Urteilskopf

132 III 389

44. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile dans la cause X. S.p.A. contre Y. S.r.l. ainsi que Tribunal arbitral CCI, Lausanne (recours de droit public) 4P.278/2005 du 8 mars 2006

Regeste (de):
Internationale Schiedsgerichtsbarkeit; Ordre public; Wettbewerbsrecht.

Begriff des Ordre public im Sinne von Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG (E. 2).

Bestimmungen einer jeden wettbewerbsrechtlichen Reglementierung gehören nicht zur wesentlichen, weitgehend anerkannten Werteordnung, die nach in der Schweiz vorherrschender Auffassung Grundlage jeder Rechtsordnung bilden sollte (E. 3).

Regeste (fr):
Arbitrage international; ordre public; droit de la concurrence.

Notion d'ordre public au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP (consid. 2).

Les dispositions du droit de la concurrence, quel qu'il soit, ne font pas partie des valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique (consid. 3).

Regesto (it):
Arbitrato internazionale; ordine pubblico; diritto della concorrenza.

Nozione di ordine pubblico ai sensi dell'art. 190 cpv. 2 lett. e LDIP (consid. 2).

Le norme del diritto della concorrenza, qualunque esso sia, non rientrano fra i valori essenziali e ampiamente riconosciuti che, secondo la concezione predominante in Svizzera, dovrebbero costituire il fondamento di ogni ordinamento giuridico (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 389

A. X. S.p.A. (ci-après: X. ou la recourante) et Y. S.r.l. (anc. Z. S.r.l.; ci-après: Z. ou l'intimée), deux sociétés de droit italien, sont des acteurs majeurs, au niveau mondial, dans le domaine des haubans et des câbles de précontrainte. Par contrat du 26 mai 1998, les deux sociétés se sont engagées à présenter conjointement leurs offres pour la mise en oeuvre de ces technologies dans le cadre de la réalisation de deux ponts sur un

tronçon de la ligne ferroviaire à grande vitesse à construire entre Milan et Naples. Leur coopération revêtait un caractère exclusif en ce sens que chacune d'elles s'interdisait aussi bien de passer des accords séparés avec d'autres entreprises que de soumissionner individuellement aux appels d'offre. Régi par le droit italien, ledit contrat contenait une clause compromissoire qui fixait le siège de l'arbitrage à Lausanne et prévoyait l'application du Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI). En exécution du contrat précité, les parties ont présenté des offres communes pour la réalisation des travaux mis en soumission. Elles s'étaient concertées, au préalable, pour fixer le montant de leurs offres. Les travaux de construction ont été adjugés à X., resp. à des consortiums constitués par cette société et des entreprises tierces.

B. S'estimant lésée par les agissements de sa cocontractante, Z. a adressé une requête d'arbitrage à la CCI, en date du 13 septembre 2002, en vue d'obtenir des dommages-intérêts dont elle a arrêté ultérieurement le montant total à quelque 4'250'000 EUR. X. a conclu au rejet de la demande, motif pris de la nullité du contrat litigieux au regard des droits italien et européen de la concurrence. Par sentence finale du 12 septembre 2005, le Tribunal arbitral CCI, composé de trois membres, a condamné X. à payer à Z. la somme de 488'258 EUR, plus intérêts. Il a considéré, en bref, que le contrat liant les parties était valable au regard des droits italien et européen de la concurrence, si bien que X., qui avait violé gravement et volontairement les obligations en découlant, devait indemniser Z. de tout le dommage subi de ce chef.

C. X. a formé un recours de droit public, au sens de l'art. 85 let. c OJ. Invoquant le motif de recours prévu à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, elle demande au Tribunal fédéral d'annuler la sentence du 12 septembre 2005. Selon la recourante, le Tribunal arbitral, pour avoir méconnu des dispositions fondamentales des droits européen et italien de la concurrence, aurait rendu une sentence incompatible avec l'ordre public. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours au motif que le droit - européen ou italien - de la concurrence ne fait pas partie de l'ordre public visé à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP.

