

Arrêt du Tribunal fédéral du 8 mars 2006 dans la cause 4P.278/2005 : commentaire*

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a examiné divers aspects de l'ordre public pris comme motif de recours en annulation d'une sentence arbitrale sous l'angle de l'article 190 al. 2 let. e LDIP. Tout en confirmant sa jurisprudence en la matière, le Tribunal fédéral y a également apporté certaines précisions importantes. L'arrêt est particulièrement intéressant en ce qu'il précise la notion d'ordre public et confirme ainsi l'avis du Tribunal fédéral, exprimé à deux reprises auparavant, que le droit de la concurrence, étranger mais aussi implicitement suisse, ne relève pas de l'ordre public au sens de cette disposition.

Deux sociétés de droit italien, qualifiées par le Tribunal fédéral d'«acteurs majeurs, au niveau mondial, dans le domaine des haubans et des câbles de précontrainte», avaient conclu un accord prévoyant de soumettre en commun des offres relatives à ces produits, sur la base de prix fixés entre elles au préalable, dans le cadre d'un appel d'offres en vue de la construction de deux ponts sur un tronçon de la ligne ferroviaire à grande vitesse reliant Milan à Naples. L'accord proscrivait toute soumission d'offres individuelle et/ou en collaboration avec des sociétés tierces. Le droit applicable était le droit italien, et tout litige devait être soumis à un arbitrage CCI avec siège à Lausanne.

Les travaux de construction furent adjugés à un consortium composé de l'une de ces deux sociétés et de sociétés tierces. L'autre partie au contrat a alors initié un arbitrage tendant au paiement de dommages-intérêts pour la violation des clauses d'exclusivité prévues par le contrat.

Le moyen de défense unique opposé à cette demande consistait en la prétendue contrariété de ces clauses d'exclusivité, tant par leur objet que par leurs effets, avec les droits italien et communautaire de la concurrence.

Le tribunal arbitral, composé de trois membres, a retenu que les clauses attaquées étaient conformes aux droits italien et communautaire de la concurrence, et a condamné la partie défenderesse au paiement de dommages-intérêts, d'un montant toutefois inférieur aux conclusions du demandeur, sans pour autant que cette réduction présente de lien apparent avec le droit de la concurrence.

* Voir décision du 8 mars 2006 ASA Bull. 3/2006, p. 521. Traduction anglaise / English Translation, ASA Bull. 3/2006, p. 550.

La défenderesse a recouru au Tribunal fédéral en invoquant l'incompatibilité de la sentence, motif pris de la contrariété de la sentence avec l'ordre public matériel au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. La sentence aurait méconnu, par son objet, l'article 81 CE, qui prévoit l'incompatibilité des accords entre entreprises susceptibles de restreindre la concurrence avec le droit communautaire.

Après avoir admis la recevabilité du recours, le Tribunal fédéral s'est penché sur la définition de l'ordre public matériel aux fins des recours en annulation des sentences arbitrales, pour ensuite aborder la question de savoir si le droit de la concurrence, notamment italien et communautaire, entre dans le cadre des valeurs protégées par la réserve de l'ordre public de l'article 190 al. 2 let. e LDIP.

Les deux aspects de la définition de l'ordre public matériel examinés par le Tribunal fédéral sont, premièrement, son contenu et, deuxièmement, la perspective dans laquelle il convient d'élaborer ce contenu.

Le Tribunal fédéral a d'abord rappelé que ce motif de recours fonctionne comme 'une simple' clause de réserve, destinée à écarter tout aspect d'une sentence arbitrale qui serait inconciliable avec 'l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants'. S'agissant de ces valeurs, le Tribunal fédéral les définit comme 'des valeurs fondamentales et largement reconnues'. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a mentionné les exemples qu'il a coutume de citer, comme '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'.

Afin d'apprécier dans quelle perspective ces valeurs doivent être déterminées, le Tribunal fédéral s'est appuyé sur le but de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, tel que dégagé par la jurisprudence, ainsi que sur l'intention supposée du législateur suisse. L'examen du but de la disposition a amené le Tribunal fédéral à reconnaître à la notion d'ordre public un caractère international ou supranational. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 190 al. 2 let. e LDIP n'a pas pour vocation de sanctionner l'application d'une loi suisse ou étrangère donnée par les arbitres. Au contraire, en tant que clause de réserve, cette disposition agit plutôt en tant que 'soupape de sécurité' en vue de préserver les 'principes cardinaux' et les 'valeurs', dans un sens strictement abstrait.

L'analyse de l'intention du législateur suisse a, quant à elle, amené le Tribunal fédéral à ajouter un élément national à la notion d'ordre public. En effet, selon le Tribunal fédéral, 'le législateur helvétique, au moment de choisir les termes d' 'ordre public', avait [...] 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'.

A la suite de ce raisonnement, le Tribunal fédéral a formulé la définition suivante de l'ordre public au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP : '[...] 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'.

