



**L'arbitrage est- il une alternative au recours  
en justice administrative ou judiciaire en droit  
de concurrence ?**

**هل التحكيم بديل للجوء إلى المحاكم الإدارية أو القضائية في**

**قانون المنافسة؟**

إعداد

وحيدة الحسين الجواني

أستاذ مساعد بقسم القانون العام

بكلية الشريعة والقانون – جامعة جدة

البريد الإلكتروني : [Wejaouani@uj.edu.sa](mailto:Wejaouani@uj.edu.sa)

## 26- L'arbitrage est- il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?

### ملخص البحث

يُمثل قانون المنافسة نتاجاً وصورة عن التحولات التي يعرفها أي نظام اقتصادي، وهو في ذات الوقت أداة فعالة في تنظيم وتنمية الاقتصاد وعنصراً أساسياً في تفعيل نشاط السوق. ويهدف إلى ضمان التوزيع الأمثل للثروة من خلال محاربة الاحتكار والاتفاقات المخلة بالمنافسة والتعسف في وضعية الهيمنة وكل الممارسات التي تؤدي بطبيعتها إلى عرقلة السير الحسن للسوق حيث يتصدى لكل ما من شأنه الإخلال بالمنافسة أو الحد منها أو منعها أو تقييدها. ويمكن الرجوع بظهور أولى بوادر قانون المنافسة إلى نهايات القرن التاسع عشر بالولايات المتحدة، وهي فترة بداية صدور القوانين التي تحظر الممارسات الاحتكارية والمتنافية مع حرية المنافسة، ثم واعترافاً بأهمية تعزيز قوانين وسياسات المنافسة، اعتمدت أغلب الدول، ومن بينها تونس في عام 1991، تشريعات لتنظيم المنافسة، تختلف بشكل ملحوظ من حيث جودتها ومحتواها. ولتوفير حماية شاملة للمنافسة الحرة، تضمن التصدي لكل ممارسة تعرقل السير الطبيعي للسوق في إطار تكامل لا في إطار تنافس، أسند قانون المنافسة مهمة تسوية منازعات المنافسة إلى هيئات متعددة، أهمها مجلس المنافسة الذي يُمثل الهيئة الأساسية لحماية المنافسة، باعتباره صاحب الإختصاص العام وحامي النظام العام الاقتصادي، هذا إلى جانب سلطات الضبط التي تتمثل مهمتها

مجلة روح القوانين - العدد المائة واثنان عشر - إصدار أكتوبر 2025 - الجزء الثالث

الأساسية في ضبط القطاعات الاقتصادية كل في مجال اختصاصها أو تدخلها، بالإضافة إلى الهيئات القضائية الإدارية والعادية التي لها صلاحية حماية المنافسة، سواء كان ذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة. كما أنّ التحكيم، الذي يعتبر "القانون العام للعلاقات التجارية الدولية"، يتفاعل - أحيانا أو تدريجيا - مع القواعد التي تحكم العلاقات التنافسية. وفي هذا السياق، يلعب التحكيم دورا مهما وأصبح منافسا للقضاء الوطني المختص. غير أن الإشكالية هنا تكمن في اختصاصات التحكيم المتعلقة بمسائل ومنازعات المنافسة، أو بمعنى آخر قابلية منازعات المنافسة للتحكيم في ظل وجود هيئات وآليات قضائية وطنية مختصة في مثل تلك المنازعات. وفي هذا الإطار تأتي هذه الدراسة لتسلط الضوء على مجالات أعمال التحكيم وآثار اللجوء إليه في منازعات المنافسة وبيان مدى قابلية قضايا المنافسة المرتبطة في أغلبها بالنظام العام للدولة للتحكيم الذي يُعد في جوهره عملية رضائية لتسوية المنازعات، وبالتالي لتجيب عن سؤال جوهري يتعلّق بمدى اعتبار التحكيم، كوسيلة بديلة لفض المنازعات، بديلاً فعّالاً للجوء إلى القضاء الإداري أو العادي في منازعات قانون المنافسة.

**الكلمات المفتاحية:** المنافسة، مجلس المنافسة، التحكيم، النظام العام، القابلية للتحكيم، عدم القابلية للتحكيم، القاضي الإداري، القاضي العادي.

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

---

### **Résumé :**

Le droit de la concurrence est tout à la fois le produit de l'économie de marché et son mode de régulation. Dans ses principales composantes, il traite du droit des ententes illicites, de la sanction des abus de position dominantes et du régime des fusions-acquisitions entre entreprises. Parti des Etats-Unis, le droit de la concurrence est largement présent dans les économies de marchés d'un grand nombre de pays, dont la Tunisie en 1991, avec des variantes notables en sophistication et en contenu. Ce droit a maintenu un système de compétences parallèles, dans lequel coexistent une mise en œuvre dans l'intérêt public assurée par la Commission et les autorités de concurrence et une mise en œuvre du ressort du juge administratif et judiciaire. L'arbitrage, dont on considère qu'il est aujourd'hui « le droit commun des relations commerciales internationales », interagit – ponctuellement ou graduellement – avec les règles gouvernant les relations de concurrence. Dans ce cadre, l'arbitre tient une place non négligeable et s'avère un concurrent sérieux du juge étatique. Cette intervention de la justice arbitrale oblige à revoir les relations qu'elle entretient avec les autres instances du contentieux de la concurrence. Cette étude essaie de répondre à la question de savoir dans quelle mesure la justice arbitrale, d'essence consensuelle, est adaptée au traitement de ce type de litige pouvant inclure, dans la plupart des cas, des impératifs d'ordre public ? Plus loin, l'étude cherche à savoir si l'arbitrage, en tant que mode alternatif de règlement des litiges, est réellement une alternative efficace au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ? Seront, ainsi, examinées les articulations entre l'arbitrage et les autorités administratives et judiciaires en droit de la concurrence.

**Mots-clés :** la concurrence, le conseil de la concurrence, l'arbitrage, l'ordre public, l'arbitrabilité, l'inarbitrabilité, le juge administratif, juge judiciaire.

## Introduction

Dans un monde en constante évolution juridique et économique, la résolution des litiges revêt une importance capitale pour les entreprises et les particuliers. En effet l'idée de justice ne se réalise pas seulement dans la sagesse des décisions juridictionnelles ; elle s'exprime aussi dans leur rapidité et leur effectivité pour répondre aux besoins des justiciables. Pendant une longue période, le système de règlement des litiges a souvent été critiqué pour ses procédures lourdes, longues et coûteuses. Ainsi, une nouvelle exigence d'efficacité du système de règlement des litiges est apparue. « *La vie économique de notre temps est devenue inconcevable sans l'arbitrage* »<sup>1</sup>. Ces mots du professeur René DAVID qui datent pourtant d'un peu plus d'une vingtaine d'années reflètent parfaitement les réalités actuelles : l'arbitrage est le mode usuel et privilégié de règlement des différends dans la sphère du commerce international. Pour nous en convaincre, nous pouvons souligner deux faits. D'abord, il

---

<sup>1</sup> DAVID René, Le droit du commerce international Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé, Paris, Economica, 1987.

## **26- L'arbitrage est- il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

existe sur ce point une réelle unanimité doctrinale<sup>1</sup>. De plus, il y a une acceptation, promotion et pratique de l'arbitrage<sup>2</sup> dans des pays de niveau de développement différent, c'est-à-dire dans les pays développés aussi bien que dans les pays en développement<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> En témoignent le nombre important et la variété d'écrits et de travaux sur cette matière v. R. DAVID, *L'arbitrage commercial dans le commerce international*, Paris, Economica, 1981. V. aussi A. REDFERN et M. HUNTER, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, Paris, LGDJ, 2ème édition, 1994. V. surtout Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996. V. aussi J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit Comparé de l'arbitrage international*, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 2002. V. enfin J.-F. POUDRET, « L'originalité du français de l'arbitrage au regard du droit comparé », RIDC, 2004, n°1, p. 139.

<sup>2</sup> En effet, comme le démontre Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, et B. GOLDMAN, *op.cit.*, p. 3, l'arbitrage est devenu le mode « normal » de règlement des différends en matière de commerce international. En atteste la modernisation constante des législations nationales sur cette matière dans le monde entier. En atteste aussi, la forte ratification par les États, des conventions internationales multilatérales sur ce domaine. La Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales a été ratifiée à ce jour par 149 États (consulter le site de la CNUDCI sur Internet : [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)). La Convention de Washington de 1965 CIRDI a été à ce jour ratifiée par 148 États (consulter le site de la banque mondiale sur Internet : [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)). En atteste enfin, et ce du fait du manque d'une juridiction internationale pour les litiges d'ordre privé, l'activité croissante et la multiplication (difficilement quantifiable) des centres d'arbitrage dans le monde entier. La Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) qui a été créée en 1923, dont le nombre d'affaires ne cesse de croître chaque année est aujourd'hui considérée comme le géant mondial parmi les institutions permanentes d'arbitrages. V. Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 2007, volume 18, n° 1.

<sup>3</sup> V. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p.814 et 815. Les pays en développement sont une « catégorie d'États désignés officiellement comme tels, le plus

L'arbitrage commercial international est désormais un enjeu de développement. *Alain PLANTEY* a très justement résumé cette situation lorsqu'il a affirmé que l'arbitrage est devenu «*aujourd'hui dans le monde entier un des éléments essentiels du dispositif juridique des grands projets d'investissement et de développement ...*»<sup>1</sup>. La place qu'occupe ce mécanisme de règlement des différends au niveau mondial n'est pas le fruit du hasard. Elle est le produit de plusieurs facteurs. Ceci s'explique sans doute parce que cette procédure est la mieux à même de répondre aux préoccupations de neutralité et d'efficacité des opérateurs du commerce international.

Cependant, pendant que se développe cette tendance à la privatisation des modes de résolutions de différends, on constate parallèlement une intervention croissante de l'État ou d'organismes étatiques dans l'activité économique, notamment sous la forme de contrôles divers. Le droit de la concurrence est un exemple notable de ce type de contrôle qui tend à assurer le respect du libre jeu de la concurrence par les agents économiques. Ce droit est tout à la fois le produit de l'économie de marché et son mode de régulation. Dans ses principales

---

souvent par des organisations internationales, par référence à différentes méthodes combinées ou non (recours à divers critères dont le PNB par habitant à titre principal ... ».

<sup>1</sup> V. A. PLANTEY, « L'arbitrage dans le commerce international », AFDI, 1990, p. 307.

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

composantes, il traite du droit des ententes illicites, de la sanction des abus de position dominantes et du régime des fusions-acquisitions entre entreprises<sup>1</sup>. Parti des Etats-Unis, avec les *Interstate Commerce Act 1887* et *Sherman Act 1890*, le droit de la concurrence est largement présent dans les économies de marchés d'un grand nombre de pays, dont la Tunisie en 1991, avec des variantes notables en sophistication et en contenu. Ainsi, garantir le respect du droit de la concurrence n'est pas une mince affaire. La difficulté vient de la multiplicité de ce droit : multiplicité des formes de pratiques et d'agissements anticoncurrentiels ou déloyaux contre lesquels il faut lutter, multiplicité des objectifs qu'il faut servir, multiplicité des terrains géographiques sur lesquels il faut intervenir<sup>2</sup>. Il n'est dès lors pas étonnant qu'à la multiplicité du droit de la concurrence réponde une multiplicité des garants du droit de la concurrence à savoir le conseil de la concurrence qui occupe un rôle central, mais non exclusif; le conseil de la concurrence n'est pas l'unique protecteur de la concurrence, le législateur a en effet octroyé aux tribunaux

---

<sup>1</sup> د. نصيرة غزالي، التعسف في وضعية الهيمنة والتبعية الاقتصادية كصور من الممارسات المقيدة للمنافسة، أعمال الملتقى الوطني الافتراضي حول حماية السوق في ظل أحكام قانون المنافسة المنظم يوم 9 ماي 2022، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، أكتوبر 2022، ص.50.

<sup>2</sup> د. مباركة لغنج، الضمانات القانونية لحماية المنافسة، أعمال الملتقى الوطني الافتراضي حول حماية السوق في ظل أحكام قانون المنافسة المنظم يوم 9 ماي 2022، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، أكتوبر 2022، ص.5.



administratifs et judiciaires<sup>1</sup> un rôle important dans l'application du droit de la concurrence et la mise en œuvre de la politique de la concurrence qui se manifeste par le contrôle des décisions du Conseil de la concurrence, la protection des opérateurs économiques et le contrôle des actes de puissance publique. Aussi l'articulation entre l'arbitrage et le droit de la concurrence, leurs lieux de rencontre aussi multiples que significatifs, constituent un champ porteur d'évolutions et de transformations remarquables. Dans ce cadre, cette étude vise à faire le point sur l'évolution, les ambitions ainsi que les méfiances relatives à l'arbitrage en tant que mode alternatif de résolution des litiges concernant le droit de la concurrence.

