

Les outils qu'offrent l'arbitrage et les autres méthodes de règlement des différends

Jean-Paul Vulliétty

Associé, Lalive

Professeur à l'Université de Genève

Ateliers de la Concurrence – 7 mai 2015

Aperçu des outils

- Expertises
 - Les experts, qui rendent des avis non-contraignants (CPC 183 ss – LFPA 12 lit. e)
 - Les experts-arbitres, qui rendent des avis contraignants (CPC 189)
- Médiation (CPC 213 ss)
- «Dispute Boards»
 - Dispute Resolution Boards
 - Dispute Adjudication Boards
- Tribunaux arbitraux (CPC 353 ss)

Quels «outils ADR» peuvent être utilisés dans quels domaines du droit de la concurrence ?

- Questions-clé:

- La compétence peut-elle être déléguée ?

et/ou

- L'objet/le litige est-il à la libre disposition des parties?

et/ou

- La Comco peut-elle être une «partie» ?

Arbitrage et droit de la concurrence: *limites et contraintes*

Prof. Christian Bovet

Université de Genève

Applications en dehors du droit de la concurrence

• Dans le domaine des télécommunications:

- LTC 11b: «Tout litige portant sur un accord ou résultant d'une décision en matière d'**accès** est jugé par les tribunaux civils.»
- Au niveau international, arbitrage ou mode alternatif de résolution de différends en relation notamment avec libéralisation ou fréquences

• Dans le domaine bancaire et financier:

- Dans le cadre de la LBA: OAR
- En matière boursière: *SIX Swiss Exchange*

De la portée de certaines règles de droit public fédéral

• LTAf 33:

- g. [décisions] des tribunaux arbitraux fondées sur des contrats de droit public signés par la Confédération, ses établissements ou ses entreprises;
- h. [décisions] des autorités ou organisations extérieures à l'administration fédérale, pour autant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public que la Confédération leur a confiées;

• PA 1 II,e:

- d'autres autorités ou organisations indépendantes de l'administration fédérale, en tant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées par la Confédération.
- **LTF 82,a** ("causes de droit public") *cum* **LTF 86,a** (TAF)

Quels outils ADR peuvent être utilisés dans quels domaines du droit de la concurrence ?

- Contrôle des concentrations

- **Expert** avant décision (Migros/Denner - fiche 6, Prof. Martenet)
- **Expert** après décision (accompagnement – vérification du respect des charges) (Coop/Carrefour et Coop/Fust - fiche 6, Prof. Martenet)
- Mise en vigueur des charges imposées par la Comco ou définir/concrétiser des charges:
 - **Par un tribunal arbitral ?** (fiche 8, Prof. Martenet)
 - Comment le TA est-il mis en œuvre? Fonctionnement, procédure et coûts? Recours ?
 - Quel sera le pouvoir du TA: recommandation ou décision contraignante (sentence)?
 - Si c'est un pouvoir de décision, est-ce une compétence qui peut être déléguée ?

Quels outils ADR peuvent être utilisés dans quels domaines du droit de la concurrence ?

- Contrôle des concentrations

- Mise en vigueur des charges imposées par la Comco ou définir/concrétiser des charges (suite):
 - **Par un expert-arbitre ?**
 - Mêmes questions que pour un TA
 - **Par des Dispute Boards ?**
 - DRB: *a priori* intéressant
 - DAB: *a priori* mêmes interrogations que pour un TA ou un expert-arbitre

Quels outils ADR peuvent être utilisés dans quels domaines du droit de la concurrence ?

- Accords en matière de concurrence et abus de position dominante
 - Pour les questions relevant du pouvoir de sanction de la Comco:
 - **Expert** avant une décision Comco (p. ex. cartes de crédit - MIF) – *nil obstat*
 - Mais la décision sur l'existence et la sanction d'un accord illicite ne peut pas être déléguée (fiche 7, Prof. Martenet)
 - De l'arbitrage comme forme de coopération et **facteur de réduction** de l'amende?
 - Pour les prétentions civiles (cessation du trouble, dédommagement, remise du gain – LCart 12):
 - **Confiées à un tribunal arbitral ?**
 - Prétentions arbitrables, à la libre disposition des parties (CPC 354)
 - Quid du consentement à l'arbitrage ? compromis ad hoc ou clause arbitrale – sans consentement, pas d'arbitrage
 - Mise en œuvre de l'arbitrage et désignation du tribunal arbitral: selon compromis/clause ou désignation par une autorité (CPC 362)?
 - **à un expert-arbitre ?**
 - Même possibilité et mêmes questions

Questions à résoudre et quelques pistes de réflexion...

- Ce qui relève de LCart 12 peut en principe faire l'objet d'un arbitrage – cf. CPC 354 ou 189
- Nécessité du consentement à l'arbitrage:
 - Pour les membres d'un cartel (y a-t-il une clause arbitrale préexistante?)
 - Pour les tiers lésés (modèle des fonds en déshérence?)
 - En l'absence de consentement par certaines parties, risque de procédures arbitrales et civiles parallèles
- Quid si l'une ou l'autre des parties est étrangère – LDIP ?
- Règles de procédure et avances des frais (CPC 373/378 ou LDIP 182)
- Droit applicable – *a priori* le droit suisse (cf. LCart 12)
- Recours contre la sentence – LDIP 190 s. ou CPC 389 ss

Questions à résoudre et quelques pistes de réflexion... (suite) L'interaction entre la Comco et l'arbitre

- La procédure Comco (sanctions LCart) et la procédure civile/arbitrale passent pour partie par des décisions sur des objets identiques
 - L'existence d'une entente ou d'une position dominante
 - L'invalidité de cette entente ou l'existence d'un abus de cette position
 - **Res iudicata ? Priorité ou opposabilité de l'une ou l'autre décision ?**

Questions à résoudre et quelques pistes de réflexion... (suite) L'interaction entre la Comco et l'arbitre

- **LCart 15** fonde une obligation du juge civil – son application à l'arbitre est controversée:
 - tendance majoritaire : aucune obligation
 - son application dépend de la convention des parties ou, à défaut, de la décision de l'arbitre
- En tout état de cause, à l'instar du juge civil, l'arbitre
 - est compétent pour se prononcer sur la licéité d'une restriction de concurrence et sa compétence n'est pas limitée par LCart 15 (1)
 - n'est pas lié par la réponse de la Comco, qui n'est qu'un avis et non une décision (TF 4A_101/2008, c. 3.1)
- La Comco n'est pas liée par les conclusions de l'arbitre (ou du juge civil) sur la licéité ou l'illicéité d'une restriction de concurrence.

Questions à résoudre et quelques pistes de réflexion... (suite) L'interaction entre la Comco et l'arbitre

- Demande d'avis à la Comco vs. Obligation de discrétion de l'arbitre:
 - Une partie peut-elle s'opposer à la demande d'avis en invoquant l'obligation de discrétion à laquelle l'arbitre est soumis ?
 - *A priori* oui
 - Mais garder LCart 26 I à l'esprit: l'autre partie peut dénoncer au Secrétariat
 - Mesures à prendre? peut-on (p. ex. dans un acte de mission) faire interdiction à une partie de dénoncer ? Ou LCart 26 fonde-t-il un droit de dénonciation auquel il ne peut être valablement renoncé ?

Avantages - Inconvénients

- Consensuel et neutre
- Spécialisé, expérimenté dans le ou les domaines du différend
- Pouvoir d'appréciation souvent plus «business oriented»
- Disponible/flexible/rapide
- Discret... sauf dénonciation

- Recours limités
- Coûts

Questions ?

Merci....