Erwägungen

Extrait des considérants:

2.

2.1 L'art. 190 al. 2 LDIP prévoit qu'une sentence peut être attaquée lorsqu'elle est incompatible avec l'ordre public. Notion juridique indéterminée, l'ordre public est difficile à cerner et ne se prête guère à une définition passe-partout. Ce constat, fait il y a plus de dix ans par le Tribunal fédéral dans son arrêt de principe Emirats Arabes Unis et consorts contre Westland Helicopters Limited (ATF 120 II 155 consid. 6a p. 168), est toujours d'actualité. L'essence, la nature et les contours de l'ordre public restent encore fuyants (FRANÇOIS Knoepfler/Philippe Schweizer/Simon Othenin-Girard, Droit international privé suisse, 3e éd., n. 776f, p. 457). D'aucuns ont comparé cette notion à un caméléon en raison de son aspect changeant (PHILIPPE SCHWEIZER, L'ordre public de l'article 190 al. 2 lit. e LDIP: le caméléon court toujours, in Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit, Genève 2002, p. 271 ss, par référence à l'article de ce dernier auteur intitulé: "L'ordre public: caméléon du droit international privé?" et publié in Mélanges Guy Flattet, Lausanne 1985, p. 455 ss). Le caractère insaisissable de l'ordre public est peut-être inhérent à cette notion même, étant donné sa trop grande

généralité; le large éventail des avis presque innombrables émis au sujet de celle-ci tendrait à le prouver (pour un aperçu de ces avis, cf., parmi d'autres: HOMAYOON ARFAZADEH, Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation, Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 136, note 342 et passim; ANTONIO RIGOZZI, L'arbitrage international en matière de sport [ci-après: Sport], Bâle 2005, n. 1417 à 1430). Et comme le souligne un auteur, toutes les tentatives de réponses aux nombreuses questions récurrentes posées par l'interprétation de ladite notion n'ont fait que soulever d'autres questions épineuses, voire polémiques (ARFAZADEH, op. cit., p. 136). On peut d'ailleurs se demander dans quelle mesure la controverse doctrinale sur la délimitation de l'ordre public visé par l'art. 190 al. 2 let. e LDIP correspond à un véritable enjeu, du moins sur le plan pratique, tant il est vrai que l'annulation d'une sentence arbitrale internationale pour ce motif de recours est chose rarissime (cf. BERNARD CORBOZ, Le recours au Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international, in SJ 2002 II p. 1 ss, 25; pour d'autres références, voir: SCHWEIZER, op. cit., p. 279, note 64). Ce constat, assez pessimiste, quant à la possibilité de définir une fois pour toutes la notion d'ordre public tendrait plutôt à conforter le Tribunal fédéral dans son approche

pragmatique de la question controversée, qu'il préconisait déjà dans l'arrêt Westland précité et dont il ne s'est plus départi depuis lors. Peut-être la prévisibilité du droit n'y trouve-t-elle pas son compte. Il ne faut cependant pas exagérer l'importance de cet inconvénient: d'une part, quand bien même elles demeurent relativement floues, les limites de l'ordre public en matière d'arbitrage international n'en ont pas moins été dessinées, fût-ce à grands traits, par une abondante jurisprudence (pour un exposé détaillé de celle-ci, cf. CHRISTOPH MÜLLER, International Arbitration, Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 170 ss); d'autre part, il doit désormais être clair, dans l'esprit de quiconque conclut une convention d'arbitrage donnant lieu à l'application des art. 176 ss LDIP, que ses chances de succès seront extrêmement minces le jour où il voudra attaquer une sentence arbitrale en invoquant le motif de recours prévu à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP (CORBOZ, op. cit., p. 30 in fine). Cela étant, le rappel de la notion jurisprudentielle d'ordre public, au sens de cette disposition, accompagné de quelques remarques, s'avère nécessaire pour trancher la question soumise au Tribunal fédéral.