### 1- Définitions des termes :

Lorsqu'on veut réfléchir sur les rapports entre l'arbitrage et le droit de la concurrence, on se heurte à la définition des termes. Commençons par le plus convenu, à savoir, *l'arbitrage* qui constitue selon l'article 1 du Code Tunisien de l'Arbitrage promulgué par la loi n°93 – 42 du 26 Avril 1993 : « *un procédé privé de règlement de certaines catégories de contestations par un tribunal arbitral auquel les parties confient la mission de les*

<sup>1</sup> أ.د/ وفاء شيعاوي وط.د/يمينة منزول، دور القضاء العادي في حماية السوق، أعمال الملتقى الوطني الافتراضي حول حماية السوق في ظل أحكام قانون المنافسة المنظم يوم 9 ماي 2022، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، أكتوبر 2022، ص.353.

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

*juger en vertu d'une convention d'arbitrage* »<sup>1</sup>. Nous soulignons ici la qualification de « procédé privé » retenue dans cette définition de l'arbitrage. L'arbitrage est un mode, dit parfois amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel, de règlement d'un litige par une autorité (le ou les arbitres) qui tient son pouvoir de juger, non d'une délégation permanente de l'État ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties.<sup>2</sup> Les deux caractères essentiels de l'arbitrage apparaissent à la lumière de cette définition : d'une part, le caractère conventionnel ; d'autre part, le caractère juridictionnel. Il est fait distinction entre, d'une part, l'arbitrage ad hoc, qui se déroule en dehors de toute organisation permanente d'arbitrage et relève de la seule initiative des parties et de leurs arbitres, et, d'autre part, l'arbitrage institutionnel, supposant le concours d'un organisme permanent d'arbitrage – par exemple, la Chambre de commerce internationale –, qui met à la disposition des litigants une liste d'arbitres, un règlement d'arbitrage, une organisation matérielle et des services.

Quant à la concurrence, elle se définit comme la compétition économique, c'est-à-dire « *l'offre par plusieurs entreprises distinctes et rivales de produits et services, qui*

---

<sup>1</sup> JORT n° 33 du 4 mai 1993, p.580.

<sup>2</sup> CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, V° « arbitrage », 5e édition, Paris, Presses universitaires de France, 03/01/2024.

*tendent à satisfaire des besoins équivalents avec, pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou perdre les faveurs de la clientèle »*<sup>1</sup>. Dans son acception la plus générale, le droit de la concurrence est donc constitué de l'ensemble des règles qui visent à organiser cette compétition économique. La réglementation des aides d'Etat, des prix, des primes, de la publicité, des mentions obligatoires portées sur les factures, est donc incluse dans cette définition. Il se présente comme un droit fondé sur la nécessaire démocratie économique pour organiser les relations sur le marché de manière impérative et assurer à toute entreprise, sans considération de taille, nationalité, lieu d'immatriculation, d'exercice principal, et assurer un libre et égal accès au marché. C'est donc un droit qui concerne les pratiques anticoncurrentielles et le contrôle des concentrations et vise la protection de l'équilibre général du marché.

Le législateur tunisien s'est intéressé à la concurrence en lui consacrant une réglementation à travers la loi n° 91-64 du 29 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix<sup>2</sup>. Très proche du

---

<sup>1</sup> CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, V° « concurrence », *Op. Cit.*

<sup>2</sup> JORT n° 55, du 06 aout 1991, p.1393. Cette loi a été modifiée à cinq reprises :

- Loi n°93-83 du 26 juillet 1993.
- Loi n°95-42 du 24 avril 1995.
- Loi n°99-41 du 10 mai 1999.
- Loi n° 2003-74 du 11 novembre 2003.
- Loi n°2005-60 du 18 juillet 2005.

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

---

droit européen dans les règles qu'elle établit et la portée des prohibitions qu'elle institue, cette loi énonce dans son article 2 le principe selon lequel « *les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ». Ayant pour principal objectif de définir les dispositions régissant la liberté des prix et d'établir les règles présidant à la libre concurrence et au contrôle des concentrations économiques, la loi prohibe également les actions concertées, les collusions et les ententes. Elle interdit également l'abus de position dominante ou de dépendance économique, et toute offre de prix ou pratique de prix abusivement bas.

### **2- Intérêt de l'étude :**

Dans un contexte de mondialisation économique, l'examen des rapports entre arbitrage et droit de la concurrence n'est pas dénué d'intérêt. En effet, à l'heure où l'arbitrage connaît un essor sans précédent, des réponses incertaines sont données à bon nombre de questions. Tant la jurisprudence que la doctrine manquent d'uniformité sur le sujet. La recherche sur un tel sujet enrichira certainement la réflexion juridique, non seulement sur les liens directs qu'entretiennent l'arbitrage et l'ordre public mais aussi et surtout les rapports entre l'Etat et le droit de la

concurrence ainsi que ceux de la justice étatique avec la « justice privée ».

Les deux composantes de notre sujet, à savoir, l'arbitrage d'un côté et la concurrence de l'autre, sont devenues deux phénomènes fondamentaux et bien connus des relations économiques et juridiques du monde moderne, aussi bien à l'échelle nationale qu'internationale et pourtant la relation entre ces deux phénomènes n'est pas encore bien claire. De ce fait, la rencontre du droit de la concurrence et de l'arbitrage a commencé à soulever de nouvelles interrogations et problématiques auxquels il convient d'apporter certaines clarifications et certains éléments de réponse. C'est dans ce cadre qu'apparaît l'intérêt de cette étude à l'heure de l'essor de l'arbitrage comme mode de règlement des litiges relevant de matières sensibles considérées auparavant non arbitrables comme par exemple la propriété intellectuelle, les opérations de bourse, les assurances, les procédures collectives et notamment le droit de la concurrence.

### **3- Objectifs de l'étude :**

Cette étude a notamment pour objectif d'étudier les règles du droit de la concurrence qui font partie de l'ordre public, leur application par l'arbitre et leur contrôle par le juge étatique et d'aller un pas plus loin en observant le problème sous un angle comparatif. Elle commence par un regard général sur les

## **26- L'arbitrage est- il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

carrefours entre le droit de la concurrence et l'arbitrage. Par la suite, l'étude explore comment le tribunal arbitral et les parties à l'arbitrage peuvent éviter une violation de l'ordre public en droit de la concurrence. Avec les résultats ainsi obtenus, on tente enfin de trouver une réponse à la question, si l'ordre public en droit de la concurrence constitue un dispositif de sécurité efficace, apte à protéger l'ordre juridique auquel il appartient.

### **4- Méthodologie de l'étude :**

Cette recherche s'appuie sur l'approche analytique descriptive pour traiter la question de l'arbitrabilité des litiges de droit de la concurrence.

### **5- Problématique retenue :**

Ainsi on voit poindre la première problématique soulevée par la rencontre entre l'arbitrage et le droit de la concurrence du fait de l'antagonisme naturel entre le caractère d'ordre public des règles de concurrence et le caractère privé du procédé de l'arbitrage comme moyen de règlement de différends et sa revendication à l'autonomie. Dans ce contexte, les questions posées par cette étude sont les suivantes :

- L'arbitre, juge privé, peut-il connaître des litiges intéressant le droit de la concurrence ? quels sont les pouvoirs de l'arbitre dans cette matière ? et quelles sont les limites de sa compétence ?

En d'autres termes, l'étude cherche à répondre à la question fondamentale suivante : l'arbitrage, en tant que mode alternatif de règlement des litiges, constitue-t-il réellement une alternative efficace au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?

#### **6- Annonce du plan :**

Pour l'instant, à notre connaissance on ne dispose en Tunisie ni d'expérience ni de décisions arbitrales dans ce secteur. C'est pour cette raison que nous allons nous baser sur les dispositions du Code de l'Arbitrage Tunisien et sur celles du droit de la concurrence en Tunisie tout en nous référant au droit et à la jurisprudence comparés.

De prime abord, notons que le droit de la concurrence n'est pas formé d'un bloc homogène de règles. En effet les normes d'ordre public et celles comprises dans le droit administratif et dans le droit pénal de la concurrence sont en principe non-arbitrables. Cependant le droit de la concurrence contient également des règles à caractère civil destinées à réguler les rapports entre les sujets de droit et qui, pour cette raison peuvent, en principe, être arbitrables.

De ce fait, en Tunisie, comme à l'étranger, la perspective sur l'arbitrabilité des litiges se rapportant au droit la concurrence est complexe et les réponses absolues d'arbitrabilité ou de non arbitrabilité doivent être nuancées tout en remarquant une

## **26- L'arbitrage est- il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

tendance de plus en plus marquée vers l'arbitrabilité accrue de certains litiges impliquant le droit de la concurrence.

Dans ce contexte, l'étude s'articule autour de deux grandes parties. Dans la première sont examinées la question de l'interdiction de l'arbitrage et celle de l'inarbitrabilité des litiges de droit de la concurrence (**Partie I**). La deuxième partie, quant à elle, est consacrée aux litiges relevant du droit de la concurrence où l'arbitrage est concevable (**Partie II**).

### **Partie I : Les litiges du droit de la concurrence non-arbitrables**

L'emprise de l'ordre public sur le droit de la concurrence est facilement discernable. Instrument juridique de mise en œuvre de la politique de la concurrence par les pouvoirs publics destiné à l'organisation du marché et à réprimer tout comportement nocif au fonctionnement économique, les règles du droit de la concurrence sont réputées être d'ordre public ; économique en l'occurrence.

De ce fait les litiges mettant en jeu les normes non dérogeables de l'ordre public et de leurs sanctions ne pourront être soumis à une « justice privée » comme l'arbitrage et sont donc non-arbitrables (**A**). Le droit de la concurrence comporte



également des règles impératives de droit administratif et pénal, et dont la sanction de la violation ne peut non plus être soumise à l'arbitrage(B).

### **A- Les litiges du droit de la concurrence mettant en jeu l'ordre public économique :**

Du point de vue économique, la concurrence est un mécanisme qui implique, sur un marché déterminé, la formation des prix par le simple jeu de l'offre et de la demande émanant de vendeurs isolés les uns des autres. La concurrence « idéale » suppose qu'un commerçant soit libre pour s'approvisionner chez les fournisseurs de son choix, qu'il puisse obtenir de ces derniers des conditions similaires à celles consenties à ses concurrents, et qu'il puisse déterminer librement ses propres conditions de vente.

Cependant, la pratique révèle que cette concurrence « idéale » va à l'encontre de la vie réelle ; soit que des concurrents s'entendent pour fausser les mécanismes de fonctionnement du marché, soit que l'un d'entre eux, en position de domination par rapport aux autres, abuse de cette situation pour imposer sa loi, voire éliminer ses concurrents<sup>1</sup>. Ces comportements nuisent aux concurrents donc, aux intérêts privés, mais portent atteinte également aux mécanismes mêmes de la concurrence considérés

<sup>1</sup> مصطفى كوريد، أثر التجمعات الاقتصادية على المنافسة والسوق، أعمال الملتقى الوطني الافتراضي حول حماية السوق في ظل أحكام قانون المنافسة المنظم يوم 9 ماي 2022، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، أكتوبر 2022، ص.97.

## **26- L'arbitrage est- il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

comme d'ordre public économique. Cela a justifié l'intervention du législateur afin de préserver l'état sain de la concurrence en vertu d'un corps de lois et règlements constituant le droit la concurrence<sup>1</sup>.

Le droit de la concurrence s'est, progressivement, détaché des procédés du droit civil pour constituer un corps autonome doté de techniques et d'organes qui lui sont propres<sup>2</sup>. L'ordre public économique s'est désormais substitué au droit des marchands dans la régulation de la concurrence.

Sous l'effet de la libération des échanges et du succès du système de l'économie de marché dans le monde d'aujourd'hui, aussi bien les pays de l'Europe de l'Est que les pays en voie de développement sont de plus en plus nombreux à reconnaître que la politique de la concurrence est désormais entré dans la phase universalité.<sup>3</sup>

Eu égard à ces caractéristiques, le droit de la concurrence est fortement attaché à l'ordre public économique. En effet, on est en présence d'un droit économique d'ordre public de direction

---

<sup>1</sup> CHEKIR (H), « *La signification de la concurrence* », *AJT*, n° 7, 1993, page 15 et s.

<sup>2</sup> GUIGUA (J), *Le droit tunisien de la concurrence à l'ère de la mondialisation*, Tunis, CPU, 1995. Voir aussi Boujneh – Ben Driss (H), *L'administration de la concurrence*, *Op.Cit.*, M'BAREK (S), « Rôle des différents opérateurs économiques dans le cadre du nouveau Contexte économique et juridique », *AJT*, n7, 1993, p. 89 et s.

<sup>3</sup> Boujneh – Ben Driss (H), *L'administration de la concurrence*, Mémoire de DEA, Faculté de droit et de sciences politiques de Tunis, 2003-2004

dans les rapports de droit interne et qui s'élève, dans les relations internationales, au rang des lois de police.

Le droit économique est appréhendé comme « *le droit de l'organisation et du développement économique, que ceux-ci relèvent de l'Etat, de l'initiative privée ou du concert de l'un et de l'autre* »<sup>1</sup>. Qu'il soit érigé au rang d'une nouvelle branche autonome du droit ou réduit à une simple technique d'application et d'interprétation des normes juridiques, le droit économique entretient un lien de parenté naturel avec le droit de la concurrence. Ce dernier est considéré, par son essence même, comme « *le noyau dur du droit économique contemporain* »<sup>2</sup>. Cette qualification traduit la forte emprise de l'économie sur le droit de la concurrence et atteste à bien des égards de l'incorporation des concepts économiques dans le champ de l'analyse juridique. En témoignent la diversité des normes juridiques (règlements, recommandations, décisions, avis), la plasticité des notions utilisées, leurs contours flous (marché en cause, entreprise, bilan économique d'une entente) et enfin la

---

<sup>1</sup> CHAMPAUD (C), « *Contribution à la définition du droit économique* », Dalloz 1967, chr. p. 215, spéc. p. 217.