C'est en application de cette définition que le Tribunal fédéral s'est ensuite penché sur la question de savoir si le droit de la concurrence, notamment italien et communautaire, revêt un caractère d'ordre public au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. Le Tribunal fédéral a répondu à cette question par la négative, en estimant, en substance, que les principes à la base du droit de la concurrence ne sont pas largement reconnus, tout en mettant également en doute, du fait de sa nature même, le caractère fondamental de ce domaine du droit.

Le Tribunal fédéral a notamment retenu que le droit de la concurrence n'est pas un domaine connu universellement par tous les systèmes juridiques et économiques mais n'est connu que des économies libérales. De surcroît, selon le Tribunal fédéral, les différents systèmes juridiques des pays à économie libérale présenteraient d'importantes divergences en matière de droit de la concurrence, de sorte qu'il ne saurait être dégagé aucun 'dénominateur commun aux législations étatiques en vigueur pour en tirer un principe susceptible d'être rattaché à l'ordre public [...]'. Le Tribunal fédéral a en outre relevé qu'en tous les cas, la recherche d'un tel dénominateur commun 'ne déboucherait sans doute pas sur l'énonciation d'une règle calquée sur l'art. 81 CE [...]'. Le Tribunal fédéral a enfin achevé son analyse en relativisant la qualification, retenue au sein de l'Union européenne, du droit communautaire de la concurrence comme appartenant à l'ordre public communautaire. Selon le Tribunal fédéral (qui se réfère à cet égard à l'affaire *Eco Swiss*¹) la qualification, par la CJCE, de l'art. 81 CE en tant qu'instrument favorisant le bon fonctionnement du '*marché intérieur*'

¹ C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, [1999] ECR I-3055.

(communautaire), aurait ‘un champ limité dans l’espace’. Ce statut d’ordre public communautaire imposé aux instances des Etats membres se justifierait partiellement par le devoir qui leur est imposé de mettre loyalement en œuvre le droit communautaire, conformément à l’art. 10 CE. Comme la décision de la Cour d’appel de Paris dans l’affaire *Thalès*² l’illustre bien, la mise en œuvre de l’art. 81 CE par les instances des Etats membres est sujette aux restrictions du pouvoir d’examen de ces instances.

Il est vrai que l’ubiquité et l’invariabilité des principes à la base d’une valeur donnée sont des indices du caractère fondamental, dans tout Etat de droit, de cette valeur. Toutefois, le raisonnement du Tribunal fédéral revient à priver le droit de la concurrence, du fait de sa nature même, de la qualité de valeur pouvant être regroupée parmi les valeurs relevant de l’ordre public. En effet, en déclarant dans l’arrêt sous revue qu’ ‘il ne viendrait à personne l’idée de [...] taxer les régimes économiques n’étant pas axés sur des principes libéraux et ainsi n’ayant pas de droit de la concurrence d’**immoraux** ou de contraires aux principes fondamentaux du droit [...]’³, le Tribunal fédéral, en vient à rapprocher la notion de valeur ‘fondamentale’ de celle de valeur *éthique*. Le constat du Tribunal fédéral selon lequel ‘[...] cette matière se prête mal à une analyse en termes **de morale universelle** [...]’⁴ confirme ce rapprochement.

Le Tribunal fédéral conclut ainsi que : ‘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’.

Commentaires :

Le Tribunal fédéral confirme sa jurisprudence antérieure relative au contenu de l’ordre public, de l’art. 190 al. 2 let. e LDIP, défini par référence aux valeurs internationales et suisses, ainsi qu’à l’exclusion du droit de la concurrence du champ d’ordre public. Dans le même sens, on relèvera que, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral attribue le flou de la délimitation de ce motif d’annulation à la relative ‘insaisissabilité’ des concepts qu’il contient. Cet arrêt démontre enfin la volonté du Tribunal fédéral, en ligne droite de sa

² *La S.A. Thalès Air Defence c. Le G.I.E. Euromissile GIE et al.*, cause 2002/19606, décision de la Cour d’appel de Paris du 18 novembre 2004, publié dans le Journal de droit international 2/2005, p. 357, note A. Mourre.

³ Nous soulignons.

⁴ Nous soulignons.

jurisprudence antérieure, d'assurer la pérennité de la rareté des recours fondés sur le motif d'ordre public.

Pourtant, cette fois, on ne saurait louer la constance du Tribunal fédéral. A notre sens, divers aspects relatifs au recours en annulation d'une sentence arbitrale fondé sur l'ordre public matériel méritaient d'être remis en question. Cela est d'autant plus vrai qu'en raison de l'indétermination des notions contenues à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, et en particulier de l'absence d'une définition de l'ordre public et d'une indication où cette disposition entend puiser ses valeurs, il est laissé un large pouvoir d'appréciation aux juges en vue de la concrétisation de cette disposition.