2.2

2.2.1 On distingue un ordre public matériel et un ordre public procédural. Dans sa jurisprudence la plus récente, le Tribunal fédéral a donné de cette double notion la définition rappelée ci-après (arrêt 4P.280/2005 du 9 janvier 2006, consid. 2.1 et les références). L'ordre public procédural garantit aux parties le droit à un jugement indépendant sur les conclusions et l'état de fait soumis au Tribunal arbitral d'une manière conforme au droit de procédure applicable; il y a violation de l'ordre public procédural lorsque des principes fondamentaux et généralement reconnus ont été violés, ce qui conduit à une contradiction insupportable avec le sentiment de la justice, de telle sorte que la décision apparaît incompatible avec les valeurs reconnues dans un Etat de droit. Une sentence est contraire à l'ordre public matériel lorsqu'elle viole des principes fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants; au nombre de ces principes figurent, notamment, la fidélité contractuelle, le respect des règles de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit, la prohibition des mesures discriminatoires ou spoliatrices, ainsi que la protection des personnes civilement incapables.

2.2.2 Il est acquis de longue date que l'ordre public visé par l'art. 190 al. 2 let. e LDIP ne constitue qu'une simple clause de réserve, destinée à protéger des valeurs fondamentales largement reconnues, et que c'est une notion plus restreinte que celle d'arbitraire (ATF 120 II 155 consid. 6a; RIGOZZI, Sport, n. 1403 ss; HANS PETER WALTER, Willkür und Ordre public-Widrigkeit: Ein ungleiches Geschwisterpaar im schiedsgerichtlichen Anfechtungsverfahren, in Festschrift für Franz Kellerhals, Berne 2005, p. 109 ss). Quant à trouver un point d'ancrage pour cet ordre public, singulièrement pour sa composante matérielle, et à savoir s'il s'agit de l'ordre public international suisse ou d'un ordre public transnational de portée universelle, la doctrine constate, sinon déplore, "la valse des définitions du Tribunal fédéral" (RIGOZZI, Sport, n. 1418 ss) et, partant, le caractère fluctuant de la jurisprudence relative à cette question (KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, ibid.). Il est indéniable que, dans sa formulation, cette jurisprudence est assez bigarrée: pour l'essentiel, elle se réfère tantôt à un ordre public transnational ou universel, visant à sanctionner l'incompatibilité de la sentence avec les "principes juridiques ou moraux fondamentaux reconnus dans tous les Etats civilisés" (ATF 128 III 234 consid. 4c p. 243) ou ceux qui prédominent dans un "Etat de droit" (ATF 128 III 191 consid. 4a p. 194), tantôt à "l'ordre juridique et [au]système de valeurs déterminants" (arrêt 4P.98/2005 du 10 novembre 2005, consid. 5.2.1) ou encore à "l'ordre juridique pris en considération, soit les valeurs essentielles du droit que toute décision doit respecter" (arrêt 4P.221/ 1991 du 13 mars 1992, consid. 2a); d'autres fois, cette jurisprudence se veut la gardienne des "principes les plus essentiels de l'ordre juridique, tel qu'il est conçu en Suisse" (arrêt 4P.253/2004 du 8 avril 2005, consid. 3.1); il lui arrive enfin de ne pas trancher la question du système de référence applicable (ATF 117 II 604 consid. 3 in fine). Certaines desdites formules, il faut le reconnaître, laissent à désirer et ont du reste été critiquées. Invoquer des valeurs essentielles à respecter, voire un système de valeurs déterminant n'est, de fait, guère parlant car cela ne permet pas de savoir à quelles valeurs ni à quel système il est fait appel (SCHWEIZER, op. cit., p. 275). Parler de valeurs communes aux Etats civilisés n'est peut-être pas politiquement correct, dès lors que cela implique une division du monde en deux camps (SCHWEIZER, op. cit., p. 279). Pour justifiées qu'elles soient, ces critiques d'ordre terminologique ne commandent pas une remise en cause de fond en comble de

