que le droit communautaire pourra et devra être envisagé par le juge de l'annulation. Rappelant alors son arrêt de principe *Eco Swiss* (6) et réaffirmant au passage que la violation du droit communautaire entre dans la seule hypothèse du contrôle exercé au titre de l'ordre public, la CJCE ne peut que souligner que « dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public, elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance de règles communautaires de ce type ».

Une observation s'impose alors qui tient à la formulation retenue ici par la Cour. À la suite de l'affaire *Eco Swiss*, il avait pu être soutenu que tout le droit communautaire entrait dans la catégorie de l'ordre public. La rédaction de l'arrêt allait dans ce sens, il est vrai en raison de la norme communautaire en cause, à savoir les dispositions originaires relatives au droit des pratiques anticoncurrentielles. La conséquence en était alors de considérer que le juge national ne devrait jamais accueillir une sentence arbitrale méconnaissant le droit communautaire. L'arrêt *Mostaza Claro* semble vouloir nuancer le propos en soulignant que le cas d'ouverture de l'annulation fondé sur la contrariété à l'ordre public intéresse les seuls cas de « méconnaissance de règles communautaires de ce type ». Sous-entendu donc que seules sont concernées les règles communautaires qui peuvent être qualifiées d'ordre public. La nuance est d'importance et ouvre, nous le pensons, des perspectives de discussions serrées sur la nature d'ordre public ou non des dispositions de droit communautaire, qu'elles soient des dispositions originaires ou dérivées...

En d'autres termes, il est manifeste que le droit communautaire ne reconnaît au juge saisi d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale la faculté de soulever l'illégalité de

(4) On fait ici référence à l'arrêt, pour le moins controversé, prononcé par CA Paris, 18 nov. 2004. Cf. depuis, CA Paris, 23 mars 2006, sur ce dernier arrêt, Clay T., Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, D. 2006, p. 3026, spéc. p. 3033.

(5) Cf. en dernier lieu L. n° 2005-67, 28 janv. 2005, modifiant l'annexe q) de l'article L. 132-1 du Code de la consommation qui déclare abusive les clause qui obligent les consommateurs « à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ».

(6) CJCE, 1^{er} juin 1999, Aff. C-126/97, *Eco Swiss*, Rec. CJCE, I, p. 3055.

la clause compromissoire, même en l'absence d'exception soulevée par une partie en temps voulu devant le tribunal arbitral, que dans la mesure où est en cause une règle communautaire présentant la qualité de règle d'ordre public. Cette précision permet donc de soutenir que le droit communautaire ne porte pas en lui-même préjudice à l'exigence d'efficacité et de sécurité des sentences arbitrales et, en tout état de cause, ne remet pas en question le choix fait par les systèmes nationaux (dans la ligne des instruments internationaux contraignants ou non) de limiter les cas d'annulation de la sentence arbitrale.

Reste dès lors à s'intéresser au contenu même des normes communautaires susceptibles d'entrer en conflit avec la clause compromissoire. Dans l'espèce à l'origine de ces quelques observations, les données paraissent bien établies. Selon la CJCE, s'inscrivant dans une ligne assez offensive illustrée par des arrêts bien connus comme les arrêts *Océano Grupo* (7) et *Cofidis* (8), la réponse est nette : « la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle implique qu'une juridiction nationale saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale apprécie la nullité de la convention d'arbitrage et annule cette sentence au motif que ladite convention contient une clause abusive, alors même que le consommateur a invoqué cette nullité non pas dans le cadre de la procédure arbitrale, mais uniquement dans celui du recours en annulation ».

La réponse est effectivement nette, sauf à relever que la rédaction peut engendrer une première incertitude. Dans le « dit pour droit » de l'arrêt ici reproduit, la CJCE a tenu à préciser que le consommateur a invoqué la nullité, fondée sur le caractère abusif de la clause, dans le cadre de son recours en annulation. Que se serait-il passé si tel n'avait pas été le cas, en d'autres termes si le consommateur ne s'était pas prévalu de la contrariété au droit communautaire de la clause compromissoire, mais, par exemple, avait soulevé d'autres moyens ? Le juge de l'annulation peut-il de lui-même soulever un tel moyen et ainsi annuler la sentence ou refuser l'*exequatur* ? Au contraire, faut-il que le demandeur à l'annulation ait expressément soutenu la violation de la règle de droit communautaire d'ordre public ? La logique même de l'ordre public commande, naturellement, que l'annulation fondée sur ce cas d'ouverture ne soit pas tributaire de son invocation spécifique par le demandeur devant le juge.