<sup>2</sup> FARJAT (G), « *La notion du droit économique* », Archives de philosophie de droit. Droit et économie. Tome 37, 1992, p.27 et 36.

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

complexité des problèmes soulevés ainsi que la place privilégiée de la méthode casuistique<sup>1</sup>.

Le droit de la concurrence recourt au niveau de l'élaboration et de l'application de la règle du droit, à des critères de la politique économique dont l'appréciation incombe principalement aux autorités spécialisées dans la répression de pratiques anticoncurrentielles<sup>2</sup>. C'est enfin et surtout par rapport à sa finalité que le droit de la concurrence se réclame comme droit économique dans la mesure où il tend à régulariser le libre jeu de la concurrence afin d'assurer la répartition efficace et optimale des ressources dans l'économie et aussi d'offrir aux consommateurs le choix le plus large possible de produits de qualité, aux prix les plus bas et en quantité suffisante<sup>3</sup>.

Au-delà de sa finalité, la coloration économique du droit de la concurrence est aussi étroitement subordonnée à sa fonction

---

<sup>1</sup> CHAMPAUD (C), « *Caractère du droit de la concurrence* », *J.- CL Concurrence et consommation*, Fasc. 30, n°9.

<sup>2</sup> نبيل ناصري، تسوية منازعات المنافسة بين سلطات الضبط والهيئات القضائية، أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 06، العدد 01، جوان 2021، ص. 89 وما بعدها.

<sup>3</sup> Le droit de la concurrence ne poursuit pas nécessairement des objectifs identiques d'un système juridique à un autre. A cet égard, il existe deux conceptions majeures opposées. L'une, qui est dominante en droit américain, a une finalité économique selon laquelle la concurrence est une fin en soi. En Europe prévaut une autre conception qui fait de la concurrence un simple moyen. En Tunisie, l'affirmation selon laquelle, la concurrence n'est pas une fin en soi, mais un moyen pour réaliser l'efficacité économique et servir l'intérêt des consommateurs est, pour le Conseil de la concurrence, un principe sur lequel il s'est appuyé pour donner naissance à un certain nombre de préceptes. (Avis n° 13/2001 du 10 Janvier 2002).

qui est de promouvoir un ordre public de direction. Le droit de la concurrence est compris aujourd'hui comme le pilier principal de l'ordre public économique de direction<sup>1</sup>.

L'ordre public trace les frontières de la liberté contractuelle et justifie l'immixtion des autorités qui en assurent la sauvegarde dans les relations contractuelles<sup>2</sup> ; il reflète le besoin d'un « civisme contractuel »<sup>3</sup>. Il affirme l'existence d'une société organisée où « *l'intérêt général l'emporte sur l'intérêt particulier* »<sup>4</sup>.

Incarnation juridique de l'intérêt général, l'ordre public se définit comme un ensemble de règles de droit impératives. Il « ... *correspond essentiellement à un ensemble de principes et de valeurs dont la force contraignante préexiste à ce pouvoir qu'auraient ou n'auraient pas les sujets de droit d'en aménager les effets ou la portée* »<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> MALAURIE-VIGNAL (M), « *Droit de la concurrence et droit des contrats* », Dalloz, 1995, chr. p. 51, spéc. pp. 53-54 ; DREIFUSS-NETTER (F), « *Droit de la concurrence et droit commun des obligations* », RTD. Civ., 1990, p. 369 ; CLAUDEL (E), Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, thèse, Paris X-Nanterre, 1994, n°601, p. 489.

<sup>2</sup> نبيل ناصري، تسوية منازعات المنافسة بين سلطات الضبط والهيئات القضائية، المرجع السابق.

<sup>3</sup> CARBONNIER (J), Droit civil, T.IV, Les obligations, 20<sup>ème</sup> éd., PUF, 1996, p.133.

<sup>4</sup> MALAURIE (Ph), « La notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé », in Travaux de l'association de CAPITANT (H), T. VII, p. 748.

<sup>5</sup> François TERRE, Rapport introductif « L'ordre public au XXème siècle », Dalloz 1996, p.13.

## 26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?

---

De l'ordre public classique garant des fondements moraux et politiques de la société, s'est détaché un ordre public économique caractérisé par sa mouvance et sa forte maniabilité. L'expression d'ordre public économique a été initialement employée par G. RIPERT en 1934<sup>1</sup>. Etant une notion fonctionnelle<sup>2</sup>, variable par son contenu<sup>3</sup> et empirique par ses méthodes<sup>4</sup>, l'ordre public économique se module pour répondre aux exigences de « *l'opportunité économique* »<sup>5</sup>.

Apparue pour la première fois sous la plume de J. CARBONNIER, la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction reflète en effet deux faces d'une même médaille. Si l'ordre public de protection répond aux attentes formulées par l'ordre privé impératif dans la mesure où il a pour objectif de « *protéger, dans divers contrats, la partie économiquement la plus faible* »<sup>6</sup>, l'ordre public de direction est

---

<sup>1</sup>RIPERT (G), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in les sources générales des systèmes juridiques actuels, Mélanges GENY, T. II, Sirey, 1934, p. 347.

<sup>2</sup> FARJAT (G), « La notion du droit économique », *Op. Cit.* p.50.

<sup>3</sup> GHESTIN (J), « *L'ordre économique, notion à contenu variable, en droit privé Français* », in Les notions à contenu variable en droit, études publiées par PERELMAN (Ch) et VANDER ELST (R), Travaux du Centre National de recherche de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 77.

<sup>4</sup> SAVATIER (R), « *L'ordre public économique* », *Dalloz* 1965, Chron. p.41.

<sup>5</sup> FARJAT (G), « La notion du droit économique », *Op. Cit.* p.53.

<sup>6</sup> CARBONNIER (J), Droit civil, T.IV, Les obligations, *Op. Cit.*, p.136.

principalement « un ordre public impératif »<sup>1</sup>; il se propose « *de concourir à une certaine direction de l'économie nationale, en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait la contrarier* »<sup>2</sup>.

La genèse de l'ordre public économique de direction en droit Tunisien fut initialement associée au dirigisme étatique. Le passage de l'interventionnisme étatique au néolibéralisme, qui s'est progressivement accompagné d'un vaste mouvement de déréglementation et de privatisation de tout un ensemble des secteurs de l'économie auparavant étatisé, n'a de cesse d'appeler un renouvellement de l'ordre public de direction. Cet ordre a par la suite reçu sa transcription législative dans la loi n° 91-64 du 29 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix qui a orienté le droit de la concurrence dans la direction de l'idéologie libérale de l'économie de marché ; le principe dominant en la matière est désormais celui de la liberté des prix et de la concurrence<sup>3</sup>.

Or, on ne saurait voir dans cette transition le signe d'une disparition de l'ordre public de direction. Même d'inspiration néolibérale, le droit de la concurrence demeure un droit offensif. Il s'agit des règles qui organisent l'économie et qui sont

---

<sup>1</sup> MESTRE (J), « *L'ordre public dans les relations économiques* », in l'ordre public à la fin du XXème siècle, Dalloz 1996, p.33.

<sup>2</sup> CARBONNIER (J), Droit civil, Op. Cit., p.137.

<sup>3</sup> CHEKIR (H), « La signification de la concurrence », *AJT*, n° 7, 1993, page 15 et s., CHIKHAOUI Leila, « La Tunisie liberté du commerce et de l'industrie à travers la nouvelle réglementation de la concurrence et des Prix en Tunisie », *AJT*, n °7, 1993, p. 135.

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

généralement autoritaires, contraignantes et impératives car elles touchent l'ordre public. L'ordre public de direction entend ainsi limiter la liberté des agents économiques pour défendre la liberté de la concurrence et favoriser le bon fonctionnement du marché<sup>1</sup>.

La deuxième particularité du droit de la concurrence tient à son appartenance à la famille des lois de police. Les lois de police traduisent indubitablement l'accroissement de l'intervention d'impératifs socio-économiques de l'Etat dans l'ordre privé et la volonté collective de corriger l'utilisation par trop absolutiste de la liberté individuelle dans le domaine contractuel. Elles sont définies comme « *les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays* »<sup>2</sup>.

Les lois de police sont donc des lois d'ordre public de droit interne si fortement attachées aux intérêts de l'organisation étatique que leur champ d'application se détermine, par leurs seuls termes, d'une manière directe et autoritaire sans se soucier de la compétence de lois étrangères<sup>3</sup>. Elles ont pour but de régir

---

<sup>1</sup> MESTRE (J), « *L'ordre public dans les relations économiques* », Op. Cit., p.40.

<sup>2</sup> FRANCESCAKIS (Ph), V° « Conflits de lois (principes généraux) », R. D.int., 1968, n°137.

<sup>3</sup> MAYER (P), « L'interférence des lois de police », in L'apport de la jurisprudence arbitrale, séminaire organisé les 7 et 8 avril 1986, par l'institut du droit et des pratiques des affaires internationales de la CCI, Paris, publication de la CCI, 1986, p. 31, spéc. P. 34.



impérativement tous les rapports juridiques internationaux entrant dans leur champ d'application spatial indépendamment de la loi qui leur serait normalement applicable ; c'est pour cette raison elles sont considérées, dans les relations internationales, d'application "immédiate" ou plus précisément, d'application nécessaire. C'est donc le but recherché qui entraîne l'application internationalement impérative d'une loi de police<sup>1</sup>.

La qualification de droit de la concurrence en tant que lois de police a reçu la faveur de la doctrine française<sup>2</sup> et trouve également un appui dans la jurisprudence pour laquelle « *il ne fait aucun doute que la législation antitrust... est considérée comme une loi de police* »<sup>3</sup>.

L'appartenance du droit de la concurrence à la catégorie des lois de police s'observe à un double point de vue. D'une part, la finalité des règles de concurrence est de garantir le libre jeu des lois de l'offre et de la demande et la protection du marché lui-même ; elles poursuivent ainsi un objectif d'ordre public de direction de l'économie. D'autre part, le champ d'application

---

<sup>1</sup> FRANCESKAKIS (Ph), V° « Conflits de lois (principes généraux) », Op. Cit., n°124.

<sup>2</sup> MAYER (P), « Les lois de police étrangères », *JDI*, 1981, p.291; même auteur, « L'interférence des lois de police », *Op. Cit.*, p. 34 ; MEZGER (E), V° « Pratiques restrictives de la concurrence », *R. D.int.*, 1969, p. 604, spéc. n°46, p. 610.

<sup>3</sup> Paris, 19 mai 1993, "Sté Labinal c/ stés Mors et Wesland Aerospace", *JDI*, 1993, p. 957, note IDOT (L); *Rev. Arb.*, 1993, p. 645, note JARROSSON (Ch).

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

spatial du droit de la concurrence répond exactement au but qu'il entend réaliser ; c'est parce que le droit de la concurrence vise à assurer la régulation du marché d'un Etat ou d'un groupe d'Etats qu'il doit être à ce titre déclaré applicable à tous les accords dont les effets anticoncurrentiels seraient ressentis sur ce marché, même si ces accords sont régis par une loi étrangère. L'analyse précédente des traits caractéristiques du droit de la concurrence nous mène à poser la question suivante : Vu ces caractéristiques un litige concernant les normes du droit de la concurrence et impliquant la mise en œuvre de règles d'ordre public, serait-il arbitrable?

Une réponse négative s'impose en raison de l'interdiction très générale édictée par l'article 7 du code de l'arbitrage selon lequel : « *On ne peut compromettre : 1) dans les matières touchant à l'ordre public...* »

La notion d'ordre public intervient ainsi dans la définition de l'arbitrabilité ou non d'un litige se rapportant à des normes du droit de la concurrence<sup>1</sup>. Le maintien du contrôle de l'Etat sur le bon fonctionnement de la concurrence dans l'économie de marché nécessite la sauvegarde du caractère impératif des politiques économiques et la soumission des activités des agents

---

<sup>1</sup> محمد عيساوي، إشكالية القابلية للتحكيم (L'arbitralité) في بعض المنازعات المرتبطة بالنظام العام، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 06، العدد 01، جوان 2011، ص. 197 وما بعدها.

économiques à une discipline contraignante assurée par le droit de la concurrence<sup>1</sup>.

L'Etat craint que l'arbitrage soit utilisé par les parties comme instrument de détournement des prescriptions impératives du droit de la concurrence et que, sous couvert de l'exercice de la liberté contractuelle, les particuliers puissent en soumettant leur litige à l'arbitrage, éluder leurs accords illicites au contrôle des autorités nationales de la concurrence notamment le conseil de la concurrence. Comment confier une mission de défense des intérêts généraux à un juge privé, en plus mutuellement et communément accepté par des parties à un litige sans courir le risque de leur détournement ?