Dans son analyse, il aurait été souhaitable que le Tribunal fédéral tienne plus explicitement compte du fait que, sauf certaines exceptions rares et plutôt exotiques⁵, seuls les tribunaux du siège sont compétents pour connaître d'une action en annulation d'une sentence arbitrale internationale. Ce système est celui qui est prévu par la loi type de la CNUDCI de 1985⁶ et fortement suggéré par l'art. V al. 1 let. e de la Convention de New York, selon lequel l'exequatur d'une sentence ne saurait être refusée du fait de son annulation que si cette annulation a été prononcée par un tribunal 'du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, la sentence a été rendue', soit par un tribunal du siège.

Le fait que seul *un* Etat dispose de cette possibilité, qui plus est un Etat avec lequel l'objet de l'arbitrage ne présente pas forcément de rattachement (ce d'autant plus que le siège est souvent choisi pour sa neutralité) crée une certaine nécessité, au stade de l'annulation, d'assurer que la sentence soit conciliable avec les intérêts fondamentaux de tout Etat. La pérennité de l'arbitrage international, notamment la large arbitrabilité présente dans le monde, en dépend⁷.

Il est vrai qu'au stade de l'exequatur d'autres Etats peuvent garantir qu'une sentence donnée n'est pas contraire aux intérêts étatiques et à leurs propres intérêts en particulier. Toutefois, prises dans leur ensemble, les possibilités de contrôle d'une sentence sont minces, ce qui représente

⁵ Voir à ce sujet H. G. Gharavi, *The International Effectiveness of an Annulment of an Arbitral Award* (La Haye: Kluwer Law International, 2002), pages 17 et suivantes.

⁶ Voir les art. 1 al. 2 et 34 de la loi type CNUDCI.

⁷ En matière de droit de la concurrence, tout refus d'arbitrabilité est une atteinte particulièrement grave à l'efficacité de l'arbitrage, puisque le droit de la concurrence va au cœur des relations contractuelles et est très fréquemment en cause. Il est toutefois rare, au moment d'insérer une clause arbitrale dans un contrat, de pouvoir prédire l'applicabilité du droit de la concurrence.

d'ailleurs l'un des attraits de l'arbitrage international. En contrepartie de cette quasi-absence de contrôle, il serait souhaitable d'assurer l'efficacité de tels contrôles dans les rares cas dans lesquels ils ont lieu, en garantissant le cas échéant que les intérêts les plus importants, tels ceux exprimés dans des normes impératives, soient sauvegardés.

Par ailleurs, dès lors qu'au stade de l'exequatur, les effets de la décision de reconnaissance se ressentiront essentiellement, mais pas uniquement⁸, dans l'Etat requis, il est compréhensible que l'examen de l'ordre public vise surtout les valeurs propres à cet Etat. En revanche, au stade de l'annulation, une analyse plus internationaliste s'impose. Il faut ajouter que les Etats ont une plus grande marge d'appréciation dans l'examen de la compatibilité d'une sentence avec l'ordre public au stade de son annulation qu'au stade de son exequatur. En effet, l'art. V al. 2 let. b de la Convention de New York, qui prévoit l' 'ordre public' comme motif de refus d'exequatur, vise expressément l'ordre public du pays dans lequel l'exequatur est demandée.

Il ne faut pas non plus perdre de vue que la partie qui succombe dans l'arbitrage est celle qui sera tentée d'attaquer la sentence en annulation et, ce faisant, mettra en œuvre l'intérêt étatique que constitue la conformité avec l'ordre public. En revanche, la partie victorieuse va aller chercher l'exequatur dans l'Etat dans lequel les risques d'interférence avec la sentence seront les plus réduits, limitant ainsi la possibilité de prise en compte d'intérêts étatiques potentiellement mis en cause par une sentence arbitrale.

Ce système de contrôle des sentences arbitrales commande que l'examen en matière d'ordre public au stade de l'annulation inclue surtout un certain regard sur des valeurs et intérêts qui ne sont pas ceux du seul siège. Voilà ce qui est sous-jacent à la vocation internationale de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP⁹. Admettre une telle interprétation de la notion d'ordre public dans ce contexte

⁸ L'existence des systèmes d'exequatur ne sanctionnant pas la contrariété d'une sentence à des normes impératives crée des incitations au non-respect de ces normes impératives, et ainsi les intérêts de l'Etat qui a édicté ces normes impératives sont également engagés.

⁹ Un argument dans ce sens est habilement fourni par le Professeur Kaufmann-Kohler qui voit dans cette disposition une fonction de contrôle de l'aptitude des sentences arbitrales rendues en Suisse et envoyées dans le monde à satisfaire à certaines exigences internationales : 'Il s'agit plutôt d'assurer que, par le biais du respect des principes fondamentaux communs à une grande majorité d'Etats, les sentences rendues en Suisse seront acceptées par la communauté internationale.' G. Kaufmann-Kohler, 'L'ordre public d'envoi ou la notion d'ordre public en matière d'annulation des sentences arbitrales' dans SZIER 3/93, 273 page 281. L'analyse du Professeur Kaufmann-Kohler a le mérite de fournir une raison légitime et directe, et non pas purement altruiste, d'inclure des standards internationaux dans l'ordre juridique suisse.

reviendrait à différencier la notion d'ordre public de celle utilisée dans d'autres contextes, ce que le Tribunal fédéral semble ne pas être prêt à faire¹⁰.