La deuxième incertitude tient au fait de savoir quelle devrait être l'attitude de l'arbitre qui – principe compétence-compétence oblige – est appelé à connaître d'un litige porté devant lui *via* une clause compromissoire qualifiée d'abusives et donc à statuer à titre liminaire sur sa compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage. Remarquons qu'en l'espèce, et d'après les faits rapportés, l'arbitre unique n'y a pas vu un motif pour refuser de se prononcer sur le fond du litige et que la CJCE ne lui adresse aucun reproche en ce sens. Est-ce à dire que l'on pourrait s'acheminer, à l'instar de

la jurisprudence connue en matière de contrat international de travail, non pas vers une nullité de principe de la clause compromissoire stipulée dans un contrat de consommation interne – on réservera le cas du contrat de consommation transfrontières – mais vers un mécanisme d'opposabilité ? En d'autres termes, si le professionnel ne pourra jamais opposer au consommateur la clause compromissoire stipulée dans le contrat, ce consommateur pourra, lui, opposer la clause compromissoire au professionnel. La perspective est intéressante, sauf à relever qu'elle est fragile précisément en raison de l'affirmation de la CJCE selon laquelle la directive sur les clauses abusives « implique qu'une juridiction nationale saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale apprécie la nullité de la convention d'arbitrage et annule cette sentence au motif que ladite convention contient une clause abusive, alors même que le consommateur a invoqué cette nullité non pas dans le cadre de la procédure arbitrale, mais uniquement dans celui du recours en annulation ».

Ainsi, le consommateur qui a mis en œuvre la clause compromissoire et qui, par la suite, est insatisfait de la sentence pourra toujours en demander l'annulation devant le juge étatique au motif tiré de la contrariété à l'ordre public. C'est ici probablement vider de sa portée la proposition et confirmer, s'il en était besoin que clause compromissoire et consommation ne font pas bon ménage, y compris donc dans l'ordre juridique communautaire, même si sa position est moins ferme que celle du droit positif interne. C'est alors devoir s'interroger sur la conformité des dispositions françaises de transposition de la directive n° 93/16/CEE ainsi que de la règle de la renonciation implicite à l'invocation d'une nullité de procédure...

« Ainsi, le consommateur qui a mis en œuvre la clause compromissoire et qui, par la suite, est insatisfait de la sentence pourra toujours en demander l'annulation devant le juge étatique au motif tiré de la contrariété à l'ordre public ».

II. – DE L'EFFICACITÉ RENFORCÉE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE STIPULÉE DANS UN CONTRAT DE DISTRIBUTION

Est à nouveau en cause la question de la résiliation d'un contrat de distribution automobile. Alors que la résiliation doit s'envisager dans les conditions du règlement n° 1400/2002/CE dont le considérant 11 énonce qu'« afin de favoriser le règlement rapide des litiges qui pourraient survenir entre les parties à un accord de distribution (...) les accords ne doivent bénéficier de l'exemption que s'ils prévoient le droit de chaque partie d'avoir recours à un expert indépendant ou à un arbitre, notamment en cas de notification de résiliation d'un accord », ce que reprend *mutatis mutandis* l'article 4, paragraphe 6, du règlement, un contrat prévoyait également, en faveur du concédant, une faculté de résiliation immédiate, de plein droit sans mise en demeure préalable dès lors que certains manquements du concessionnaire étaient caractérisés. Est donc porté devant la CJCE le fait de savoir si cette clause de résiliation expresse permettant de se dispenser *a priori* de l'intervention de l'arbitre s'avère ou non conforme au règlement d'exemption. La Cour considère que la question de la validité d'une telle clause ne relève pas du droit communautaire mais du >