De ce fait sont soustraits à l'arbitrage les cas dans lesquels le contrat de fond auquel fait référence la convention d'arbitrage serait contraire aux prescriptions du droit de la concurrence. Ainsi, notamment, un contrat constitutif d'une entente ne pourrait être soumis à des arbitres. De même, une juridiction arbitrale ne peut valablement connaître de contestations relatives à l'exécution directe ou indirecte d'un contrat portant sur des marchandises taxées, dans la mesure où les dispositions légales ou réglementaires relative à la taxation des marchandises intéressent l'ordre public.

---

<sup>1</sup> GOLDMAN (B), « L'arbitrage international et le droit de la concurrence », Bull. ASA, 1989, p. 261 et s.

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

---

On souhaite ainsi éviter le risque que des tribunaux arbitraux, qui peuvent siéger dans un Etat ne sanctionnant pas ces comportements ou avoir été formés dans des systèmes juridiques moins sensibles à ces préoccupations, ne s'attachent pas suffisamment à faire respecter ces règles et que les parties exécutent spontanément leur décision. En dehors de ces quelques hypothèses grossières, et dans le cas d'un contrat de partage de marché par exemple, l'appréciation de la violation de l'ordre public suppose en effet une analyse de fait et de droit qui peut être très délicate.

Toutefois, si, en droit positif tunisien, c'est la conception selon laquelle devait être exclu de l'arbitrage tout litige qui touchait à l'ordre public qui est maintenue ; en droit comparé, la tendance à l'arbitrabilité des litiges mettant en cause l'application du droit de la concurrence connaît une grande évolution.

D'une manière générale, l'étude de droit comparé sur l'arbitrabilité des matières d'ordre public de direction notamment le droit de la concurrence révèle que l'ordre public n'est plus nécessairement un critère décisif. Le rôle de ce critère a perdu de sa vigueur. L'ordre public, longtemps érigé comme facteur d'incompétence de l'arbitre, tend à jouer un rôle de plus en plus effacé. La réduction de l'ordre public a inévitablement augmenté le domaine de l'arbitrable. D'une non-arbitrabilité de principe, on

est passé à un principe d'arbitrabilité. L'étude du droit comparé nous enseigne que ce principe d'arbitrabilité est commun à un grand nombre d'Etats<sup>1</sup>.

Pourtant, le recours à l'arbitrage peut être perçue comme une sérieuse atteinte à l'ordre public économique et donc au droit de la concurrence. C'est la raison pour laquelle les litiges mettant en jeu l'ordre public sont non-arbitrables tout comme les litiges mettant en œuvre les règles des droits administratif et pénal de la concurrence.

## **B-Les litiges impliquant la mise en œuvre de règles des droits administratif et pénal de la concurrence :**

Le droit de la concurrence contient des règles des droits administratif (1) et pénal de la concurrence (2). Les litiges relatifs à ces droits sont également non-arbitrables car il s'agit de matières qui ne peuvent en aucun cas échapper à la juridiction étatique.

---

<sup>1</sup> Voir partie II parag 2ème.

## 26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?

### 1- Les litiges mettant en œuvre les règles du droit administratif de la concurrence :

En Tunisie, le contentieux de la concurrence a donné lieu à un échange aussi riche que complexe entre le juge judiciaire<sup>1</sup>, le juge administratif et les autorités régulatrices du marché<sup>2</sup>. La Tunisie s'est alors dotée d'une autorité chargée de protéger la concurrence sur le marché : « le Conseil de la Concurrence ». Obligatoirement saisi pour avis sur tout projet de concentration ayant pour effet d'entraver de manière significative la concurrence<sup>3</sup>, le Conseil est une juridiction administrative spécialisée<sup>4</sup> qui détient à la fois un pouvoir décisionnel<sup>5</sup> et un pouvoir de proposition<sup>6</sup>. Il instruit les affaires portées devant lui<sup>7</sup> et peut même se saisir d'office de pratiques anti-concurrentielles<sup>8</sup>.

Il peut également, en cas d'urgence, et après avoir entendu les parties et le commissaire du gouvernement, ordonner des

---

<sup>1</sup> أ.د/ وفاء شيعاوي وط.د/يمينة منزل، دور القضاء العادي في حماية السوق، أعمال الملتقى الوطني الإقتراضي حول حماية السوق في ظل أحكام قانون المنافسة المنظم يوم 9 ماي 2022، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، أكتوبر 2022، ص.353.

<sup>2</sup> نبيل نصري، تسوية منازعات المنافسة بين سلطات الضبط والهيئات القضائية، المرجع السابق.

<sup>3</sup> Art 7 nouveau dernier parag. De l'article 9 (nouveaux) de la loi n° 91-64, *Op. Cit.*

<sup>4</sup> HELALI Walid, Les autorités de régulation en Tunisie, P53 et s.

<sup>5</sup> Les articles 20 à 34 de la loi n° 91-64, *Op. Cit.*

<sup>6</sup> Le rapport Annuel, prévu par l'article 10(bis) nouveau et présenté au président de la république contient une partie réservée aux propositions.

<sup>7</sup> Art 13 nouveau et 55(nouveau).

<sup>8</sup> Art 11 (nouveau) parag 2eme.

mesures provisoires susceptibles d'éviter un préjudice imminent et irréparable pouvant affecter l'intérêt économique général, porter atteinte à certains secteurs économiques, nuire à l'intérêt du consommateur ou à celui de l'une des parties, et ce, jusqu'à ce qu'il soit statué sur le fond<sup>1</sup>. Il peut, le cas échéant prononcer l'exécution provisoire de ses décisions<sup>2</sup> et ordonner leur publication dans les journaux qu'il désigne, aux frais du condamné<sup>3</sup>. Le Président du Conseil détient la prérogative d'opposer un refus de communiquer des pièces mettant en jeu le secret d'affaires<sup>4</sup>.

Dans ce cadre, il est à signaler que cette compétence exclusive reconnue au Conseil de la Concurrence dans la mise en œuvre du droit de la concurrence échappe à toute possibilité d'arbitrage.

Néanmoins, le Conseil de la Concurrence n'est pas l'unique protecteur de la concurrence car le législateur a octroyé aux tribunaux administratifs et judiciaires un rôle important dans l'application du droit de la concurrence et la mise en œuvre de la politique de la concurrence qui se manifeste par le contrôle des décisions du Conseil de la concurrence, la protection des

---

<sup>1</sup> Article 11 nouveau parag.8 de la loi n° 91-64, *Op. Cit.*

<sup>2</sup> Article 21 nouveau de la loi susvisée.

<sup>3</sup> Article 20 nouveau parag.3 de la même loi.

<sup>4</sup> Article 18 de la loi.

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

opérateurs économiques et le contrôle des actes de puissance publique.

En effet le législateur tunisien a choisi de confier le contrôle des décisions du Conseil de la Concurrence à la juridiction administrative<sup>1</sup>, et plus précisément aux chambres d'Appel du Tribunal Administratif le recours en appel, et aux chambres de cassation de ce même tribunal<sup>2</sup> le pourvoi en cassation<sup>3</sup>. A travers leur contrôle, ces juridictions exercent une influence certaine sur le droit et la politique de la concurrence.

Il est donc clair que ce pouvoir de contrôle relève de la compétence exclusive du Tribunal Administratif Tunisien et ne peut, en aucun cas, être attribué à un tribunal arbitral. L'atteinte à la concurrence, ne provient pas exclusivement des pratiques ou des comportements imputables aux entreprises économiques, elle peut aussi être attribuée à des décisions administratives réglementaires ou individuelles. Il s'agit :

- Des décisions du ministre chargé du commerce,
- Des délégations de service public et les commandes publiques,

---

<sup>1</sup> L'article 21 nouveau de la loi n°91-64 "Les décisions rendues par le conseil de la concurrence sont Susceptibles d'appel devant le tribunal administratif. et l'article 19 (nouveau) de la loi n° 72-40 relative au Tribunal Administratif.

<sup>2</sup> Article 21 nouveau de la loi n° 72- 40 - du 1er juillet 1972.

<sup>3</sup> Article 21 nouveau de la loi n° 72- 40 - du 1er juillet 1972, *Op. Cit.*



- Des autorisations d'occupation du domaine public et des mesures de police.

La loi tunisienne sur la concurrence a accordé au ministre chargé du commerce un ensemble de prérogatives en la matière. Il peut notamment prendre par arrêté, et pour une durée n'excédant pas six mois, des mesures temporaires contre des hausses excessives des prix, soit dans le cadre d'une crise ou de calamité, soit dans des circonstances exceptionnelles ou d'une situation manifestement anormale dans un secteur déterminé (Art.4). Il peut autoriser, le cas échéant, des accords ou pratiques ayant pour effet un progrès technique ou économique et procurant aux consommateurs des avantages (Art. 6) ; Enfin, il détient le pouvoir d'autoriser ou non les opérations de concentrations soumises à autorisation et ce après consultation obligatoire du conseil de la concurrence (Art.7 ,7 bis et 8 nouveaux).

Toutes ces décisions, prises par le ministre chargé du commerce, sont des actes administratifs exécutoires et faisant grief, soumis de ce fait au contrôle du juge administratif, statuant en excès de pouvoir<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Loi n° 40 du 1er juin 1972 relative au tribunal administratif modifiée par la loi organique n°70 du 11 novembre 2008.

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

---

De même, s'agissant des délégations de service public et les commandes publiques, le Conseil de la concurrence tunisien a estimé qu'il n'était pas compétent pour se prononcer sur la régularité des procédures de dévolution de délégation de service public ou de marchés publics, organisées par une personne publique. Le contentieux de ces actes administratifs, qui mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique, relève de la compétence exclusive du juge administratif<sup>1</sup>. La compétence revient aussi au juge administratif dès lors qu'il s'agit d'apprécier la légalité des pratiques imputables à l'Etat ou aux collectivités publiques, comme le refus de se soumettre aux dispositions des marchés publics<sup>2</sup>.

Aussi les autorisations d'occupation du domaine public, décisions par lesquelles une autorité administrative octroie à une entreprise un droit d'occupation du domaine public, peuvent avoir des conséquences très importantes sur la concurrence et sur la situation économique des concurrents. Ces décisions constituent des actes administratifs et relèvent de la compétence du juge administratif au même titre que l'exercice des pouvoirs de police administrative, qui peuvent, dans certains cas, affecter l'activité économique et porter atteinte aux principes de la concurrence.

---

<sup>1</sup> C.C- AFF. n°2/2001 du 19 décembre 2002- office de l'huile.

<sup>2</sup> C.C – AFF n° 5194 du 29 septembre 2005- E.T.A.P.

Il appartient au juge administratif d'apprécier la légalité de ces mesures au regard des sources de la légalité, dont la loi sur la concurrence et les prix.

L'ensemble des actes administratifs suscités pourraient être considérés entachés d'illégalité pour violation de règles du droit de la concurrence. Il est à noter que le conseil de la concurrence n'est pas habilité à l'occasion d'un litige qu'il lui est soumis de contrôler la légalité d'un tel acte. En effet le contrôle de la légalité d'un tel acte ressort de la compétence exclusive du juge administratif. À fortiori un tribunal arbitral ne pourrait donc pas statuer sur la légalité d'un tel acte.

Ainsi, eu égard à sa nature spécifique, le droit de la concurrence impose des limites à l'arbitrabilité. Il comprend des règles spécifiques reconnaissant une compétence exclusive aux organes administratifs chargés de sa mise en œuvre, et qui peuvent ainsi restreindre le champ d'arbitrabilité. L'arbitrabilité devrait être exclue s'il était demandé à l'arbitre de prendre une décision que la législation applicable réserve à la compétence exclusive de l'autorité publique. Cette compétence fait également obstacle à la compétence d'un tribunal arbitral.

De même, cette nature d'ordre public des normes du droit de la concurrence s'attachant à une pluralité de règles de

## 26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?

sanctions administratives, pénales et civiles<sup>1</sup> et à une pluralité d'autorités compétentes pour sa mise en œuvre (juridictions judiciaires, tribunal administratif et autorités administratives spécialisées notamment le conseil de la concurrence)<sup>2</sup> empêcherait qu'un tribunal arbitral soit en mesure de se substituer aux organes étatiques dans la mise en œuvre des principes essentiels de l'organisation du marché et du contrôle de la compétition économique et dans la sanction de toute contravention illicite telle que : position dominante, pratiques anticoncurrentielles, les ententes...

---

<sup>1</sup> Voir La loi 91- 64 relative à la concurrence et aux prix, *Op. Cit.*, **TITRE IV DES INFRACTIONS ET DES SANCTIONS** : Chapitre Premier. Des infractions relatives aux pratiques anti-concurrentielles et de leur sanctions, Chapitre 2. Des infractions relatives aux pratiques restrictives à la transparence des prix et de leur sanctions et Chapitre III : Des infractions en matière de fixation des prix de biens de produits et de services non soumis au régime de la liberté de prix et de leurs sanctions, spec. Section I. Des sanctions administratives (articles 40 et 41) et Section II. Des sanctions judiciaires (articles de 42 à 50).