l'édifice jurisprudentiel que le Tribunal fédéral a patiemment bâti ces quinze dernières années, en tâtonnant certes mais en suivant toujours le même fil conducteur. Aussi bien, le manque de cohérence de la jurisprudence relative à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP est plus apparent que réel et le vernis trompeur des expressions utilisées masque, en fait, une continuité certaine dans l'approche d'une notion qui demeurera toujours insaisissable jusqu'à un certain point. La permanence de la liste d'exemples dressée par le Tribunal fédéral dans chacun de ses arrêts, pour décrire le contenu de l'ordre public matériel, en est, du reste, la meilleure illustration. D'une manière générale, la jurisprudence s'est employée à délier l'ordre public de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP de toute attache nationale, qu'il s'agisse de la lex fori, de la lex causae ou de la loi d'un Etat tiers. La raison en est que le motif de recours prévu par cette disposition ne vise pas à protéger l'ordre juridique suisse, pas plus qu'il ne tend à sanctionner le défaut d'application ou la mauvaise application du droit étranger applicable au fond du litige, fût-il impératif, ni l'absence de prise en considération d'une loi de police ou d'application immédiate d'un Etat tiers.
Même si la réserve de l'ordre public est largement répandue (cf. JETTE BEULKER, Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren, Tübingen 2005, p. 49 in limine), c'est néanmoins au juge suisse, appelé à connaître du motif de recours prévu par l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, qu'il appartient d'interpréter cette disposition et de rechercher ce que le législateur suisse avait en vue lorsqu'il y a inséré cette notion juridique indéterminée. Il n'est pas certain que l'on considère comme fondamentaux les mêmes principes sur toute la surface du globe (CORBOZ, op. cit., p. 25), tant il est vrai que la diversité des civilisations peut parfaitement justifier des principes fondamentaux différents, voire opposés (JEAN-FRANÇOIS POUDRET/ SÉBASTIEN BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, n. 826, p. 814). Aussi le législateur helvétique, au moment de choisir les termes d"'ordre public", avait-il forcément à l'esprit le système de valeurs qui prévaut dans

la partie du monde où se trouve le pays dont il est chargé d'édicter les lois et les principes qui constituent le fondement de la civilisation à laquelle appartient ce pays. Le travail du juge suisse, statuant sur un recours en matière d'arbitrage international, consiste donc à rechercher les principes découlant de ce système de valeurs et à vérifier si la sentence soumise à son examen est compatible avec eux.

BGE 132 III 389 S. 395

C'est en cela que se manifeste la nature ambivalente de l'ordre public visé par l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. D'un côté, l'on a affaire à une soupape de sécurité qui sert à préserver des principes cardinaux dont tout Etat - dans l'idéal - devrait assurer le respect en sanctionnant, au besoin, une sentence pourtant conforme à la procédure et au droit applicables; c'est la fonction supranationale de la réserve de l'ordre public. D'un autre côté, le juge suisse, qui ne vit pas dans un no man's land mais dans un pays se rattachant à une civilisation donnée où l'on privilégie certaines valeurs par rapport à d'autres, est amené à identifier lesdits principes en fonction de sa propre sensibilité et des valeurs essentielles dont est empreinte cette civilisation; c'est le trait helvétique de la réserve de l'ordre public.

2.2.3 Ce bref survol de la notion d'ordre public démontre, une fois de plus, la relative insaisissabilité de celle-ci. A supposer qu'il faille se résoudre à formuler une définition, on pourrait dire qu'une sentence est incompatible avec l'ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique.

2.3 Il y a lieu d'examiner si le droit européen ou italien de la concurrence compte au nombre de ces valeurs-là.

3.