La tentative du Tribunal fédéral de voir dans les intentions du législateur un composant helvétique à la notion d'ordre public s'apparente à un vœu pieux. On peut aisément se rallier à l'avis du Professeur Kaufmann-Kohler, selon lequel, '[f]ace à des travaux législatifs limités, à un sujet technique dont les parlementaires ne maîtrisaient probablement pas toutes les implications et à des interprétations contradictoires, nous ne nous aventurerons pas à tirer des conclusions de ce deuxième aspect'¹¹. En tout état, l'opinion du Tribunal fédéral, exprimée sans autre motivation, selon laquelle le législateur suisse ne se serait pas détaché des valeurs nationales n'est pas convaincante.

Un Etat dont les tribunaux contrôlent des sentences arbitrales au regard de l'ordre public agit en quelque sorte comme représentant de tous les Etats et comme gardien des intérêts étatiques communs. Ce faisant, il n'est pas pour autant appelé à sacrifier ses propres intérêts d'Etat. On voit ici un mécanisme équivalant à la prise en compte des valeurs du for dans l'application des normes impératives étrangères, par exemple, selon l'art. 19 LDIP ou l'art. 7 al. 1 de la Convention de Rome¹².

La systématique de la LDIP vient renforcer la thèse de l'existence d'un composant helvétique dans la notion d'ordre public selon l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. En effet, l'art. 192 al. 1 LDIP dispose que les parties ne sauraient exclure un recours en annulation lorsque le litige présente un rattachement avec la Suisse. Une telle limitation démontre bien que le recours en annulation, et donc la prise en compte de l'ordre public comme motif d'annulation, englobe une certaine prise en considération des intérêts suisses.

L'opinion exprimée par le Tribunal fédéral est également critiquable en ce qu'elle revient pratiquement à exclure toute application de la réserve de l'ordre public à la réglementation économique en général. En effet, premièrement, les réglementations économiques s'inspirent de considérations souvent autres que celles de la moralité ou de l'éthique, considérations qui

¹⁰ ATF 102 Ia 574, cité par F. Knoepfler, Ph. Schweizer et S. Othenin-Girard, *Droit international privé suisse* (Berne: Staempfli Editions SA Berne, 2005), page 458.

¹¹ G. Kaufmann-Kohler, op. cit., note 9, page 277.

¹² Ceci, tout en préservant une distinction fonctionnelle entre l'application des normes impératives et l'ordre public comme clause de réserve. Voir Ph. Landolt, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration* (La Haye: Kluwer Law International, 2006), pages 115-117 et J. Beulker, *Die Eingriffsnormenproblematik in internationalen Schiedsverfahren* (Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2005), pages 48 et suivantes.

sont tout aussi importantes pour les Etats, mais qui ne remplissent pas les exigences strictes posées par le Tribunal fédéral dans cet arrêt. Deuxièmement, c'est dans la nature même des réglementations économiques, destinées à répondre aux complexités du monde moderne, de présenter d'importantes différences de moyens et d'approches entre les Etats, qui se livrent à une sorte de concurrence réglementaire, tout à fait salubre d'ailleurs. L'existence de ces divergences a pour conséquence que la plupart des réglementations économiques ne répondront jamais aux exigences d'uniformité posées par le Tribunal fédéral.

La Suisse aurait tout à gagner dans ce débat à se référer à une étude menée par le Comité sur l'arbitrage international commercial de l'International Law Association concernant le refus d'exequatur de sentences arbitrales pour cause de leur contrariété avec l'ordre public. Ce comité a rendu un rapport intermédiaire¹³ en 2000, et un rapport final¹⁴ en 2002 sur le sujet. Il est vrai que cette étude portait sur l'ordre public au stade de l'exequatur. Nombre de ses considérations pourraient néanmoins être utilisées telles quelles dans le contexte de l'annulation. En effet, dès lors que le stade de l'exequatur présente un rattachement plus étroit avec l'Etat du tribunal requis que le stade de l'annulation (où le siège est souvent choisi pour sa 'neutralité'), l'utilisation d'une notion internationale de l'ordre public, préconisée par ce rapport, se justifierait *a fortiori* au stade de l'annulation. La recommandation 1(d) du rapport final identifie le contenu de l'ordre public international. Selon cette recommandation, l'ordre public international se décline en trois catégories :

- (i) certains principes fondamentaux de justice et de moralité, que l'Etat souhaite protéger alors même qu'il n'est pas directement concerné ;
- (ii) certaines 'lois de police' ou 'règles d'ordre public', c'est-à-dire des règles de caractère politique, social, ou économique destinées à servir les intérêts essentiels d'un Etat; et
- (iii) le devoir de l'Etat de respecter ses obligations envers d'autres Etats ou organisations internationales¹⁵.

¹³ Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards by the Committee on International Commercial Arbitration of the International Law Association, présenté à la Conférence de Londres en 2000, A. Sheppard, rapporteur.