<sup>2</sup> Boujneh-Ben Driss (H), *L'administration de la concurrence*, Mémoire de DEA, Faculté de droit et de sciences politiques de Tunis, 2003-2004, *Op. Cit.*; JAIDANE(R), « *L'évolution du droit tunisien de la concurrence à la lumière de la réforme du 10 Mai 1999* », RTD, CPU, 2000; MAAROUF-BOURAOUI(N), « *Les attributions contentieuses du conseil de la concurrence* », Mémoire pour l'obtention du mastère en droit des affaires, FDSPT, 2005-2006; MEJRI(L), « *Le rôle consultatif du conseil de la concurrence* », Mémoire pour l'obtention du Mastère en droit des Affaires, FDSPT, 2006-2007; MESSAOUDI-CHAIEB(S), « *La procédure devant le conseil de la concurrence* », Mémoire pour l'obtention du Mastère en droit public, FDSPT, 2003-2004; JRIBI(G), « *les entraves rencontrées par le conseil de la concurrence dans l'accomplissement de sa mission* » document ocde ccnm/gf/comp/wd (2004)15 09/01/2004.

## **2- Les litiges mettant en œuvre les règles du droit pénal de la concurrence :**

Les questions du droit de la concurrence telles que les comportements unilatéraux des entreprises, ou les aides d'Etat aux entreprises échappent clairement à la compétence arbitrale. La non-arbitrabilité de ces litiges provient du fait qu'en cas de conflit entre la liberté contractuelle et le monopole de sanction de l'illicite par l'Etat, c'est le monopole de la sanction qui l'emporte.

La loi tunisienne sur la concurrence permet au Conseil de la Concurrence de transmettre le dossier au parquet, afin qu'il puisse engager éventuellement des poursuites pénales, contre les personnes physiques qui, par des moyens détournés, auraient pris une part déterminante, dans la violation des interdictions édictées par l'article 5 de ladite loi. Ces personnes encourent des peines d'emprisonnement allant de seize jours à une année et d'une amende de 2000 dinars à 100.000 dinars ou de l'une de ces deux peines seulement<sup>1</sup>. De ce fait, le juge pénal exerce un rôle dissuasif de premier ordre pour assurer l'efficacité du droit de la concurrence.

---

<sup>1</sup> Articles 20(nouveau) et 36 (nouveau) de la loi n° 91/64 du 29 juillet 1991, modifiée par la loi n° 60 du 18 Juillet 2005.

## **26- L'arbitrage est- il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

---

En outre, les entreprises qui sont coupables d'enfreindre les dispositions législatives, régissant les opérations de concentrations ou qui ne respectent pas les engagements s'y rapportant, encourent une amende dont le montant ne peut dépasser 5% du chiffre d'affaires, réalisé sur le marché national<sup>1</sup>.

Cette complémentarité entre la mission du Conseil de la Concurrence et celle du juge pénal est fondamentale pour la réussite de la politique de la concurrence

Ainsi, seuls l'Etat et ses autorités ont le monopole d'appliquer les règles de la concurrence et de sanctionner toute atteinte à l'ordre concurrentiel ; ils sont dotés de moyens de contrainte et de prérogatives régaliennes les autorisant à effectuer des investigations et à procéder à des poursuites visant à anéantir toute infraction à la concurrence sur le territoire national.

L'arbitre n'a pas cette vocation de remplir cette mission de défense de l'intérêt économique général de l'Etat. Ce dernier ne conçoit pas comment un juge privé pourrait veiller au respect des règles de concurrence alors qu'il n'est pas le gardien de son ordre public ; il n'a pas reçu non plus mission pour ce faire.

Se pose alors le problème de la légitimité de l'arbitre pour connaître de litiges pouvant impliquer des sanctions pénales et administratives. L'existence d'un marché efficient requiert un

---

<sup>1</sup> Article 42 (bis) de la même loi.

droit régulateur et, partant, l'intervention de l'Etat. « *La concurrence apparaît de plus en plus comme une forme d'organisation et non plus comme un état naturel, spontané, normal* ».<sup>1</sup>

L'admission par les Etats de l'arbitrabilité du droit de la concurrence transforme en quelque manière l'arbitre en agent régulateur des marchés. Or, l'arbitre, qui est par essence un juge privé, peut être réticent à l'idée d'être le bras armé des politiques des Etats.

En sus de cette considération d'ordre psychologique, force est d'admettre que l'arbitre est moins bien « outillé » que le juge étatique pour défendre l'intérêt général. A la différence de la justice étatique, il n'existe pas de ministère public (dont la mission est, par définition, de représenter l'intérêt général) au sein des tribunaux arbitraux. Il s'ensuit que l'arbitre doit remplir deux rôles à la fois. Le respect de l'ordre public économique, mais surtout la prise en considération d'autres intérêts que ceux des parties en souffriront sans doute. Par exemple, personne ne défendra les intérêts des autres créanciers ou des salariés d'une entreprise, ne prendra en considération le développement économique de la région ou du pays, son environnement, etc.

---

<sup>1</sup> G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, Paris, 1994, p. 45.

## **26- L'arbitrage est- il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

---

Il suffit de le constater, sans le déplorer. Imaginer l'intervention du Ministère public dans un arbitrage est doublement utopique : non seulement il n'en aurait pas les moyens matériels ; mais surtout sa présence anéantirait le caractère contractuel et privé de cette procédure, qu'il faudrait aussitôt réinventer.

D'autre part, l'arbitre ne jouit pas des mêmes pouvoirs que le juge étatique. L'arbitre dispose de la *juris dictio* mais non de l'*imperium*. L'arbitre est dépourvu d'*imperium* : Ne disposant pas des pouvoirs de coercition réservés aux autorités publiques, l'arbitre ne peut prononcer des amendes, ni, plus généralement, des sanctions à caractère répressif. Il se distingue donc nettement, à cet égard, de la plupart des autorités administratives indépendantes et des tribunaux représentatifs des magistratures économiques.

Pour la même raison, on lui dénie le pouvoir d'émettre des injonctions, notamment pour ordonner à des parties, et a fortiori à des tiers, de produire des éléments de preuve.

Les injonctions judiciaires étant généralement assorties d'astreinte, là encore, le défaut d'*impérium* a conduit à nier à l'arbitre le pouvoir de prononcer de telles astreintes. L'arbitre ne peut pas prononcer des sanctions pénales. Le droit pénal est du ressort de la compétence exclusive du juge étatique. A cet égard,



la cour d'appel de Paris note, dans l'arrêt *Labinal*, que « [...] le caractère de loi de police économique de la règle communautaire du droit de la concurrence interdit aux arbitres de prononcer des injonctions ou des amendes [...] ».<sup>1</sup>

De plus, du fait de l'effet relatif des conventions d'arbitrage, l'arbitre, contrairement au juge étatique, ne peut convoquer tout tiers ayant un lien avec le litige. En outre, le principe de confidentialité qui caractérise l'arbitrage est difficilement compatible avec la défense de l'intérêt général et les autorités de régulation sont, quoi qu'il en soit, mieux armées pour rechercher les preuves d'atteintes à l'ordre public économique. L'arbitre a moins aisément accès à toutes les données économiques nécessaires. Ainsi l'application du droit de la concurrence par l'arbitre international contraste inéluctablement avec son statut de juge privé, tout particulièrement en raison de la source conventionnelle de son investiture et de l'absence d'imperium. Comment peut-on attendre que l'arbitre puisse résoudre efficacement les litiges antitrust alors qu'il est dépourvu de prérogatives de contraintes juridiques et qu'il ne dispose pas de pouvoirs d'investigation ni des moyens nécessaires à l'analyse des données économiques complexes dont la maîtrise est

---

1 CA Paris, 19 mai 1993, *Société Labinal c. Société Mors et Westland Aerospace*, préc.

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

indispensable à la compréhension du contentieux de la concurrence ?

L'origine contractuelle de la mission de l'arbitre, la non appartenance de l'arbitrage à la justice administrée par l'Etat, rendent de plus en plus complexe la tâche de l'arbitre face au droit de la concurrence. L'arbitre se trouve aux prises de deux types de contraintes opposées : le respect de l'étendue de sa mission telle que définie dans la convention d'arbitrage, l'application de la loi choisie par les parties, et la garantie de l'impérativité du droit de la concurrence, lequel obéit, en tant que loi de police, pour son élection et son application, à des considérations dépassant les simples intérêts des parties à l'arbitrage. La coloration contractuelle de l'arbitrage épouse difficilement les considérations objectives qui animent l'élection du droit de la concurrence.

L'interdiction de l'arbitrage peut donc résulter soit des dispositions expresses incorporées dans le droit de la concurrence, soit du fait que la convention d'arbitrage devient elle-même un instrument de réalisation d'une entente illicite. Toutefois, et avec l'évolution de l'arbitrage la tendance est de plus en plus accrue vers l'arbitrabilité par un assouplissement des restrictions imposées à l'arbitrabilité du droit de la concurrence.

## **Partie II : Les litiges relevant du droit de la concurrence où l'arbitrage est concevable**

Sous l'impulsion des besoins du commerce international, les antinomies perçues entre l'arbitrage et le droit de la concurrence, entre la liberté contractuelle et l'ordre public économique peuvent être résolues. La résolution s'opère par l'admission de l'arbitrabilité ou encore plus précisément par l'assouplissement des restrictions imposées à l'arbitrabilité du droit de la concurrence. L'ordre public ne doit pas constituer un obstacle pour que les arbitres s'avancent dans une branche de droit.

Ainsi, il est concevable que les conséquences civiles du droit de la concurrence soient arbitrables **(A)**. Seulement cette évolution n'est pas sans limites **(B)**.

### **A- Les litiges n'ayant qu'un caractère civil :**

Au-delà des litiges, mettant en cause l'ordre public, le droit administratif ou pénal de la concurrence, lesquels sont non arbitrables le droit civil de la concurrence destiné à régler les rapports entre les sujets de droit doit, pour cette raison, être arbitral. Les litiges qui n'ont qu'un caractère civil par exemple concurrence non déloyale mais dommageable à une partie privée

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

exemple le dumping des prix. Ces litiges peuvent être arbitrables.<sup>1</sup>

De même, les actions de concurrence déloyale relevant du régime de responsabilité civile et ne présentant pas à ce titre un trait spécifique s'opposant à leur arbitrabilité peuvent également faire l'objet d'une solution arbitrale.

Le droit civil consolide le droit de la concurrence, dans la mesure où les opérateurs économiques qui subissent un préjudice, du fait de la violation d'une règle de droit de la concurrence, disposent de la possibilité de s'adresser au juge civil pour obtenir réparation des dommages subis<sup>2</sup>. Aussi le dernier alinéa de l'article 5 (nouveau) de la loi relative à la concurrence et aux prix dispose: "Est nul, de plein droit tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à l'une des pratiques prohibées ».

Ainsi les tribunaux jouent un rôle essentiel, d'appui au droit de la concurrence, puisqu'il leur revient de prononcer la nullité des contrats ou des clauses comportant des stipulations anticoncurrentielles, et d'accorder des indemnisations aux entreprises victimes des pratiques anticoncurrentielles.

---

<sup>1</sup> Lafaras Anastasios, La place de l'arbitrage dans l'indemnisation des pratiques anticoncurrentielles, Revue juridique des étudiants de la sorbonne nouvelle, 2022, vol. 5, n° 2, 19/12/2022.

<sup>2</sup> AFF. n° 3150 du 25.6.2004.

Contrairement au Conseil de la Concurrence qui a toujours estimé, qu'il n'était pas compétent pour prononcer la nullité des contrats et que cette compétence revenait au juge du contrat<sup>1</sup> qui peut être le juge judiciaire par les contrats de droit privé, ou également le juge administratif lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, certes, l'arbitre, tout comme le juge civil et en tant que détenteur d'un pouvoir juridictionnel, a le pouvoir de sanctionner la violation des règles d'ordre public en prononçant des sanctions civiles, à l'instar de compensations morales ou pécuniaires.

A cet effet, citons la formulation ferme et claire de l'arrêt *Labinal*<sup>2</sup> qui affirma « ...les conséquences civiles droit de la concurrence sont arbitrables ».

Par ailleurs et même si l'arbitre ne peut prononcer de sanctions pour des comportements anticoncurrentiels, il peut en revanche annuler une clause contraire à une prescription du droit de la concurrence mais cette annulation est d'effet relatif. Elle se limite aux relations entre les cocontractants parties au litige.

Toutefois et contrairement au juge civil auquel un simple consommateur peut s'adresser pour demander la réparation du préjudice qu'il a subi, du fait d'un acte ou comportement contraire

---

<sup>1</sup> GUIGA Jaouida, Le droit tunisien de la concurrence à l'ère de la mondialisation C.P.U-p111.

<sup>2</sup> CA Paris, 19 mai 1993, *Société Labinal c. Société Mors et Westland Aerospace*, préc.

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

à la liberté de la concurrence, il serait difficile d'imaginer que ce simple consommateur puisse recourir à l'arbitrage dans un litige contre un commerçant étant donné que tout arbitrage suppose une volonté commune à recourir à un tribunal arbitral et doit donc se fonder sur une clause arbitrale préexistante ou sur une convention d'arbitrage conclue après la naissance du litige. Entre un simple consommateur et un commerçant n'existe aucun lien contractuel contenant une clause arbitrale et il est peu probable qu'un commerçant accepte de conclure une convention d'arbitrage postérieure à la naissance d'un litige.