(7) CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/98, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, Rec. CJCE, I, p. 4941

(8) CJCE, 21 nov. 2002, aff. C-473/00, *Cofidis*, Rec. CJCE, I, p. 10875

seul droit national car « aucune disposition dudit règlement n'exige, pour l'application de l'exemption par catégorie, que l'intervention de l'expert indépendant, de l'arbitre ou du juge ait lieu avant la mise en œuvre de la résiliation ». Tout au plus est-il ajouté que la mise en œuvre de la clause de résiliation expresse, pour être conforme aux exigences du règlement d'exemption, suppose que « le fournisseur indique par écrit les motifs de cette résiliation » afin de permettre à l'expert, à l'arbitre ou au juge « auxquels le distributeur a le droit de recourir (...) pour contester la validité de cette résiliation, soient en mesure d'exercer un contrôle effectif des motifs de celle-ci ».

L'arrêt apporte deux précisions d'importance. La première, sur les principes, confirme la place que l'arbitrage peut et doit occuper dans le contexte des règlements d'exemption par catégories du droit communautaire. Tant la lecture des considérants du règlement d'exemption ici applicable que certaines des formules utilisées par la CJCE témoignent de l'attrait marqué pour le recours à l'arbitrage dans le contexte communautaire des contrats de distribution. N'est-il pas symptomatique de relever que la rapidité, souvent présentée comme un trait caractéristique de l'arbitrage, explique que les rédacteurs du règlement vont jusqu'à subordonner l'exemption à la stipulation d'une clause compromis-

soire. Certes il ne s'agit pas du seul mode de règlement des litiges liés au contrat susceptible d'être mis en œuvre. Et, d'ailleurs, l'arrêt *City Motors Groep NV* donne l'occasion de le vérifier, puisque la CJCE – contrairement à ce qui semble avoir été l'analyse de la juridiction commerciale belge à l'origine de la question préjudicielle – décide que la stipulation d'une clause de résiliation expresse, donc d'une clause non-judiciaire de résiliation, n'est pas de nature à faire tomber l'exemption par catégorie dont bénéficie le contrat de distri-

bution en cause. Cela ne saurait surprendre tant il est vrai que la Commission a cessé depuis plusieurs années de voir dans les règlements d'exemption des contrats-types. Elle n'a plus l'ambition de guider la main des rédacteurs de contrats de distribution mais simplement le souci de l'efficacité économique et de la préservation d'une saine concurrence sur le marché.

La seconde précision tient au souci qui semble animer la Cour dans la perspective d'un règlement efficace des litiges nés de la résiliation du contrat de distribution, y compris donc au moyen de l'arbitrage. Non seulement la stipulation de la clause compromissoire est avancée comme moyen efficace mais certaines conditions du déroulé de l'instance arbitrale sont désormais envisagées sous la plume de la CJCE elle-même. Plus

« Non seulement la stipulation de la clause compromissoire est avancée comme moyen efficace mais certaines conditions du déroulé de l'instance arbitrale sont désormais envisagées sous la plume de la CJCE elle-même ».

précisément, l'arrêt rapporté met à la charge des parties, ou plutôt d'une partie, une obligation dont le contenu est explicite et essentiel dans la perspective de l'enclenchement d'une procédure d'arbitrage. Ainsi, convient-il que « le fournisseur indique par écrit les motifs de cette résiliation [expresse] ». On retrouve ici l'attention bien connue du droit communautaire pour la motivation des décisions, y compris donc des décisions privées. Mais parmi les justifications avancées, celle qui insiste sur le fait de permettre à l'arbitre « d'exercer

un contrôle effectif des motifs » de la résiliation mérite examen. Dans l'ordre du respect du contradictoire qui est peut-être le principe cardinal de la procédure arbitrale, l'on ne peut que se féliciter d'une telle prise de position. Sauf à s'interroger sur le respect, alors, de l'égalité des armes puisque, indiscutablement, c'est mettre à la charge de la partie vraisemblablement défenderesse à l'arbitrage (le fournisseur) des obligations bien lourdes. Reste alors à savoir comment le tribunal arbitral appréciera... ♦