3.1 Les restrictions de la concurrence peuvent se manifester tant sur le plan horizontal, dans les relations des agents économiques privés entre eux, que sur le plan vertical, dans les rapports entre l'Etat et les personnes privées. Pour assurer la garantie horizontale de la liberté économique, la Constitution suisse a donné mandat à la Confédération de légiférer afin de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence (art. 31bis al. 3 let. d aCst. devenu l'art. 96 al. 1 Cst.). En exécution de ce mandat, le législateur fédéral a adopté, le 6 octobre 1995, la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251). Ainsi que le précise son article premier, cette loi, en cherchant à remédier à de pareilles conséquences, vise à promouvoir la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral. Ce souci de restreindre les entraves à la concurrence n'est pas l'apanage de la Suisse. Les principaux Etats industrialisés partagent la même préoccupation et certains pays en développement n'y sont

BGE 132 III 389 S. 396

pas insensibles, comme le démontre la recourante. A l'échelle européenne, la lutte contre les ententes cartellaires constitue l'un des chevaux de bataille de l'Union et l'art. 81 (anc. 85) du Traité instituant la Communauté européenne (CE) en est le fer de lance. Cela étant, il serait déjà présomptueux de considérer que les conceptions occidentales, européennes ou suisses en matière de droit de la concurrence devraient s'imposer d'évidence à tous les Etats de la planète, telle une panacée, liées qu'elles sont à un certain type d'économie et de régime (cf. l'art. 1er LCart). Le droit suisse reconnaît d'ailleurs lui-même que les restrictions de la concurrence ne sont

pas toutes dommageables (cf. art. 5 al. 2 let. a LCart) et il soustrait certains biens ou services au libre jeu de la concurrence. D'autres modèles, fondés sur une économie plus planifiée, et privilégiant l'intervention de l'Etat dans les relations économiques, ont du reste existé et existent toujours. Or, il ne viendrait à personne l'idée de les taxer d'immoraux ou de contraires aux principes fondamentaux du droit du seul fait qu'ils s'écartent du modèle helvétique. A dire vrai, il faut bien constater qu'en dépit des efforts accomplis pour faire ressortir une convergence des solutions dans le domaine du droit de la concurrence, cette matière se prête mal à une analyse en termes de morale universelle (PHILIPPE FOUCHARD/EMMANUEL GAILLARD/BERTHOLD GOLDMAN, Traité de l'arbitrage international, n. 1524 in fine) et la thèse d'un véritable ordre public de la lex mercatoria en droit de la concurrence paraît, en l'état, relever de l'utopie (LAURENCE IDOT, Les conflits de loi en droit de la concurrence, in Journal du droit international privé 1995 p. 321 ss, 328). Il s'agit, en effet, d'une matière technique dans laquelle le résultat recherché peut être atteint ou favorisé de diverses manières. Quant à trouver un dénominateur commun aux législations étatiques en vigueur pour en tirer un principe susceptible d'être rattaché à l'ordre public, c'est une entreprise qui ne serait pas forcément couronnée de succès et qui ne déboucherait sans doute pas sur l'énonciation d'une règle calquée sur l'art. 81 CE (KNOEPFLER/SCHWEIZER, Arbitrage international, p. 442, n. 4). En réalité, les différences entre les diverses réglementations de la concurrence sont trop marquées - notamment entre la Suisse et l'Union européenne - pour que l'on puisse y voir une règle transnationale ou d'ordre public international (POUDRET/BESSON, op. cit., n. 707, p. 650 in fine). Ce constat n'est pas infirmé par le fait que la Cour de justice des Communautés européennes rattache l'art. 81 CE au domaine de