Cependant il n'est pas exclu d'imaginer, théoriquement, qu'un commerçant ou groupe de commerçants puisse conclure une convention d'arbitrage avec, par exemple, une association de consommateurs assez représentatif<sup>1</sup>.

Le pouvoir du tribunal arbitral de tirer toute conséquence civile d'une violation du droit de la concurrence réside dans le droit et le devoir des arbitres de faire respecter l'ordre public concurrentiel par le biais de l'annulation de la clause litigieuse.

L'arbitre du commerce international occupe une place privilégiée dans la vie économique internationale, car il a la garde partagée de l'ordre public économique avec le juge étatique. L'extension du domaine arbitral est l'empreinte de la

---

<sup>1</sup> Voir par exemple G. van HECKE, « Arbitrage et restrictions de la concurrence », Rev. Arb. 1973, p. 3-16.

reconnaissance par les Etats de l'importance de l'arbitrage comme instrument efficace de résolution des différends internationaux. En sanctionnant les comportements illicites, l'arbitre se révèle être un régulateur des activités économiques.

La tâche de l'arbitre semble être compliquée. Cependant, le grand principe directeur est que l'arbitre ne peut se substituer à l'autorité publique en matière de répression des pratiques condamnées par les dispositions impératives du droit de la concurrence. L'arbitre saisi d'un litige relatif à la validité ou à l'exécution d'un contrat a toutefois le pouvoir de se prononcer sur la compatibilité des dispositions contractuelles avec le droit concurrentiel, dès lors qu'une des parties au litige soulève ce point de droit. Cette compétence reconnue à l'arbitre évite de priver d'efficacité une clause compromissoire à chaque fois qu'une partie soulèverait l'incompatibilité de ladite clause avec des dispositions d'ordre public.

Nous soulignons ici que l'arbitre qui applique une règle d'ordre public ne vise pas le maintien de cet ordre mais se contente de dire le droit applicable à la résolution du litige. Il n'interdit pas les comportements contraires au droit de la concurrence, mais tire les conséquences d'un comportement illicite compte tenu des règles d'ordre public.

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

---

Ainsi, l'arbitre peut appliquer les règles du droit de la concurrence sous réserve du respect des domaines de compétence exclusive des autorités de la concurrence et aux domaines du monopôle de la justice étatique ou interétatique.

Notons également que, s'il peut appliquer le droit de la concurrence, l'arbitre ne peut le faire d'office, étant tenu de cantonner son analyse aux arguments soulevés par les parties. Un contrat illicite est donc susceptible d'être maintenu à l'issue de l'arbitrage. Si l'on excuse l'arbitre qui ignore de bonne foi les règles et principes d'ordre public, celui qui est conscient de la contrariété de la convention objet du litige avec des dispositions impératives non invoquées par les parties doit se déclarer incompétent sous peine d'annulation de sa sentence.

Enfin, nous rappellerons qu'un accord des parties visant à soustraire leur convention du champ d'application d'une règle impérative du droit de la concurrence est considéré comme vicié au regard de l'ordre public, et l'arbitre ne doit pas en tenir compte pour la résolution du litige.

La jurisprudence tunisienne nous n'offre pas d'illustrations. En revanche les tribunaux français ont notamment appliqué ces principes à la concurrence en affirmant avec beaucoup de force que « *Si le caractère de loi de police économique de la règle communautaire du droit de la*



*concurrency interdit aux arbitres de prononcer des injonctions ou des amendes, ils peuvent néanmoins tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard de règles de l'ordre public pouvant directement être appliquées aux relations des parties en cause... »<sup>1</sup>*

L'arbitrabilité des litiges impliquant la mise en œuvre du droit de la concurrence, qui a fait l'objet d'une littérature abondante en droit français<sup>2</sup>, a été largement admise dans bien d'autres pays.

Ce sont les Etats-Unis qui ont été le pays précurseur du mouvement de libéralisme en faveur de l'arbitrabilité des litiges mettant en jeu le droit de la concurrence. Solution plutôt novatrice à l'époque<sup>3</sup>, la Cour Suprême américaine a admis dans l'affaire *Mitsubishi* l'arbitrabilité des litiges intéressant le droit de

---

<sup>1</sup> CA Paris, 19 mai 1993, *Société Labinal c. Société Mors et Westland Aerospace*, préc.

<sup>2</sup> Travaux de l'Institut du droit et des pratiques des affaires internationales de la CCI sur Arbitrage et concurrence, Publication CCI n° 480/3, 1993 ; B. GOLDMAN, L'arbitrage international et le droit de la concurrence, Bull. Assoc. Suisse de l'arbitrage (ASA), 1989.260 ; Objective Arbitrability : Antitrust Disputes, Intellectual Property Disputes, n° spécial ASA Special Series, n°6, 1994.

<sup>3</sup> L'arbitrabilité du droit de la concurrence avait cependant déjà été reconnue, de manière avant-gardiste, par le juge vaudois en 1975 (Chambre des recours du canton de Vaud, 28 octobre 1975, *Ampaglas S.p.A. c. Sofia SA*, JdT 1981 III 71). Cf. *infra*, para. 24.

## 26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?

la concurrence qui entrent dans le cadre du *Sherman Act*.<sup>1</sup> La Cour suprême estime en effet que l'adoption de la Convention de New York par les Etats-Unis atteste l'existence d'une politique favorable à l'arbitrage. De plus, aucun texte ne prévoyait la non-arbitrabilité de tels litiges. La Cour suprême justifie également sa décision par le pouvoir du juge américain d'exercer un *second look* sur la sentence arbitrale : « *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* ».

L'arrêt *Mitsubishi* prend ainsi le contre-pied de la jurisprudence *American Safety v. McGuire* de la Cour d'appel fédérale pour le deuxième Circuit. Dans cette affaire, les litiges intéressant le droit antitrust avaient été jugés non-arbitrables au motif que l'arbitrage était inapte à protéger ces dispositions d'ordre public : « *Une demande en matière de loi anti-trust n'est pas seulement une affaire privée. Le Sherman Act a pour objet de promouvoir l'intérêt national dans une économie concurrentielle; de la sorte, le demandeur qui fait son droit en fonction de l'Act a été assimilé à un attorney-general privé, protecteur de l'intérêt public. Les violations du droit antitrust peuvent atteindre des*

---

<sup>1</sup> *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth Inc*, 473 US 614 (1985), YBCA, 1986, vol. XI, pp. 555 ss ; Rev. arb., 1986, pp. 273 ss.

*centaines de milliers – peut-être des millions – de personnes, infliger un stupéfiant dommage économique [...] ».*<sup>1</sup>

Dans l'affaire *Mitsubishi*, la Cour d'appel fédérale pour le premier Circuit avait adopté la même solution.<sup>2</sup> Un des arguments à l'encontre de l'arbitrabilité des *statutory claims* était l'importance du rôle du *private attorney general* : seul celui-ci pouvait accorder des dommages triples. Cet argument n'a aujourd'hui plus de raison d'être dans la mesure où la Cour suprême a reconnu dix ans plus tard la possibilité pour les arbitres de mettre en œuvre de telles sanctions.<sup>3</sup>

En France, ce sont les arrêts *Ganz* et *Labinal* qui ont reconnu l'arbitrabilité des litiges intéressant le droit de la concurrence. Dans l'arrêt *Ganz*, la cour d'appel de Paris a décidé que l'applicabilité d'une règle d'ordre public au rapport de droit litigieux ne faisait pas obstacle à l'arbitrabilité du litige : « *En matière internationale, l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public, ainsi que de*

<sup>1</sup> *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co, Inc. et al.*, 391 F. 2d 821 (2d Cir. 1968), Rev. arb., 1986, pp. 285 ss.

<sup>2</sup> *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 723 F. 2d. 155 (1<sup>st</sup> Cir. 1983).

<sup>3</sup> *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc. et al.*, 514 US 52 (1995), Rev. arb., 1995, pp. 295 ss, note L.A. Niddam.

## 26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?

*sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation* ». <sup>1</sup> De même, dans l'arrêt *Labinal*, ladite Cour a jugé que « *l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux* ». <sup>2</sup>

L'arrêt *Aplix* <sup>3</sup> viendra confirmer cette jurisprudence. La Cour aura l'occasion de rappeler le principe d'arbitrabilité des litiges mettant en jeu le droit communautaire de la concurrence dans l'arrêt *Thalès*. <sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. Suppl., 29 mars 1991, *Société Ganz et autres c. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens*, Rev. arb., 1991, pp. 478 ss, note L. Idot.

<sup>2</sup> CA Paris, 19 mai 1993, *Société Labinal c. Société Mors et Westland Aerospace*, Rev. arb., 1993, pp. 645 ss, note Ch. Jarrosson; JDI, 1993, pp. 957 ss, note L. Idot; RTD com. 1993, pp. 495 ss, obs. J.C. Dubarry et E. Loquin.

<sup>3</sup> CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch. C, 14 oct 1993, *Société Aplix c. Société Velcro*, Rev. arb., 1994, pp. 164 ss, note Ch. Jarrosson; Europe, avril 1994, n°155, obs. L. Idot.

<sup>4</sup> CA Paris, 18 Novembre 2004, *Thalès Air Defence BV c. GIE Euromissile*, JCP G 2005, II, 10038, note G. Chabot ; JDI, 2005, pp. 357 ss, note A. Mourre ; Rev. Lamy Concurrence, février/avril 2005, pp. 68 ss, note E. Barbier de la Serre et C. Nourissat; RTD com., 2005, pp. 263 ss, note E. Loquin; JCP G, 2005, I, 134, obs. Ch. Seraglini; SERAGLINI Christophe, « *L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation)* », Cah. arb., vol. III, pp. 86 ss; RADICATI DI BROZOLO Luca G., « *L'illicéité 'qui crève les yeux' : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris)* », Rev. arb., 2005, pp. 529 ss.

En Angleterre, dans la décision *ET Plus SA v. Welters* du 7 novembre 2005, la *Commercial Division* de la *High Court* tient clairement pour acquis l'arbitrabilité des litiges intéressant l'application des articles 81 et 82 TCE : « *There is no realistic doubt that such 'competition' or 'antitrust' claims are arbitrable ; the matter is whether they come within the scope of the arbitration clause, as a matter of its true construction* ».<sup>1</sup>

Cette décision n'est guère étonnante : elle intervient bien après les décisions *Almelo*<sup>2</sup> et *Eco Swiss*<sup>3</sup> de la CJCE, qui admettent tacitement l'arbitrabilité des litiges intéressant le droit communautaire de la concurrence. Récemment, la Cour suprême suédoise a d'ailleurs admis l'arbitrabilité des litiges intéressant ce droit dans son arrêt *BornholmsTrafikken AS c. Ystad Hamn Logistik AB* en se fondant expressément sur la jurisprudence *Eco Swiss* précitée.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> *ET Plus SA v. Welters* [2005] EWHC 2115 (Comm).

<sup>2</sup> CJCE, 27 avril 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo et autres c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, Recueil 1994 p. I-1477.

<sup>3</sup> CJCE, 1er juin 1999, aff. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd (Hong Kong) c. Benetton International NV (The Netherlands)*, Recueil, 1999, p. I-3055, YBCA, 1999, vol. XXIV, pp. 629 ss; Rev. arb., 1999, pp. 631 ss, note L. Idot.

<sup>4</sup> Cour suprême suédoise, 19 février 2008, *BornholmsTrafikken AS c. Ystad Hamn Logistik AB*, Affaire n° T 2808-05, commentaire de K. J. Dhunér, IBA Arbitration Committee Newsletter, vol. 14 n°1, Mars 2009, p. 64. Dans le même sens, la Cour d'Appel de Milan a jugé en 2006 qu'« [e]n principe, [...] les questions relatives au droit de la concurrence, qu'il s'agisse de droit italien ou de droit communautaire,

## 26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?

Par ailleurs, le Règlement CE n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 TCE, entré en vigueur le 1er mai 2004, semble permettre aux arbitres du commerce international d'accorder une exemption individuelle en application de l'article 81(3) TCE.<sup>1</sup>

---

*peuvent parfaitement être soumises à des arbitres, ainsi que cela ressort de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 1er juin 1999 [...] » (Cour d'Appel de Milan, Première Section Civile, arrêt dans la cause civile n° 4209/2005 du 5 juillet 2006, Bull. ASA 2007, pp. 618-629, spéc. p. 624).*

<sup>1</sup> Bien que ledit Règlement ne mentionne pas expressément le pouvoir pour l'arbitre d'appliquer l'article 81(3) TCE, nombre d'auteurs s'accordent pour le lui reconnaître : en particulier, v. M. DOLMANS et J. GRIERSON, « *L'arbitrage et la modernisation du droit communautaire de la concurrence : nouvelles opportunités et nouvelles responsabilités* », Bull. CCI Vol. 14, N°2, 2003, pp. 41-58, spéc. p. 55; W. ABDELGAWAD, « *L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE* », Rev. arb., 2004, pp. 253-282, spéc. pp. 255-261; L. G. RADICATI DI BROZOLO, « *Arbitrage commercial international et lois de police—Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international* », RCADI, vol. 315, 2005, pp. 265-502, spéc. p. 312; H. VAN HOUTTE, « *Arbitration and Arts. 81 et 82 EC Treaty, A State of Affairs* », Bull. ASA 2005, pp. 431-448, spéc. p. 436; S. I. DEMPEGIOTIS, « *EC Competition Law and International Arbitration in the Light of EC regulation 1/2003 - Conceptual Conflicts, Common Ground, and Corresponding Legal Issues* », Journal of International Arbitration 25(3), pp. 365-395, 2008, spéc. pp. 380-381; J. LEW, « *Competition Laws: Limits to Arbitrators Authority* », in L. A. MISTELIS et S. L. BREKOULAKIS (eds), *Arbitrability, International & Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009, pp. 241-261, spéc. p. 255, para. 19-49.