¹⁴ Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards by the Committee on International Commercial Arbitration of the International Law Association, présenté à la Conférence de Delhi en 2002, Professeur P. Mayer, président ; A. Sheppard, rapporteur.

¹⁵ Texte original anglais de la recommandation 1(d) du rapport final: 'The international public policy of any State includes: (i) fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned; (ii) rules designed to serve the essential political, social

La conception de l'ordre public retenue par le Tribunal fédéral, telle qu'elle ressort des exemples qu'il a coutume de citer, se limite à la première de ces trois catégories, voire à une vision étroite, presque idiosyncrasique, de celle-ci¹⁶. Pourtant, l'exemple du droit de la concurrence illustre à merveille la nécessité d'admettre l'appartenance des normes impératives de nature économique dans le cercle des valeurs constitutives d'ordre public. Les cartels faussent les prix dans toute l'économie, tout comme une pierre lancée dans une mare crée des ondulations qui s'étendent sur toute la surface de l'eau. Les cartels peuvent être très lucratifs, et sont notoirement difficiles et coûteux à déceler. Aussi, la mise en œuvre du droit de la concurrence par des acteurs privés, défendant leurs propres intérêts confère un bénéfice pour toute l'économie et constitue de ce fait un avantage indéniable, d'autant plus que, souvent, ces acteurs privés sont les seuls à connaître l'existence d'un accord contraire au droit de la concurrence. Cet effet favorable à l'ensemble de l'économie a été bien compris par l'Union Européenne, qui inclut, parmi les aspects essentiels du projet de 'modernisation' du droit communautaire de la concurrence, entrée en vigueur le 1er mai 2004, le développement de l'application du droit communautaire de la concurrence par des acteurs privés en déchargeant la Commission de la responsabilité exclusive de sa mise en œuvre¹⁷.

On peut légitimement se demander pourquoi le Tribunal fédéral insiste pour distinguer la réserve d'ordre public du mécanisme de contrôle de l'application des normes impératives. Sur le principe, le fait de viser des valeurs et non des normes, ce qui est le propre de la clause de réserve, n'exclut pas une telle relation. Une certaine vérification de l'application du noyau dur des normes impératives, serait ainsi assurée. En se référant à son

or economic interests of the State, these being known as 'lois de police' or 'public policy rules'; and (iii) the duty of the State to respect its obligations towards other States or international organisations.'

¹⁶ Voir, par exemple, F. Knoepfler, Ph. Schweizer et S. Othenin-Girard, op. cit., note 10, page 459 : 'Certains exemples apparaissent anecdotiques à la seule lecture de leur énoncé [...]'

¹⁷ Il y a lieu de noter que, si l'ordre juridique communautaire est très clair sur ces points, il l'est moins en ce qui concerne le rôle de l'arbitrage dans cette mise en œuvre privée. La Commission est restée muette sur le rôle de l'arbitrage. En outre, ainsi que le Tribunal fédéral le relève à juste titre dans l'arrêt sous examen, il ressort de la décision de la Cour de justice européenne dans l'affaire *Eco Swiss* que : 'le caractère impératif de l'ordre public communautaire de la concurrence est lié à l'existence de règles procédurales internes [...] c'est-à-dire au devoir de loyauté incombant aux tribunaux des Etats membres selon l'art. 10 CE. Ainsi, décidément, il manque une véritable déclaration d'exigence communautaire imposant aux instances arbitrales (et aux tribunaux étatiques hors de l'UE) de traiter le droit communautaire de la concurrence en tant que normes impératives. Toutefois, une telle exigence découle de l'application selon le critère 'spatial' du droit communautaire de la concurrence et des valeurs qu'il tend à protéger. Voir Ph. Landolt, op. cit., note 12, pages 184 et suivantes. Si le Tribunal fédéral n'avait retenu que ce motif pour refuser de traiter du droit communautaire de la concurrence comme des normes dont la protection est visée dans la réserve de l'ordre public, sa décision n'aurait pas été critiquable.

arrêt *Westland*¹⁸, le Tribunal fédéral affirme que l'ordre public tel qu'appliqué par les arbitres doit être différencié de l'ordre public appliqué par le juge de contrôle. Or, dans cet arrêt, cette dissociation n'avait été opérée que pour asseoir l'affirmation selon laquelle la prétendue nécessité que l'arbitre applique les normes impératives de la *lex causae* (ce qui est en soi un non-sens¹⁹) ne devait pas commander que l'ordre public au niveau du contrôle judiciaire soit lui aussi influencé par la *lex causae*. Un élargissement de la portée de cette dissociation ne repose en revanche sur aucun fondement. L'absence de rapprochement des notions d'ordre public et d'arbitraire ne saurait pas non plus entraîner une telle dissociation. Seul le souci que le juge soit érigé en expert du droit étranger (comme source de normes impératives) et les inconvénients qui en découleraient, motivent cette distinction.