l'ordre public des Etats membres et le considère comme une disposition d'ordre public au sens de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (RS 0.277.12) (arrêt du 1er juin 1999, Eco Swiss China Time Ltd contre Benetton International NV, C-126/97, Rec. 1999, p. I-3055, points 36 et 38; au sujet de cet arrêt, cf. ANTONIO RIGOZZI, Arbitrage, ordre public et droit communautaire de la concurrence [ci-après: Arbitrage], in Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage [Bulletin ASA]1999 p. 455 ss). La Cour a restreint elle-même la portée de sa conclusion en précisant que la qualification d'ordre public de l'art. 81 CE se justifie au motif qu'il s'agit d'une "disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté et, en particulier, pour le fonctionnement du marché intérieur" (arrêt cité, point 36; voir aussi: GEORGES KARYDIS, L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable, in Revue trimestrielle de droit européen 2002 p. 11 ss, 13). Conditionnée par la nécessité de préserver l'intérêt public communautaire, semblable qualification se voit ainsi assigner un champ d'application limité dans l'espace, de sorte que l'on ne saurait en tirer un principe plus général et indiscuté que tous les pays se réclamant de la même civilisation que la Suisse auraient en partage. De surcroît, le caractère impératif de l'ordre public communautaire de la concurrence est lié à l'existence de règles procédurales internes commandant à une juridiction nationale de faire droit à une demande en annulation fondée sur la méconnaissance de règles nationales d'ordre public (arrêt cité, point 41; KARYDIS, op. cit., p. 14) et la mise en oeuvre de l'art. 81 CE est aussi tributaire du pouvoir d'examen de la juridiction nationale saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale (pour un exemple d'un pouvoir d'examen fortement limité, cf. l'arrêt SA Thalès Air Défense contre GIE Euromissile rendu le 18 novembre 2004 par la Cour d'appel de Paris et publié in Revue de l'arbitrage 2005 p. 750 ss; voir aussi, ibid. p. 529 ss, l'article du professeur LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, intitulé: L'illicéité "qui crève les yeux": critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international).

3.2 Par deux fois au moins, le Tribunal fédéral a jugé douteux que la violation des dispositions du droit - européen ou national - de la concurrence doive être considérée comme contraire à l'ordre public, tel qu'il le conçoit (ATF 128 III 234 consid. 4c p. 243; arrêt

4P.119/1998 du 13 novembre 1998, consid. 1b/bb, publié in Bulletin ASA 1999 p. 529 ss). La doctrine quasi unanime reconnaît l'adéquation qu'il y a entre la conception jurisprudentielle de la notion d'ordre public et le doute exprimé par la juridiction suprême du pays (en plus des auteurs mentionnés dans le dernier arrêt cité, voir notamment: KNOEPFLER/SCHWEIZER, op. cit., p. 442, n. 4; RIGOZZI, Arbitrage, p. 474; SCHWEIZER, op. cit., p. 280; POUDRET/BESSON, op. cit., n. 707, p. 650 in fine; CESARE JERMINI, Die Anfechtung der Schiedssprüche im internationalen Privatrecht, thèse Zurich 1997, n. 598; STEPHEN V. BERTI/ANTON K. SCHNYDER, Commentaire bâlois, n. 79 ad art. 190 LDIP; ARFAZADEH, op. cit., p. 283; FRANCESCO TREZZINI, The Challenge of Arbitral Awards for Breach of Public Policy according to Art. 190 para. 2 let. e) of the Swiss Private International Law, in Three Essays on International Commercial Arbitration, Lugano 2003, p. 109 ss, spéc. n. 171, p. 225; voir aussi, de manière moins catégorique: ANTON HEINI, Commentaire zurichois, n. 45 ad art. 190 LDIP, p. 2074). Après s'être penchée derechef sur le concept d'ordre public (cf. consid. 2) et avoir examiné plus avant la nature du droit communautaire de la concurrence (cf. consid. 3.1), la Cour de céans estime que le doute n'est plus de mise: les dispositions du droit de la concurrence, quel qu'il soit, ne font pas partie des valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique. Par conséquent, la violation d'une disposition de ce genre ne tombe pas sous le coup de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. Demeure réservée l'hypothèse où semblable violation porterait atteinte à l'un des principes que la jurisprudence a déduits de la notion d'ordre public matériel (cf. consid. 2.2.1).