En Suisse, l'arbitrabilité des litiges mettant en jeu le droit de la concurrence avait déjà été admise par le Tribunal cantonal vaudois en 1975.<sup>1</sup> Sous l'empire de la LDIP, l'arbitrabilité des litiges intéressant le droit de la concurrence a été reconnue par un arrêt du Tribunal fédéral en date du 28 avril 1992<sup>2</sup> et confirmée par la jurisprudence subséquente<sup>3</sup>.

Encouragés par le libéralisme des autorités étatiques et la confiance qu'elles leur accordaient ainsi, les arbitres eux-mêmes, avec l'appui d'une doctrine quasi-unanime, se sont eux-mêmes reconnus compétents pour appliquer le droit de la concurrence, et particulièrement le droit communautaire<sup>4</sup>.

Avec ces jurisprudences, force est de constater que l'extension du domaine arbitrable est l'empreinte de la reconnaissance par ces Etats de l'importance de l'arbitrage

---

<sup>1</sup> Chambre des recours du canton de Vaud, 28 octobre 1975, *Ampaglas S.p.A. c. Sofia SA*, JdT 1981 III 71, cité par J.-F. POUDRET et S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Schulthess, 2003, p. 315, para. 347, et B. HANOTIAU, *L'arbitralité*, op. cit., p. 128, para. 183.

<sup>2</sup> ATF 118 II 193, 28 avril 1992, Bull. ASA 1992, pp. 368 ss; Rev. arb., 1993, pp. 124 ss, note L. Idot; RSDIE, 1994, pp. 108 ss.

<sup>3</sup> En particulier, v. ATF, 13 Novembre 1998, cause n° 4P.119/1998, Bull. ASA 1999, pp. 529 ss.

<sup>4</sup> Parmi les sentences CCI les plus récentes, V. les sentences n° 6475 (1994), 6614 (1991), 7181 (1992) 7633 (1993), publiées au Bull. CIA/CCI, mai 1995, p.51 à 56 ; H. VERBIST, L'application du droit communautaire dans les arbitrages de la CCI, in L'arbitrage commercial international en Europe, Bull. CIA/CCI, 1994. 34 ; J. WERNER, Application of Competition Laws by Arbitrators-the Step too far, 12 J. Int. Arb., 1. 21 (March 1995).

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

comme instrument efficace de résolution des différends internationaux.

On est ainsi entré dans la phase de privatisation des moyens d'application de la sanction civile de l'illicite concurrentiel ; l'arbitrabilité reflète, sinon une véritable privatisation, au moins la coexistence dans l'Etat moderne de la pluralité des voies dans la mise en œuvre du droit de la concurrence.

L'arbitrage a pu s'adapter avec les contraintes qu'impose le droit de la concurrence à son environnement et aussi aux opérateurs du commerce international sans perdre pour autant sa nature profonde. Parallèlement à la privatisation du droit de la concurrence, la transformation de l'arbitrage s'est dirigée, dans le sens inverse, vers le renforcement de tous les éléments de nature à rassurer les Etats sur le respect par l'arbitre de l'impérativité du droit de la concurrence, lequel renforcement atteste, en même temps, du rapprochement de la justice arbitrale vers la justice étatique.

A cet égard, M. ABDELGAWAD observe en matière de concurrence une « privatisation du droit »<sup>1</sup> et une

---

<sup>1</sup> W. ABDELGAWAD, *Arbitrage et droit de la concurrence – Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, Op. Cit., p. 225.



« *juridictionnalisation de l'arbitrage* »<sup>1</sup>. Ce constat semble pouvoir être établi à l'égard de l'ensemble des matières économiques.

On a vu ainsi, par le biais du processus de juridictionnalisation de l'arbitrage international, se manifester l'affermissement des pouvoirs et des devoirs de l'arbitre dans la sanction de l'illicite concurrentiel.

Toutefois, outre le fait que cette jurisprudence apporte un avantage certain, elle peut être perçue comme une sérieuse atteinte à l'ordre public économique et donc au droit de la concurrence. Ce droit risque de souffrir de contournement par le recours à l'arbitrage. En effet, comme l'a fait remarquer un auteur, « *L'arbitre, lui, est un juge agréé par les parties, précisément parce que celles-ci entendent échapper à une certaine rigidité du juge d'Etat. L'ordre public n'a pas le même sens ni le même rôle pour lui* »<sup>2</sup>.

C'est la raison pour laquelle cette évolution concernant l'arbitrabilité des litiges mettant en cause le droit de la concurrence n'est sans freins, le droit de la concurrence impose, eu égard à sa nature spécifique, des limites à l'arbitrabilité.

---

<sup>1</sup> *Id.*, pp. 232 ss ; W. ABDELGAWAD, « *L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE* », *Op. Cit.*, spéc. p. 281.

<sup>2</sup> I. FADLALLAH, « *L'ordre public dans les sentences arbitrales* », *RCADI*, vol. 249, 1994, p. 429.

## **26- L'arbitrage est- il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

---

### **B-Les limites du pouvoir de l'arbitre :**

Les pouvoirs ainsi reconnus aux arbitres de statuer même si l'ordre public économique est en jeu ont une contrepartie : c'est le devoir, pour ces mêmes arbitres, de respecter et d'appliquer exactement ces lois.

Eu égard à sa nature spécifique, le droit de la concurrence impose des limites aux pouvoirs ainsi reconnus aux arbitres de statuer : c'est le devoir, pour ces mêmes arbitres, de respecter et d'appliquer exactement les lois d'ordre public.

L'arbitre n'est pas une autorité publique chargée par la loi d'assurer la police économique : mandaté par les parties pour mettre fin à un litige, exerçant une forme de justice privée, il n'a ni vocation à, ni compétence pour, se substituer aux autorités de régulation. Son intervention s'arrête assurément là où commence la compétence exclusive ou impérative des autorités de concurrence. L'arbitre est donc dépourvu de pouvoirs en matière de contrôle des concentrations et de contrôle d'aides d'Etat. L'arbitre ne peut pas interférer dans le contrôle des concentrations comme c'est un lieu de décision politico-économique par excellence et dont on peut considérer qu'il jouxte en cela la perspective de régulation.

S'agissant l'application de la loi de la concurrence, il ne peut pas prononcer d'amendes, astreintes ou injonctions qui

relèvent des seules autorités de la concurrence. L'arbitre ne peut donc que prononcer des compensations civiles.

Cette évolution dépasse même un simple témoignage de l'éclatement du monopole d'application et de sanction civile de l'ordre public économique. Elle atteste de surcroît du fait que l'Etat n'est pas l'interprète exclusif de l'intérêt général ; en se prononçant par exemple sur le caractère illicite d'une entente, l'arbitre prend inévitablement en considération cette dimension de l'intérêt général. L'arbitre international réalise ainsi la transition entre l'intérêt public et les relations juridiques privées internationales, et participe à la défense des intérêts supérieurs des Etats.

On ne saurait néanmoins exagérer le sens de ce constat ; l'arbitrage n'a pas et ne peut avoir pour prétention de se substituer aux organes régulateurs de concurrence ni de se procurer une fonction régulatrice du marché ou s'élever au rang d'un véritable magistrat économique chargé d'évaluer à l'aune des considérations de l'intérêt général l'opportunité de la politique économique d'un Etat.

N'oublions pas que la vocation originelle de l'arbitrage est de résoudre un litige de nature privée et lorsque le droit de la concurrence vient s'interposer entre l'arbitre et le litige, c'est uniquement pour annuler un contrat illicite ou pour allouer des

## 26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?

dommages intérêts à la partie victime d'une pratique anticoncurrentielle.

En tout état de cause, face à l'émergence d'un ordre juridique arbitral de plus en plus autonome, le respect par les arbitres de l'ordre public, pont entre l'ordre juridique arbitral et l'ordre juridique étatique, est plus que jamais nécessaire.<sup>1</sup> La liberté individuelle peut engendrer des externalités négatives, affectant ainsi le bien-être de la collectivité. Le seul jeu des mécanismes du marché pour atteindre l'efficacité parétienne se révèle en pratique insuffisant.

Cette « *ankylose* » de la main invisible d'Adam Smith, pour reprendre l'expression d'économistes<sup>2</sup>, justifie l'intervention de l'Etat en matière économique. L'ordre public économique vise précisément à remédier à ces défaillances en jouant un rôle correcteur ou protecteur. Partant, le contrôle de conformité de la sentence à l'ordre public substantiel, en tant qu'instrument de régulation et de moralisation du commerce international, doit être maintenu.<sup>3</sup> Bien que l'arbitrage commercial international

---

<sup>1</sup> En ce sens, v. J.-B. RACINE, « *Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international* », Rev. arb., 2005, pp. 305-360, spéc. pp. 323-324.

<sup>2</sup> Y. CROISSANT et P. VORNETTI, « *Les motifs de l'intervention publique* », in *Concurrence et régulation des marchés*, Cahiers français n° 313, La documentation française, pp. 3-8, spéc. pp. 3-4.

<sup>3</sup> Contra A. MOURRE, « *Le libre arbitre, ou l'aveuglement de Zaleucus (Variations sur l'arbitrage, l'ordre public et le droit communautaire)* »,

apparaisse comme « *une justice de plus en plus délocalisée* »<sup>1</sup>, cette institution ne doit en aucun cas devenir une justice *off-shore* au service du blanchiment de l'illicite.

---

*op. cit.*, spéc. p. 323. Toutefois, M. Mourre ne préconise guère une suppression pure et simple du contrôle de la sentence au regard de l'ordre public de fond : « *la réserve de conformité à l'ordre public pourrait être remplacée par un contrôle de l'absence de fraude et de l'absence de violation des droits fondamentaux des parties, auquel s'ajouterait celui de l'absence d'inconciliabilité de la sentence avec une autre décision* ». De plus, cet auteur admet que sa suppression implique que « *le domaine de l'arbitrabilité ne soit pas démesurément étendu, notamment pour ce qui concerne les parties faibles telles que les consommateurs ou les travailleurs salariés* ».

<sup>1</sup> Ch. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, *op. cit.*, p. 6, n° 7.

## **26- L'arbitrage est- il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

---

### **Conclusion**

L'arbitrage progresse et le champ d'arbitrabilité s'élargit à mesure que l'ordre public économique se privatise mais la privatisation de l'ordre public économique se traduit par sa pénétration dans l'arbitrage, ce qui n'a de cesse de provoquer, en retour, son attraction envers la justice étatique, sa juridictionnalisation et le renforcement des moyens de contrôle de la sentence arbitrale.

Il est donc remarquable que la compétence reconnue aux arbitres de mettre en œuvre le droit de la concurrence a renforcé la nature juridictionnelle de l'arbitrage au détriment de sa composante contractuelle et l'a rapprochée de la justice étatique. L'arbitre est, dès lors, investi du devoir de faire respecter le droit de la concurrence. Toutefois, cette compétence ne peut pas jouer au détriment du droit de la concurrence car avec des modalités variables, toute sentence arbitrale peut être contrôlée, soit dans le cadre d'un recours en annulation consacrée par l'article 78 du Code d'arbitrage tunisien<sup>1</sup>, soit dans celui d'une procédure en exéquatur consacrée par les dispositions des article 11 et suivants

---

<sup>1</sup> Code de l'arbitrage tunisien promulgué par la loi n°93 – 42 du 26 Avril 1993, JORT n° 33 du 4 mai 1993, p.580.

du Code tunisien de droit international privé tunisien<sup>1</sup>. C'est une garantie essentielle pour que l'arbitrage ne devienne une justice privée destinée à contourner les prescriptions impératives du droit de la concurrence et blanchir l'illicite.

En matière de droit de la concurrence, le contrôle judiciaire est une garantie contre tout dérapage ou empiètement des arbitres sur les matières qui sont d'ordre public stricto sensu et ne relèvent que de la compétence juridictionnelle. C'est pour cela que l'encouragement de l'arbitrage ne constitue pas un risque car le dernier mot appartient à l'autorité judiciaire par voie d'annulation ou exequatur.

L'arbitre ne rend pas la justice au nom d'un Etat. Il n'a pas de for. Sur le terrain de la procédure arbitrale, il en résulte que la mise en œuvre de sa sentence ne sera effective qu'avec le concours et après le contrôle du juge étatique.

Cependant, ce contrôle doit s'exercer d'une manière positive et non maximaliste afin de ne pas constituer un instrument d'étouffement de l'arbitrage comme mode de règlement des litiges.