Il est vrai que, comme le suggère le Tribunal fédéral dans l'arrêt sous revue, le Tribunal fédéral ne saurait s'élever en oracle du droit étranger en substituant son analyse juridique à celle opérée par des arbitres qui, eux, peuvent avoir les connaissances du droit étranger en question. Le problème est particulièrement délicat s'agissant des réglementations économiques, qui présentent une matière particulièrement complexe. Le Tribunal fédéral a du reste admis, dans l'arrêt sous revue, qu'il peut y avoir violation de l'art. 81 CE par l'objet du contrat attaqué, sans pour autant qu'il y ait de violation par ses effets. Or, dès lors qu'une restriction du droit communautaire de la concurrence par l'objet constitue une restriction qui, de par sa nature, est présumée avoir des effets restrictifs sur la concurrence, une telle affirmation est difficilement soutenable²⁰. Il s'agit en réalité, toutefois, d'une *felix culpa*, le Tribunal fédéral plaidant dans l'arrêt sous revue son inaptitude à œuvrer comme instance de contrôle de l'application du droit étranger.

En résumé, il serait légitime, voire souhaitable, d'inclure dans la fonction de la réserve d'ordre public au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP celle d'assurer que les sentences ne s'éloignent pas trop d'une bonne application des normes impératives, même étrangères, afin d'assurer une protection de ces normes contre une méconnaissance trop forte des valeurs qui en constituent le fondement. Il n'en reste pas moins qu'une solution doit être trouvée pour venir en aide au juge appelé à statuer de manière quasi-finale sur le droit étranger. Des référés aux tribunaux étrangers de l'Etat du droit en question ou des expertises pourraient constituer une telle solution. La

¹⁸ ATF 120 II 155, *Emirats Arabes Unis et consorts c. Westland Helicopters Limited et Tribunal arbitral*, du 19 avril 1994.

¹⁹ Voir Ph. Landolt, op. cit., note 12, pages 109 et suivantes.

²⁰ L'art. 5, al. 3 et al. 4 LCart fonctionnent selon le même principe de présomptions et, à la différence du droit communautaire de la concurrence, ont le mérite d'explicitier ce fonctionnement.

difficulté de déterminer le fondement du droit étranger constitue un réel problème, mais qui ne devrait toutefois pas faire perdre de vue la nécessité fonctionnelle, dans le système d'arbitrage international, de contrôler, au stade de l'annulation, la compatibilité des sentences aux normes impératives tant domestiques qu'étrangères. Le Tribunal fédéral insiste, à juste titre, pour que les annulations dues à une contrariété à l'ordre public matériel demeurent rarissimes afin d'assurer le caractère définitif de la sentence arbitrale, qui constitue l'une des valeurs de ce mode de résolution des litiges²¹. Cette caractéristique de l'arbitrage international demeurerait toutefois préservée, le contrôle par le juge de l'annulation ne revenant pas à sanctionner toute mauvaise application des normes étrangères impératives, mais uniquement les cas de déviation les plus graves²², incitant ainsi les arbitres à user de toute la diligence voulue dans l'application de ces normes.

Même à suivre le raisonnement du Tribunal fédéral, selon lequel la réserve d'ordre public ne protégerait que les seules valeurs éthiques dotées d'une certaine universalité, il n'est pas certain que le droit de la concurrence, du moins ses aspects anti-cartellaires, n'y entre pas. Dans son rapport intitulé 'A Statement of Mission and Achievements up until May-2005', le Réseau international de la concurrence (International Competition Network) relate qu' 'à l'heure actuelle, plus de cent Etats ont un système de droit de la concurrence [...]' ²³. Cela représente plus de la moitié des Etats du monde, incluant sans doute toutes les économies d'une certaine importance. En outre, l'inexistence, dans un Etat donné, d'un régime de droit de la concurrence est, à des rares exceptions près, due à un manque de développement économique plutôt qu'à un rejet de l'idée des marchés libéraux ou des principes à la base du droit de la concurrence. En tous les cas, le point essentiel est que l'existence même de toute économie libérale d'un certain niveau de

²¹ PriceWaterhouseCoopers, International arbitration: corporate attitudes and practices 2006, page 7: 'The top reasons for choosing international arbitration to resolve disputes are: the flexibility of procedure, the enforceability of awards, the privacy the process provides and the parties' ability to select the arbitrators.' (nous soulignons).

²² A la fin de cet arrêt, le Tribunal fédéral relève que, en matière des recours pour la contrariété d'une sentence à l'ordre public, il dispose d'un 'pouvoir d'examen des plus restreints'. Cette approche avait du reste déjà été présagée dans l'arrêt du Tribunal fédéral du 7 mars 2003 dans la cause 4P.250/2002, publiée dans 24 Bulletin ASA 1/2006, 76-83, page 80: '[La recourante] tend à démontrer que la sentence attaquée est contraire à l'ordre public en se fondant sur sa propre version des événements, sans tenir compte des faits sur la base desquels le tribunal arbitral a fondé son raisonnement et sans soulever de griefs précis à l'encontre de celui-ci. Comme le relève pertinemment l'intimée, on pourrait se demander si une telle argumentation est recevable en regard des exigences de l'art. 90 al. 1 let. b OJ. Cette question peut toutefois demeurer indécise, le recours apparaissant de toute manière infondé.'