3.3 Selon la jurisprudence, l'arbitre chargé de se prononcer sur la validité d'une entente contractuelle affectant le marché de l'Union européenne examinera cette question à la lumière de l'art. 85 (actuellement 81) CE, même si les parties ont conventionnellement admis l'application du droit suisse à leurs relations contractuelles; cet examen s'imposera en tout cas si la nullité du contrat est invoquée devant lui par l'une des parties. L'arbitre qui se déclarerait incompétent pour y procéder violerait l'art. 190 al. 2 let. b LDIP (arrêt 4P.119/ 1998, précité, consid. 1a; ATF 118 II 193 consid. 5). Certains auteurs jugent paradoxal et quelque peu artificiel d'obliger un arbitre à statuer sur la validité d'un contrat au regard d'une loi de police

étrangère tout en s'abstenant de contrôler la manière dont cette loi a été appliquée au motif que celle-ci ne relève pas de l'ordre public (ARFAZADEH, op. cit., p. 248; POUDRET/BESSON, op. cit., n. 353, p. 321; RIGOZZI, Sport, n. 1439, p. 726, 1er §). Le Tribunal fédéral se voit notamment reprocher de traiter la même question - à savoir, l'obligation pour l'arbitre de tenir compte du droit communautaire - de façon différente selon l'angle formel sous lequel le recours est porté devant lui: compétence du tribunal arbitral (art. 190 al. 2 let. b LDIP) ou violation de l'ordre public (art. 190 al. 2 let. e LDIP) (BERNARD Dutoit, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4e éd., n. 5 ad art. 190 LDIP, p. 669). Cependant, comme le fait remarquer ANTONIO RIGOZZI (Arbitrage, p. 474), la contradiction n'est qu'apparente si l'on se souvient que, dans son arrêt Westland, le Tribunal fédéral a indiqué qu'il convenait de dissocier l'ordre public, au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, de celui qui entre en ligne de compte dans l'application du droit par le tribunal arbitral (ATF 120 II 155 consid. 6a p. 168 in limine). En d'autres termes, l'ordre public de l'arbitre n'est pas l'ordre public du juge du recours. Aussi n'y a-t-il rien de contradictoire, d'une part, à considérer que le tribunal arbitral viole l'art. 190 al. 2 let. b LDIP (en liaison avec l'art. 187 al. 1 LDIP) s'il se déclare incompétent pour examiner l'application d'une loi de police étrangère, tel le droit européen ou italien de la concurrence, alors qu'une partie

lui demande de le faire et, d'autre part, à refuser de revoir la manière dont un tribunal arbitral a appliqué cette même loi parce qu'elle ne fait pas partie de l'ordre public au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP.
La solution retenue permet, en outre, d'écarter les difficultés auxquelles le Tribunal fédéral pourrait être confronté s'il devait procéder à ce genre de contrôle (sur ce point, cf. GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, L'ordre public d'envoi ou la notion d'ordre public en matière d'annulation des sentences arbitrales, in Revue suisse de droit international et de droit européen [RSDIE]1993 p. 273 ss, 278). Au demeurant, s'il était tenu de vérifier la manière dont un tribunal arbitral a appliqué le droit communautaire, le Tribunal fédéral ne pourrait pas s'assurer de l'interprétation correcte de ce droit en saisissant la Cour de justice d'une question préjudicielle à ce sujet, contrairement à ce qui est le cas pour les juridictions d'un Etat membre de l'Union européenne (cf. art. 234 CE). Il courrait, dès lors, le risque de rendre, en ce domaine, des arrêts qui s'écarteraient de la jurisprudence de la Cour de justice, ce qui serait source d'incertitude et

porterait une atteinte certaine à l'autorité de la juridiction suprême du pays. Par ailleurs, l'efficacité du contrôle de l'application du droit communautaire par le Tribunal fédéral se verrait, de toute façon, limitée en raison du pouvoir d'examen des plus restreints dont il jouit à l'égard des constatations de fait du tribunal arbitral.