---

<sup>1</sup> Loi N° 98-97 du 27 Novembre 1998, Portant promulgation du. *Code de Droit International privé*, JORT n°96 du 1er décembre 1998, pages 2332 à 2336.

## **26- L'arbitrage est- il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

---

### **Bibliographie**

#### **1- Les ouvrages :**

- <sup>1</sup> DAVID René, Le droit du commerce international Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé, Paris, Economica, 1987.
- 2- R. DAVID, L'arbitrage commercial dans le commerce international, Paris, Economica, 1981
- 3- A. REDFERN et M. HUNTER, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, Paris, LGDJ, 2ème édition, 1994.
- 4 -Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, et B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, Litec, 1996.
- 5 -J.-F. POUDRET et S. BESSON, Droit Comparé de l'arbitrage international, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 2002.
- 6- GUIGUA (J), *Le droit tunisien de la concurrence à l'ère de la mondialisation*, Tunis, CPU, 1995.
- 7- CHAMPAUD (C), « Contribution à la définition du droit économique », *Dalloz* 1967, chr. p. 215, spéc. p. 217.
- 8- FARJAT (G), « La notion du droit économique », *Archives de philosophie de droit. Droit et économie. Tome 37*, 1992, p.27 et 36.
- 9- G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, Paris, 1994, p. 45.
- 10- M. DOLMANS et J. GRIERSON, « L'arbitrage et la modernisation du droit communautaire de la concurrence : nouvelles opportunités et nouvelles responsabilités », *Bull. CCI Vol. 14, N°2*, 2003, pp. 41-58, spéc. p. 55;



- 11- W ABDELGAWAD, « *L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE* », Rev. arb., 2004, pp. 253-282, spéc. pp. 255-261;
- 12-L. G. RADICATI DI BROZOLO, « *Arbitrage commercial international et lois de police-Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international* », RCADI, vol. 315, 2005, pp. 265-502, spéc. p. 312;
- 13-H. VAN HOUTTE, « *Arbitration and Arts. 81 et 82 EC Treaty, A State of Affairs* », Bull. ASA 2005, pp. 431-448, spéc. p. 436;
- 14-S. I. DEMPEGIOTIS, « *EC Competition Law and International Arbitration in the Light of EC regulation 1/2003 - Conceptual Conflicts, Common Ground, and Corresponding Legal Issues* », Journal of International Arbitration 25(3), pp. 365-395, 2008, spéc. pp. 380-381;
- 15-H. VERBIST, L'application du droit communautaire dans les arbitrages de la CCI, in L'arbitrage commercial international en Europe, Bull. CIA/CCI, 1994. 34 ;
- 16- J. WERNER, Application of Competition Laws by Arbitrators-the Step too far, 12 J. Int. Arb., 1. 21 (March 1995).
- 17-Lafaras Anastasios, La place de l'arbitrage dans l'indemnisation des pratiques anticoncurrentielles, Revue juridique des étudiants de la sorbonne nouvelle, 2022, vol. 5, n° 2, 19/12/2022.
- 18-GUIGA Jaouida, Le droit tunisien de la concurrence à l'ère de la mondialisation C.P.U-p111.

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

---

### **2-Les Articles:**

1 - J.-F. POUDRET, « L'originalité du français de l'arbitrage au regard du droit comparé », RIDC, 2004, n°1, p. 139.

2 - A. PLANTEY, « L'arbitrage dans le commerce international », AFDI, 1990, p. 307.

3- J. SALMON (dir.), Dictionnaire de Droit International Public, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p.814 et 815.

4- CHEKIR (H), « *La signification de la concurrence* », AJT, n° 7, 1993, page 15 et s.

5- M'BAREK (S), « Rôle des différents opérateurs économiques dans le cadre du nouveau Contexte économique et juridique », AJT, n7, 1993, p. 89 et s.

6- CHAMPAUD (C), « *Caractère du droit de la concurrence* », J.- CL Concurrence et consommation, Fasc. 30, n°9.

7- MALAURIE-VIGNAL (M), « *Droit de la concurrence et droit des contrats* », Dalloz, 1995, chr. p. 51, spéc. pp. 53-54 ; DREIFUSS-NETTER (F), « *Droit de la concurrence et droit commun des obligations* », RTD. Civ., 1990, p. 369

8- CLAUDEL (E), Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats, thèse, Paris X-Nanterre, 1994, n°601, p. 489.

9- CARBONNIER (J), Droit civil, T.IV, Les obligations, 20<sup>ème</sup> éd., PUF, 1996, p.133.

10 MALAURIE (Ph), « La notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé », in Travaux de l'association de CAPITANT (H), T. VII, p. 748.

19- François TERRE, Rapport introductif « L'ordre public au XXème siècle », Dalloz 1996, p.13.

- 11- RIPERT (G), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in les sources générales des systèmes juridiques actuels, Mélanges GENY, T. II, Sirey, 1934, p. 347.
- 12- SAVATIER (R), « *L'ordre public économique* », Dalloz 1965, Chron. p.41.
- 13- MESTRE (J), « *L'ordre public dans les relations économiques* », in l'ordre public à la fin du XXème siècle, Dalloz 1996, p.33.
- 14- CHEKIR (H), « La signification de la concurrence », AJT, n° 7, 1993, page 15 et s.
- 15- CHIKHAOUI Leila, « La Tunisie liberté du commerce et de l'industrie à travers la nouvelle réglementation de la concurrence et des Prix en Tunisie », AJT, n °7, 1993, p. 135.
- 16- FRANCESKAKIS (Ph), V° « Conflits de lois (principes généraux) », R. D.int., 1968, n°137.
- 17-MEZGER (E), V° « Pratiques restrictives de la concurrence », R. D.int., 1969, p. 604, spéc. n°46, p. 610.
- 18-Paris, 19 mai 1993, "Sté Labinal c/ stés Mors et Wesland Aerospace", JDI, 1993, p. 957, note IDOT (L); Rev. Arb., 1993, p. 645, note JARROSSON (Ch).
- 19- GOLDMAN (B), « L'arbitrage international et le droit de la concurrence », Bull. ASA, 1989, p. 261 et s.
- 20- HELALI Walid, Les autorités de régulation en Tunisie, P53 et s.
- 21- JAIDANE(R), « *L'évolution du droit tunisien de la concurrence a la lumière de la réforme du 10 Mai 1999* », RTD, CPU, 2000.
- 22-I. FADLALLAH, « *L'ordre public dans les sentences arbitrales* », RCADI, vol. 249, 1994, p. 429.

## **26- L'arbitrage est-il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

23-G. van HECKE, « Arbitrage et restrictions de la concurrence », Rev. Arb. 1973, p. 3-16.

24-B. GOLDMAN, L'arbitrage international et le droit de la concurrence, Bull. Assoc. Suisse de l'arbitrage (ASA), 1989.260 .

25-J.-B. RACINE, « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », Rev. arb., 2005, pp. 305-360, spéc. pp. 323-324.

26-Y. CROISSANT et P. VORNETTI, « Les motifs de l'intervention publique », in *Concurrence et régulation des marchés*, Cahiers français n° 313, La documentation française, pp. 3-8, spéc. pp. 3-4.

### **3-Theses et Memoires:**

1-Boujneh – Ben Driss (H), *L'administration de la concurrence*, Mémoire de DEA, Faculté de droit et de sciences politiques de Tunis, 2003-2004.

2-MAAROUF-BOURAOUI(N), « Les attributions contentieuses du conseil de la concurrence », Mémoire pour l'obtention du mastère en droit des affaires, FDSPT, 2005-2006; MEJRI(L), « Le rôle consultatif du conseil de la concurrence », Mémoire pour l'obtention du Mastère en droit des Affaires, FDSPT, 2006-2007.

3-MESSAOUDI-CHAIÉB(S), « La procédure devant le conseil de la concurrence », Mémoire pour l'obtention du Mastère en droit public, FDSPT, 2003-2004; JRIBI(G), « les entraves rencontrées par le conseil de la concurrence dans l'accomplissement de sa mission » document ocde ccnm/gf/comp/wd (2004)15 09/01/2004.

#### **4-Lois:**

- 1- Loi n° 40 du 1er juin 1972 relative au tribunal administratif modifiée par la loi organique n°70 du 11 novembre 2008.
- 2-Loi N° 98-97 du 27 Novembre 1998, Portant promulgation du. *Code de Droit International privé*, JORT n°96 du 1er décembre 1998, pages 2332 à 2336.
- 3-JORT n° 33 du 4 mai 1993, p.580.
- 4- JORT n° 55, du 06 août 1991, p.1393. Cette loi a été modifiée à cinq reprises :
- 5- Loi n°93-83 du 26 juillet 1993.
- 6- Loi n°95-42 du 24 avril 1995.
- 7- Loi n°99-41 du 10 mai 1999.
- 8- Loi n° 2003-74 du 11 novembre 2003.

#### **5-Jrisprudences :**

- 1- CA Paris, 1re Ch. Suppl., 29 mars 1991, *Société Ganz et autres c. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens*, Rev. arb., 1991, pp. 478 ss, note L. Idot.
- 2-CA Paris, 19 mai 1993, *Société Labinal c. Société Mors et Westland Aerospace*, Rev. arb., 1993, pp. 645 ss, note Ch. Jarrosson; JDI, 1993, pp. 957 ss, note L. Idot; RTD com. 1993, pp. 495 ss, obs. J.C. Dubarry et E. Loquin.
- 3-CA Paris, 1re Ch. C, 14 oct 1993, *Société Aplix c. Société Velcro*, Rev. arb., 1994, pp. 164 ss, note Ch. Jarrosson; Europe, avril 1994, n°155, obs. L. Idot.
- 4-CA Paris, 18 Novembre 2004, *Thalès Air Defence BV c. GIE Euromissile*, JCP G 2005, II, 10038, note G. Chabot ; JDI, 2005, pp. 357 ss, note A. Mourre ; Rev. Lamy Concurrence, février/avril 2005, pp. 68 ss, note E. Barbier de la Serre et C.

## **26- L'arbitrage est- il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

Nourissat; RTD com., 2005, pp. 263 ss, note E. Loquin; JCP G, 2005, I, 134, obs. Ch. Seraglini; SERAGLINI Christophe, « *L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la dérèglementation)* », Cah. arb., vol. III, pp. 86 ss; RADICATI DI BROZOLO Luca G., « *L'illicéité 'qui crève les yeux' : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la Cour d'appel de Paris)* », Rev. arb., 2005, pp. 529 ss.

5-CJCE, 27 avril 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo et autres c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, Recueil 1994 p. I-1477.

6- C.C- AFF. n°2/2001 du 19 décembre 2002- office de l'huile.

7- C.C – AFF n° 5194 du 29 septembre 2005- E.T.A.P.

8--CJCE, 1er juin 1999, aff. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd (Hong Kong) c. Benetton International NV (The Netherlands)*, Recueil, 1999, p. I-3055, YBCA, 1999, vol. XXIV, pp. 629 ss; Rev. arb., 1999, pp. 631 ss, note L. Idot.

9-Cour suprême suédoise, 19 février 2008, *BornholmsTrafikken AS c. Ystad Hamn Logistik AB*, Affaire n° T 2808-05, commentaire de K. J. Dhunér, IBA Arbitration Committee Newsletter, vol. 14 n°1, Mars 2009, p. 64.

### **6-Cites:**

7- le site de la CNUDCI sur Internet : [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)).

8- le site de la banque mondiale sur Internet : [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)).

9 -Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 2007, volume 18, n° 1.

1- نصيرة غزالي، التعسف في وضعية الهيمنة والتبعية الاقتصادية كصور من الممارسات المقيدة للمنافسة، أعمال الملتقى الوطني الافتراضي حول حماية السوق في ظل أحكام قانون المنافسة المنظم يوم 9 ماي 2022، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، أكتوبر 2022، ص.50.

2- مباركة لغنج، الضمانات القانونية لحماية المنافسة، أعمال الملتقى الوطني الافتراضي حول حماية السوق في ظل أحكام قانون المنافسة المنظم يوم 9 ماي 2022، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، أكتوبر 2022، ص.5.

3- وفاء شيعاوي وط.د/يمينة منزل، دور القضاء العادي في حماية السوق، أعمال الملتقى الوطني الافتراضي حول حماية السوق في ظل أحكام قانون المنافسة المنظم يوم 9 ماي 2022، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، أكتوبر 2022، ص.353.

4 - مصطفى كوريد، أثر التجمعات الإقتصادية على المنافسة والسوق، أعمال الملتقى الوطني الافتراضي حول حماية السوق في ظل أحكام قانون المنافسة المنظم يوم 9 ماي 2022، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 1، أكتوبر 2022، ص.97.

5- نبيل ناصري، تسوية منازعات المنافسة بين سلطات الضبط والهيئات القضائية، أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 06، العدد 01، جوان 2021، ص. 89 وما بعدها.

## **26- L'arbitrage est- il une alternative au recours en justice administrative ou judiciaire en droit de concurrence ?**

---

6- محمد عيساوي، إشكالية القابلية للتحكيم (L'arbitralité) في بعض المنازعات المرتبطة بالنظام العام، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 06، العدد 01، جوان 2011، ص. 197 وما بعدها.