²³ International Competition Network, A Statement of Mission and Achievements up until May-2005 (http://www.internationalcompetitionnetwork.org/ICN_Mission_Achievements_Statement.pdf): 'Over one hundred jurisdictions currently have a competition law [...]'.

développement présuppose l'existence d'un système réglementant la concurrence et surtout l'interdiction des cartels.

Ce rapport du Réseau international de la concurrence énonce également que 'presque toutes les autorités de la concurrence autour du monde considèrent la lutte contre les cartels comme leur première priorité dans la mise en œuvre du droit de la concurrence'²⁴. Le rapport précise que 'des accords de cartel secrets sont universellement reconnus comme le plus flagrant de tous les types de conduite anti-concurrentielle'²⁵. En outre, il existe un large degré de consensus sur ce qui constitue une restriction à la concurrence 'dure' (hard-core), la seule réelle divergence entre les systèmes les plus importants de droit de la concurrence se rapportant à l'inclusion ou non, dans cette catégorie, de l'imposition verticale de prix de vente ('*vertical resale price maintenance*', en anglais)²⁶.

A notre sens, le Tribunal fédéral accorde trop de poids à la diversité existant entre les différents systèmes de droit de la concurrence. Le fait que chaque Etat soustraie tel ou tel secteur de l'économie du droit de la concurrence est sans conséquence, dans la mesure où cela n'indique pas une controverse quant aux principes qui sous-tendent ce domaine de droit, mais uniquement un choix tendant à favoriser d'autres valeurs, telles que la protection de la sécurité nationale, la création d'emplois, la diversité culturelle, ou encore le renforcement des entreprises nationales (les 'champions nationaux'). Contrairement, d'ailleurs, à ce que retient le Tribunal fédéral dans cette décision, le fait que les accords justifiés par des motifs d'efficacité économique tels que définis à l'art. 5 al. 2 let. a LCart 'ne sont pas [...] dommageables' ne démontre ni la diversité des systèmes de droit de la concurrence, ni une quelconque relativité ou équivoque dans les valeurs protégées par ce droit. Cette disposition, réservant les motifs d'efficacité économique ('*efficiencies*' en anglais), trouve son pendant en droit communautaire et s'insère dans la pensée économique commune à quasiment tous les systèmes de droit de la concurrence. Cette idée s'inscrit dans le fondement même du droit de la concurrence, consistant à assurer un processus de concurrence dans le marché, puisque précisément ce processus tend à produire un résultat d'efficacité économique. Partant, si, selon l'art. 5 al. 2 LCart, l'art. 81 al. 3 CE ou toute autre disposition analogue, il peut être prouvé qu'un accord produit, malgré ses effets négatifs sur la libre

²⁴ International Competition Network, op. cit., note 23.

²⁵ International Competition Network, op. cit., note 23.

²⁶ Quant à cette question, il convient de noter que le droit suisse de la concurrence se rallie au point de vue communautaire qui traite l'imposition des prix de revente comme hard-core.

concurrence (donc sur ce processus), un résultat qui favorise néanmoins l'efficacité économique²⁷, alors les valeurs recherchées par le droit de la concurrence seront atteintes, justifiant par voie de conséquence la licéité de l'accord²⁸. Cette apparente exception aux principes du droit de la concurrence n'est ainsi que leur confirmation. Il en résulte que, s'il existe différents systèmes de droit de la concurrence, les principes à la base de ces systèmes ne divergent pas davantage que ne le font les différentes notions de fidélité contractuelle, de respect des règles de la bonne foi, d'interdiction de l'abus de droit, *etc.*²⁹

Pour revenir à la notion d'ordre public préconisée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt sous revue, notamment sa valeur morale ou éthique, on relèvera que le droit de la concurrence n'est pas dépourvu d'une telle valeur. Preuve en est le rapport du Réseau international de la concurrence, qui témoigne de la 'tendance croissante à réprimer pénalement les cartels'³⁰. Il est vrai qu'en Suisse, l'imposition de sanctions pénales contre des individus pour certaines violations du droit de la concurrence a longuement été débattue mais finalement rejetée³¹. Toutefois, les sanctions administratives prévues suffisent à démontrer l'aspect moral attaché par les Etats au droit de la concurrence. Depuis les modifications de la LCart entrées en vigueur le 1er avril 2004, la Commission de la concurrence est habilitée à imposer des amendes en cas de violations 'dures' du droit suisse de la concurrence allant jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices³². En

²⁷ Par exemple, pour reprendre le texte de la LCart, une réduction des coûts de production ou de distribution, une amélioration des produits ou des procédés de fabrication, une promotion de la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou une exploitation plus rationnelle des ressources.

²⁸ Voir Ph. Landolt, *op. cit.*, note 12, page 53.

²⁹ Il est vrai que le droit communautaire de la concurrence, à la différence de presque tous les autres systèmes de droit de la concurrence y compris celui de la Suisse, n'a pas pour seul but l'efficacité économique, mais aussi l'intégration du marché commun (communautaire). Toutefois, ces deux buts sont généralement concurrents, le seul réel point de divergence se rapportant à certaines entraves verticales à la concurrence. En outre, le droit de la concurrence a évolué en ce sens qu'aujourd'hui son but d'efficacité économique peut être considéré comme prédominant par rapport à cet autre but. Voir le paragraphe 2 al. 7 des Lignes directrices sur les restrictions verticales, Communication de la Commission, OJ 2000/C 291/01 du 13 octobre 2000 : 'La protection de la concurrence est l'objectif premier de la politique de concurrence communautaire, car elle améliore le bien-être des consommateurs et permet une allocation efficace des ressources.' Voir Ph. Landolt, *op. cit.*, note 12, chapitre 2.

³⁰ International Competition Network, *op. cit.*, note 23 : '[...] the growing trend to criminalise cartel behaviour [...]'. Voir aussi, P. Krauskopf et C. Pirlot Pittet, 'La nouvelle loi sur les cartels : un vademecum pour les entreprises', dans SIC 2004, pages 242 – 255, page 244 et note 23 : 'Outre les Etats-Unis, connaissent des sanctions pénales en droit de la concurrence notamment la Grande-Bretagne, l'Irlande, le Canada, le Japon, la Corée, la Norvège et l'Allemagne [...]'.
³¹ P. Krauskopf et C. Pirlot Pittet, *op. cit.*, note 30, page 244.

³² Art. 49a al. 1 LCart.

droit communautaire de la concurrence, les amendes peuvent atteindre jusqu'à 10% du chiffre d'affaires mondial annuel.

En conclusion, on ne peut que déplorer que le Tribunal fédéral ait manqué l'occasion de revoir sa jurisprudence relative à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. Un renversement de jurisprudence aurait permis de rendre ce motif de recours plus apte à remplir sa fonction de contrôle des sentences arbitrales, en vue de préserver des valeurs essentielles communes à tous les Etats au regard des standards internationaux généralement connus, notamment en sanctionnant l'irrespect le plus flagrant des normes impératives élémentaires de droit suisse ou de droit étranger. En tous les cas, à notre sens, une grave contrariété d'une sentence au droit de la concurrence, si celui-ci était compris dans le sens que nous préconisons, devrait pouvoir constituer une base adéquate pour son annulation, et cela même à la lumière de la définition restrictive, critiquable, de la notion de réserve d'ordre public matériel retenue par le Tribunal fédéral.

Ph. Landolt*

* Dr. iur., Tavernier Tschanz, Genève

Summary:

Much ado was made about the decision of the Swiss Federal Supreme Court declaring that competition law is not part of public policy pursuant to Art. 190 (2)(e) PIL Act. Too much probably. On the one hand, the present case did not offend EU competition law, which had been fully argued in the arbitration. The arbitral tribunal examined the arguments and found no violation of EU competition law. The losing party seems merely to have sought a review of the merits by the Supreme Court, which the latter is obviously not entitled to perform: Appeals on the merits, even if disguised as challenges of alleged public policy violations, are not available in any modern arbitration legislation. It would have been for the challenging party to show that competition law was violated and is part and parcel of the deliberately restrictive public policy grounds of Art. 190 PIL Act. The Supreme Court expressed incomprehension that, in its lengthy application, the challenging party did not spend more than five pages on this decisive issue (par. 1.2.3). It should also be noted that even in the EU, where a violation of EU competition law is, perhaps understandably, considered to be tantamount to a public policy violation, the argument of a purported violation cannot be raised without limitations. It must be raised **before the Arbitral Tribunal**. Failing timely argument, it is not for the state courts to interfere at the stage of a challenge of the award.

In the well known precedent *Thalès v. Euromissile* (J.D.I.-Clunet 2/2005, p. 358), the Paris Court of Appeal refused to review an arbitral award that had purportedly failed to recognize that the contract underlying the arbitration was contrary to EU competition law and therefore void. In a similar case, the Paris Court upheld an arbitral award reminding the parties that ‘La Cour, qui n’est pas le juge du procès mais de la sentence, n’exerce cette fois sur celle-ci qu’un contrôle intrinsèque puisque seule sa reconnaissance ou son exécution est examinée au regard de la comptabilité avec l’ordre public international.’ The Court found that the Arbitral Tribunal had declared the contract between the parties to the arbitration void in light of EU competition law, that the issue had been fully pleaded in the arbitration, and that the challenge of the award was an inadmissible appeal on the merits (C. Paris, 1ère Ch., 23 March 2006, *SNCF v. Cyttec Industries*, reported in *Gazette du Palais / Cahiers de l’arbitrage* No. 2006/1, p. 48).

In light of these restrictions, the outcries of some self-declared champions of EU competition law against the decision of the Federal Supreme Court are somewhat surprising considering that the Court merely refrained from setting aside an award where the arbitral tribunal had fully examined the issue.

M.S.